Dupl.

ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

46

janeiro–fevereiro de 2004

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
IBCCRIM
BIBLIOTECA

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 12 n. 46 janeiro–fevereiro de 2004

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 - São Paulo, SP, Brasil
Visite o nosso *site:* www.rt.com.br

Diretor Responsável
Carlos Henrique de Carvalho Filho

Impressão e acabamento
Prol Editora e Gráfica Ltda.
CNPJ 52.007.010/0001-52

Centro de atendimento ao consumidor:
Tel. 0800-702-2433 (ligação gratuita,
de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)
e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Impresso no Brasil

Diretoria da gestão 2003/2004

Diretoria executiva

Presidente
Marco Antonio Rodrigues Nahum

1º Vice-Presidente
Maurício Zanoide de Moraes

2º Vice-Presidente
Maria Thereza Rocha de Assis Moura

1º Secretário
Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior

2º Secretário
Sérgio Mazina Martins

1º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

2º Tesoureiro
Benedito Roberto Garcia Pozzer

Comissões especiais

Convênios
Mariângela Lopes Neistein

Estudos e Debates
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

História
Tadeu Antonio Dix Silva

Monografias
Carmen Silvia de Moraes Barros

Seminário Internacional
Theodomiro Dias Neto

Coordenadores – chefes

Biblioteca
Franciele Silva Cardoso

Boletim
Celso Eduardo Faria Coracini

Cursos
Janaína C. Paschoal

Estudos e Projetos Legislativos
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Internet
Heloísa Estellita

Relações Internacionais
Tatiana Viggiani Bicudo

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Theodomiro Dias Neto

Iniciação Científica
Alvino Augusto de Sá

Pós-Graduação
Renato de Mello Jorge Silveira

Redes Internacionais
Flavia D'Urso

Núcleo de Pesquisas
Alessandra Teixeira

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

publicacoes @ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

Diretoria da Revista

Diretor
Theodomiro Dias Neto

Diretoras Adjuntas
Juliana Garcia Belloque e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Conselho Diretivo da revista:

Adauto Alonso S. Suanes, Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho, Adriana Haddad Uzum, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, Alexandre Wunderlich, Alice Bianchini, Alvino Augusto de Sá, Andrei Koerner, Augusto Eduardo de Souza Rossini, Berenice Maria Giannella, Cleunice Valentim Bastos Pitombo, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Araujo da Silva, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Fernanda Gomes Camacho, Fernando Castelo Branco, Flávia Rahal, Flávia Schilling, Flávio Américo Frasseto, Geraldo de Faria Lemos Pinheiro, Karyna Sposato, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Márcia Maria Silva Gomes, Marcio Bártoli, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Mario Sergio Sobrinho, Maurides de Melo Ribeiro, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Maurício Genofre, Roberto Soares Garcia, Rosier Batista Custódio, Sérgio Salomão Shecaira, Tatiana Viggiani Bicudo

Colaboradores permanentes:
NACIONAIS

Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Ana Lúcia Sabadell, 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, Dimitri Dimoulis, 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 Righy Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Hermínio Alberto Marques Porto, Ivette 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 Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Luisi, 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, Ana Messuti, Anabela Miranda Rodrigues, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Claudia Maria Cruz Santos, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Bustos Ramírez, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Luis Fernando Niño, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Mauricio Martínez Sánchez, Pedro Caeiro, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sebastian Scheerer, Sergio Moccia e Stella Maris Martinez.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

Apresentação

A *Revista Brasileira de Ciências Criminais* está diferente em 2004. Moderniza-se para compreender o direito penal atualizado, trazendo reflexões independentes e cuidadosas sobre liberdade e punição no Estado Democrático de Direito.

A nova organização permite leitura mais agradável e localização rápida de textos, divididos em quatro seções: 1) Direito Penal; 2) Processo Penal; 3) Criminologia; 4) O Direito em ação. Esta última contempla peças processuais, pareceres e comentários de decisões de juízes e tribunais.

Outra boa notícia é a periodicidade: a *Revista Brasileira de Ciências Criminais* será publicada a cada dois meses.

O IBCCRIM espera, com o novo formato da *Revista*, continuar contribuindo, com energia, para que os estudos e reflexões sobre o crime e a sociedade possam servir à justa, humanitária e eficiente prestação jurisdicional.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 47 – março-abril – 2004 – especial

O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais do direito penal e da política criminal

Cornelius Prittwitz

Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro

Ela Wiecko V. de Castilho

Políticas de drogas: alternativas à repressão penal

Maria Lúcia Karam

A vítima no processo penal: interferências da Lei 9.099/1995.

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

O Tribunal Penal Internacional: os perfis da legalidade

Sergio Moccia

Sumário

1. Direito Penal

La "línea Maginot" en el derecho penal: la protección contra el crimen *versus* la protección contra el príncipe 11
Álvaro P. Pires

A culpabilidade e sua exclusão no direito penal 46
Claus Roxin

Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco 73
Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Ciência penal pós-finalismo: uma visão funcional do direito penal 94
Ricardo Breier

2. Processo Penal

Obrigatoriedade do trabalho prisional, regime semi-aberto e trabalho externo em face da inexistência de colônia penal 121
João José Leal

A atuação criminal do Ministério Público: entre a tradição e a efetividade 142
Luiz Carlos dos Santos Gonçalves

Resquícios inquisitórios na Lei 9.034/1998 174
Marcos Alexandre Coelho Zilli

3. Criminologia

Delincuencia y Sistema Penitenciario en México 197
Elena Azaola e Marcelo Bergman

Sobre a "janela quebrada" e alguns outros contos sobre segurança vindos da América 228
Loïc Wacquant

4. O Direito em ação

O desafio do multiculturalismo na ação penal – Laudo pericial antropológico judicial sobre crime envolvendo indígena 253
Elaine Amorim

A tortura e o Estado Democrático de Direito – O relatório da Comissão Especial da Lei 10.726, de 09.01.2001 289
Belisário dos Santos Jr.

4.1 Jurisprudência comentada

O Ministério Público e a investigação criminal 307
Luís Guilherme Vieira

O Ministério Público pode ou não investigar? Uma análise de recente decisão do STF 371
Marcellus Polastri Lima

4.2 Parecer

Tipicidade e causa de aumento de pena 391
Miguel Reale Júnior

5. Índice Alfabético-remissivo 403

La "línea Maginot" en el derecho penal: la protección contra el crimen *versus* la protección contra el príncipe*

Álvaro P. Pires

Cátedra de Pesquisa del Canadá en Tradiciones Jurídicas y Racionalidad Penal, Departamento de Criminología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Ottawa, Canadá

Sumario: 1. Dos nociones de protección negativa y dos autorretratos del derecho penal – 2. Las teorías modernas de la pena y su concepción "negativa" de la protección de la sociedad – 3. La construcción deteriorada de los ideales de justicia y de buena vida – 4. El derecho penal moderno frente a la dignidad humana.

Existe en nuestros días una preocupación constante por construir una nueva racionalidad en el derecho penal, más acorde con nuestros conocimientos y

* Este artículo fue escrito en homenaje a mi Profesor y amigo Alessandro Baratta del *Institut für Rechts-und-Sozialphilosophy* de la Universidad de Sarre, Sarrebruk, cuando recibía su *Doctorat Honoris causa* de la Universidad de Lecce (Italia). Para mi alegría, Sandro pudo leer el manuscrito de este texto en mi casa y en ocasión de su última visita al Canadá. El destino que al momento de su publicación Sandro ya nos hubiese dejado, "con su naturalidad habitual". Este trabajo fue publicado en francés en la *Revue de droit pénal et de criminologie*, 81, n. 2, p. 145-170 (Bruxelas) y en R. De Giorgi (ed.), *Il diritto e la differenza.* Scritti in onore di Alessandro Baratta, Lecce: Pensa MultiMedia, 2003, p. 509-534. Una traducción al español también fue publicada en *Nueva doctrina penal*, 2001/A, p. 71-96. La presente versión en español fue revisada y corregida levemente por Verónica Piñero y por el autor.

susceptible de expresar mejor la dignidad humana. Se sueña asimismo con un "derecho penal del ciudadano" que vendría a remplazar al "derecho penal del enemigo"[1] que habría predominado hasta el presente. En este ensayo, cuyo título me fue inspirado por un artículo de Taylor,[2] me gustaría provocar una reflexión más profunda sobre la problemática de la protección de la *dignidad humana* o de los *valores sociales fundamentales* en sus diferentes formas de expresión en el derecho penal moderno. Llamaré especialmente la atención sobre el hecho de que en el derecho penal los ideales han sido particularmente degradados al vincularlos persistentemente con las teorías modernas de la pena y con una concepción esencialmente *negativa y abstracta* de la noción de protección de derechos. En atención a la amplitud y a la complejidad del tema, debo dejar de lado argumentos más profundos que sería deseable que fueran desarrollados. Se encontrará también un cierto número de alusiones, de notas e hipótesis que no son más que señales que llaman a la discusión o, al mismo tiempo, a lineamientos de un trabajo que requiere ser emprendido.

La hipótesis fuerte es que las teorías modernas de la *pena* constituyen un gran obstáculo epistemológico y cultural para la construcción de un verdadero "derecho penal del ciudadano" y de una nueva racionalidad penal a la vez más

1. Ver Günther Jakobs, *Fundamentos del derecho penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 237-239.

2. En efecto, he tomado la imagen de la "línea Maginot" del excelente ensayo de Charles Taylor, "What's wrong with negative liberty", *Philosophy and the human sciences, philosophical papers*, New York: Cambridge University Press, 1985, p. 211-229 (p. 215). Se trata de una línea fortificada, una verdadera ciudad subterránea, que fue construida en la frontera del este de Francia entre las dos guerras, para protegerse del enemigo. Con los cañones dirigidos hacia el exterior, fue considerada una "defensa infranqueable", "certera", contra el ataque frontal. Según Mourre "daba al mando francés, en los años 30, un sentimiento de seguridad ilusorio". Fue concebida a partir de "una concepción totalmente defensiva de la estrategia" (ídem), basada sobre el modelo que excedía la guerra. Ello porque, en esa época, "la nueva armada alemana se preparaba activamente para una guerra de movimiento" En mayo/junio de 1940, los alemanes pasaron cómodamente por el costado de la línea y la tomaron por atrás. Ver Michel Mourre, *Dictionnaire de l'Histoire*, París: Larousse, p. 198, "Maginot, André".

humana, más respetuosa de la libertad de todos, más creativa y más adaptada a la complejidad de la sociedad de hoy. Es entonces conveniente reflexionar sobre una nueva teoría de la *sanción* –o de la intervención jurídica– que sea una solución de recambio a las teorías de la *pena.* Esta hipótesis se encuentra ligada a otra: esas teorías de la pena tienen estrecha relación con la estructura del derecho penal, incluido el procedimiento penal que quita, por ejemplo, todo poder de decisión a la víctima para transar o terminar su litigio con el inculpado.[3] Parafraseando a Taylor,[4] trataré de mostrar que los ideales morales del derecho penal se encuentran *degradados* por las teorías de la pena, aún cuando esos ideales –la justicia, la buena vida, la libertad, la seguridad, la garantía de los derechos para todos y la protección de la dignidad humana– continúan siendo extremadamente valiosos.

Un gran número de pensadores en ciencias humanas y en derecho –incluidos los movimientos abolicionista y por un derecho penal mínimo– han subrayado la necesidad de transformar la racionalidad penal moderna. Baratta, por ejemplo, ha sostenido, desde hace muchos años, que se debía *superar* el sistema penal tradicional con un sistema más complejo de protección de derechos de la persona;[5] y, más recientemente, ha afirmado la necesidad de pensar en términos de "garantías positivas" y no solamente de garantías dirigidas a limitar la acción del Estado –"garantías negativas"–.[6] Yo voy a seguir en la misma línea.

3. Ver Nils Christie, "Conflicts as property", *The British Journal of Criminology* 17 (1), 1977, p. 1-15, y Calvin Becker, "Conflict and the uses of adjudication", *Studies on diversion*, bajo la dirección de la Law Reform Commission of Canada, Ottawa: Information Canada, 1975, p. 209-230. Sobre las relaciones entre punición y reparación, ver también S. Schafer, *Restitution to victims of crime*, London: Stevens and Sons, 1960, y Michel Foucault, "La vérité et les formes juridiques", *Dits et Écrits*, París: Gallimard, 1994 (orig. 1974), vol. 2, p. 538-646.

4. Ver Charles Taylor, *Grandeur et misère de la modernité*, Québec: Bellarmin, 1992, p. 38.

5. Ver Alessandro Baratta, "Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale", *Dei delitti e delle pene*, 3, 1985, p. 443-473.

6. Ver Alessandro Baratta, "Droits de l'Homme et politique criminelle", *Déviance et Societé*, 23, 3, 1999, p. 239-256.

1. Dos nociones de protección negativa y dos autorretratos del derecho penal

La noción de "protección *negativa*" en el derecho penal resulta adecuada para describir dos maneras con las cuales el sistema penal se observa y se describe a sí mismo. El primer autorretrato quiere proteger a la sociedad, a la víctima o a la moral contra el delincuente; el segundo, lo contrario, quiere proteger al individuo y el delincuente contra la injerencia punitiva del poder político central (garantías jurídicas). Digamos por ahora que estos autorretratos reenvían a una noción de protección negativa porque la primera pretende casi exclusivamente proteger el mal con el mal (la *pena*) y la segunda pretende a menudo simplemente reglar y limitar la pena sin aceptar otras formas de resolver el conflicto o de sancionar. Los dos autorretratos ubican al siglo XVIII como punto de partida de su historia, porque ese siglo marca el nacimiento del derecho penal moderno como subsistema de pensamiento diferenciado del resto del derecho. En efecto, como lo nota Luhmann,[7] a partir de la segunda mitad del siglo XVIII se opera un cambio de significado en los conceptos cosmológicos, sociales y políticos importantes. La sociedad moderna, por su parte, experimentará una tendencia a describir sus propios sistemas como "humanos", "que nos permiten repensar con nostalgia a los bárbaros"[8] y valorizar nuestra experiencia.

Por cierto, estos dos autorretratos están, en cierta forma, arraigados en la realidad del sistema y ello tanto desde un punto de vista cognitivo como normativo y empírico. Es decir, corresponden a un sistema de pensamiento y encuentran –en diferentes grados– una cierta influencia en las normas (estructura) y en su funcionamiento efectivo. Cuando uno se ubica "en la frontera"[9] del sistema como

7. Ver Niklas Luhmann, "Jenseits von Barbarei", *Gesellshaftsstruktur und Semantik*. Studien zur Wssenssoziologie der modernen Gesellsachaft, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, vol. 4, p. 138-150 (p. 138).

8. Ídem, ibídem.

9. Michel Foucault. "Qu'est-ce que les Lumières?". *Dits et Écrits*. París: Gallimard, 1994 (1984). vol. 4, p. 562-584 (p. 574). En relación con los sistemas de pensamiento, él recomienda buscar una

un observador de segundo orden que mira cómo el sistema se observa a sí mismo, puede "ver" aquello que esos autorretratos no ven tan bien.[10] A partir de entonces se puede determinar cuál de esos autorretratos se apropia del otro a partir de la estructura y del funcionamiento del sistema. Esos dos autorretratos están ligados, ambos, a la protección de derechos, de la dignidad humana o de bienes jurídicos fundamentales; pero la semántica *protección contra el crimen/garantías jurídicas* expresa al mismo tiempo divergencias de objeto, de sistema de pensamiento y de imagen ideal.

1. En lo que concierne a su *objeto* de protección, uno de los autorretratos presenta al derecho penal como el que tiene por misión defender los valores (abstractos) del grupo, como la vida, la propiedad etc.; el otro atribuye al derecho penal la misión de proteger al individuo –y particularmente al inculpado– contra el poder del Soberano de castigar. Evidentemente, la defensa de un espacio de libertad contra la injerencia indebida del Soberano es también parte de los valores de la sociedad, pero la mirada vigilante del derecho penal está dirigida aquí en otra dirección. En el primer retrato, el derecho vigila al individuo en su relación con los otros individuos; en el segundo, al Estado en su relación con sus súbditos. Para cada autorretrato su objeto es primordial y se apropia del otro. Por ejemplo, el retrato de las garantías jurídicas contra el poder del Soberano sostiene que su objeto de protección es moralmente más aceptable o menos riesgoso para la calidad interna del derecho que el de querer utilizar al derecho penal para combatir la criminalidad o para reforzar los valores afectados. Se quiere evitar que la *producción* del derecho por parte del sistema político –la creación de las leyes– o por el sistema judicial –la jurisprudencia– sea guiada por ese objeto de protección contra el

"actitud límite", "escapar a la alternativa de lo de afuera y de lo de adentro" porque uno se debe situar "en las fronteras".

10. Sobre estas cuestiones epistemológicas ver también Gabriel Stolzenberg, "Une enquête sur le fondement des mathématiques peut-elle nous apprendre quelque chose sur l'esprit?", *L'invention de la réalité*, dirigido por Paul Watzlawick, París: Seuil, 1988, p. 277-327, y Niklas Luhmann, "Deconstruction as second-order observing", *New Literary History* 24, 1993, p. 763-782.

crimen porque es, en menor medida, representada como si estuviera fuera del control del sistema jurídico y como si constituyera un riesgo de autodestrucción y de desprofesionalización de su *modus faciendi*, asociado al *social engineering* o a las cruzadas morales. La protección de la sociedad es vista entonces como un objeto "alienante", fuente de incoherencias teóricas y lógicas de todo tipo. Es sobre este punto que el enfrentamiento entre los dos autorretratoos parece más directo y más vivo. Por supuesto que el fin de proteger a la sociedad o al orden jurídico no está negado directamente; lejos de ello, pero pasa a un último plano como una especie de consecuencia del buen funcionamiento del derecho.

Los dos autorretratos tienen una historia muy larga y nosotros mismos no sabemos decir todavía si se trata de dos historias o de una sola, porque no nos divisan en absoluto como dos grupos de profesionales; ellos divisan más bien a cada uno de nosotros en dos. Es como tener dos personalidades: dos maneras de verse, de autoafirmarse, de autovalorizarse y también de proyectarse hacia el futuro. Pero nosotros sabemos que uno de los autorretratos está ligado a nuestras creencias culturales sobre el valor terapéutico, pedagógico o moral del castigo, y que el otro se desprende del proceso de legalización creciente de las relaciones entre dominadores y dominados desde, al menos, la revolución papal de los siglos XI y XII.[11] En ese momento llegamos a distinguir dos tipos de príncipes: por una parte, aquel que gobierna según la regla de derecho –*rule of law*– y el principio del bienestar común –*principle of the common welfare*–; y, por otra parte, aquel que reina por la fuerza y el despotismo.[12] Aquel que gobierna por el derecho, también gobierna *bajo* el derecho –*under law*.[13] Es un príncipe del que "se supone cumplirá –*perform*– el milagro de la autolimitación del poder soberano".[14] Milagro, porque el derecho

11. Sobre este punto, ver Harold J. Berman, *Law and revolution*. The formation of the Western Legal Tradition, Cambridge: Harvard University Press, 1983.

12. Ídem, ibídem, p. 281.

13. Ídem, p. 292.

14. Niklas Luhmann. "The 'State' of the political system". *Essays on Self-Reference*. New York: Columbia University Press, 1990. p. 165-174 (p. 169).

que limita el acto político es, él mismo, una creación de un acto político precedente y un acto político subsiguiente puede volver sobre ese derecho. Cualquiera que sea, ese retrato va a encontrar su plena energía en la transformación del Estado constitucional democrático al final del siglo XVIII cuando la Constitución, los derechos de las personas, la división de los poderes etc., simbolizan plenamente la superioridad del derecho sobre el soberano que lo crea: la "garantía de los derechos". Se debe destacar, por otra parte, que las garantías jurídicas no se presentan, en la historia del derecho, como necesariamente opuestas a la severidad de las penas. En el siglo XVIII veremos cohabitar, sin dificultades, el reconocimiento de las garantías jurídicas –incluida la aceptación del principio de *ultima ratio*– con un apoyo por la severidad de las penas, aun los suplicios.[15]

2. Por otro lado, los sistemas de pensamiento subyacentes a cada objeto no son equivalentes. El autorretrato de la defensa de la sociedad se apoya sobre las teorías de la *pena* porque ellas justifican y contribuyen a estructurar una parte considerable de prácticas institucionales autoritarias y punitivas. El autorretrato de la protección contra el príncipe se apoya sobre otro sistema de pensamiento que *no constituye una alternativa* al primero. Se llama "garantismo jurídico" o también modelo de garantías jurídicas negativas, y está constituido por un conjunto de doctrinas políticas (por ejemplo, de la separación de poderes), de teorías de dogmática penal y de principios y normas jurídicos (como el principio de estricta legalidad de las incriminaciones, de presunción de inocencia, de responsabilidad etc).

El sistema de pensamiento de las garantías jurídicas valora el principio de *ultima ratio*. Pero lo valora de una manera parcial, quizá casi falaz. En efecto, en mi opinión, el principio de *ultima ratio* es un principio de doble cara en el que una

15. Ver Leon Radzinowicz, *A history of English Criminal Law and its administration from 1750*, London: Stevens & Sons, 1948, vol. 1, Cap. 8, "The doctrine of maximum severity", p. 231-267; Álvaro P. Pires, "La doctrine de la sévérité maximale au siècle des lumières", in: Christian Debuyst, Françoise Digneffe, y Álvaro P. Pires, *Histoire des saviors sur le crime et la peine*, Bruxelles: De Boeck Université, Ottawa: Presses de L'Université d'Ottawa, 1998, vol. 2, p. 53-81.

es menos visible. La primera cara es negativa y expuesta hacia el exterior del derecho penal y del sistema jurídico: hacia el legislador –sistema político–; la segunda, menos visible, es positiva y gira hacia el interior mismo del sistema jurídico. Ello porque, si se toma en serio en su integridad, este principio exige una recepción en la estructura normativa *interna del derecho penal*. Ésta debe, por una parte, reconocer otras formas de resolución del conflicto que para el tribunal penal sean pertinentes –por ejemplo, el acuerdo entre las partes en un gran número de situaciones etc.– y, por otra parte, crear alternativas internas a la pena y a su severidad –por ejemplo, permitir otro tipo de sanciones etc–. En efecto, según la manera más innovadora de definir este principio, el derecho penal debería reducir el número de delito, prever modalidades de desjudicialización, tener en cuenta la decisión tomada por otros tribunales no penales (por ejemplo, tribunales disciplinarios) y recurrir a otras medidas y sanciones disponibles en el derecho antes de recurrir a la pena, y, en forma muy particular, a la pena de prisión. Se ve bien que este principio, así concebido, demanda *más* que simples condiciones negativas –por ejemplo, crear menos delitos–. También puede constituirse, desde un punto de vista jurídico, en un principio motor de garantías *positivas* y de autocontrol interno del derecho penal. Sin embargo, este principio es quizá el más *invalidado* por otras normas jurídicas y el más transgredido. Una de las razones parece ser el hecho de que el sistema de pensamiento de las garantías le ha otorgado un sentido esencialmente *negativo*: al ser su cara positiva amputada a escondidas por las teorías de la pena, es *expulsado* fuera del derecho penal. Así, se convierte exclusivamente en una elección *política previa* del legislador y no *tanto en* una elección *jurídica compleja interna* del derecho penal y del sistema jurídico. En resumen, este principio clave se aliena debido a una concepción puramente negativa de la protección jurídica y se torna inoperante desde el punto de vista de la creación de otras alternativas al programa de procedimiento hostil y de las sanciones. Este principio está entonces sometido a las teorías de la pena.

3. Finalmente, su *imagen ideal* y su *proyecto de futuro* pueden o no ir en direcciones opuestas. Según el autorretrato de la defensa de la sociedad, el derecho penal debe reducir o controlar la criminalidad –*social engineering or management*–, imponer nuevos valores o, en forma más modesta, reestablecer la moralidad o reforzar abstractamente los valores en las personas honestas *a través de la pena.*[16] Debe entonces conservar una diferencia asimétrica con el derecho civil y excluir todas las sanciones u otras formas de resolución del conflicto propias del derecho civil. Adaptando libremente una formulación de Calliess,[17] diría que ese derecho es visto como un "derecho *penal*" ("*Straf*recht") y no como un "*derecho* penal" ("Straf*recht*"). Porque el imperativo categórico pesa sobre la pena como *consecuencia* obligatoria y no exclusivamente sobre lo prohibido, dejando abiertas diferentes posibilidades de resolver el litigio. En el límite, ese retrato puede demandar una disminución de las garantías a fin de reprimir a un número mayor de transgresores. Ciertamente, la imagen ideal varía en apariencia con cada teoría de la pena, pero ello significa a menudo *a distinction without a difference.*

La imagen ideal del segundo retrato es más variable y más incierta. Lo que parece típico es la búsqueda de un derecho penal que se autogobierna según *the rule of law.* Se opone entonces en forma total desde el principio y ante todo: 1) a lo *arbitrario* concebido como injerencia externa del sistema político sobre el sistema jurídico y como modo de funcionamiento interno del derecho; 2) a una injerencia indebida del Estado en las libertades individuales donde la extensión del calificativo "indebido" todavía se discute. Si la primera idea no trae mayores dificultades, la segunda suscita vivas reacciones. En otra variante de esta imagen ideal, se valora la idea de la pena moderada. Es decir, se quiere que la justicia pe-

16. Según Garófalo, las sanciones severas producen "el self-respect, la probidad y la repugnancia por la crueldad y la injusticia". Ver Raffaele Garófalo, *La criminologie*, París: Alcan, 1905, p. 147.

17. Rolf-Peter Calliess. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtstaat*, Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch Verlag, 1973. p. 27.

nal sea necesariamente hostil y esté centrada sobre las penas, pero se agregan una o más de las siguientes reivindicaciones: descriminalización de ciertos delitos, abolición de la pena de muerte, reducción del número de penas privativas de la libertad, reducción del tiempo de encarcelación, mejoramiento de las condiciones de vida en prisión, reducción de las restricciones jurídicas *ipso jure* no tenidas en cuenta por el tribunal etc. Quizá recién ahora estemos en el interior de un derecho penal mínimo y ello aun cuando esta posición no permita además construir un verdadero derecho penal del ciudadano.

A fines de los años 60 aparecen una cantidad de autores que buscan *a la vez* reforzar las protecciones jurídicas negativas del derecho penal y pensar *otro modelo de justicia*, más innovador, más positivo y más complejo, *para el mismo derecho penal.* Françoise Tulkens sostiene entonces que "no se puede más hoy en día limitarse a esas afirmaciones elementales (...) según las cuales la función del derecho penal sería la prevención o la retribución –penar al culpable–, mientras que la función del derecho civil sería la reparación –compensar el daño–".[18] "El derecho penal" dice ella, "necesita de otra mirada para ser transformado".[19] Ese modelo es teóricamente exigente porque no es suficiente –continúa– con insertar sanciones alternativas y métodos de reconciliación "sin discusión, dentro de un modelo punitivo", porque ellas serán entonces "desnaturalizadas" y no podrían "más que jugar un rol marginal"[20] Las perspectivas feministas también realizan contribuciones destacadas por construir un nuevo modelo de intervención en derecho penal que no sea esencialmente represivo u orientado sobre la protección negativa y pura-

18. Ver Françoise Tulkens, "Les transformations du droit pénal aux États-Unis. Pour un autre modèle de justice", *Nouveaux itinéraires en droit.* En hommage à François Rigaux, Bruselas: Brúylant, 1993, p. 461-493. Una versión resumida ha sido públicada en *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, París, 1993 (3-4), p. 219-237.

19. Ídem, ibídem.

20. Ídem.

mente simbólica de valores y de personas.[21] Desde luego, a medida que el derecho penal se torna más complejo y más diversificado en sus métodos de resolución de conflictos, se tiende también por la misma vía a salir del pedestal común a las dos visiones negativas y a inaugurar una nueva racionalidad en derecho penal más positiva y marcada por una "preferencia ciudadana".[22]

4. Yo plantearía la hipótesis de que las dos visiones negativas no son tan incompatibles y apartadas la una de la otra como ellas pretenden, al menos en sus variantes más difundidas. Más importante aún: plantearía que nosotros hemos construido colectivamente una suerte de "línea Maginot"[23] entre esos dos autorretratos, simplemente oponiendo un objeto de protección al otro, pero aceptando ampliamente el sistema de pensamiento de las teorías de la pena con todas sus consecuencias. Son, por una parte, las teorías de la pena y, por el otro, el miedo al totalitarismo, al despotismo, a la injerencia indebida del sistema político sobre el sistema jurídico y a la arbitrariedad en el ejercicio de la justicia punitiva lo que nos ha llevado a desarrollar una "mentalidad de línea Maginot" (Taylor) alrededor de las garantías jurídicas estrictamente negativas. Esta mentalidad consiste en creer que esas garantías son suficientes para "impedir el fracaso" contra la razón represiva y la injerencia indebida del príncipe; y, peor aún, consiste en creer que ellas constituyen una base suficientemente sólida para la construcción de un derecho penal nuevo, moderado y complejo.

En el fondo, la "mentalidad de la línea Maginot" revela un problema no resuelto de doble personalidad: en una faceta de nuestra personalidad, no estamos todavía *emancipados* de las teorías de la pena y tendemos también todavía a

21. Ver. Colette Parent y Françoise Digneffe, "A feminist contribution to ethics in criminal justice intervention", *Post Critical Criminology*, dirigido por T. O'Reilly-Fleming, Scarborough: Prentice Hall, 1996, 201-215.

22. La expresión es de B. Cassen, *Les dix commandements citoyens, "Manière de voir" (Le Monde diplomatique)*, 41, septembre-octobre 1998, 10-12.

23. Ver nota explicatoria "La línea Maginot" (primer nota). Ciertas explicaciones que yo realizo acá, asociadas con esta imagen, se inspiran en las reflexiones de Taylor.

conservar un derecho penal, desde el principio y ante todo, completamente punitivo; pero, en la otra faceta, deseamos también un verdadero derecho penal moderado y del ciudadano. Y creemos que oponiendo la tarea de asegurar las garantías jurídicas negativas a la tarea de "combatir el crimen" o de afirmar en forma abstracta los valores de la pena, podremos resolver nuestro dilema: realizar nuestro ideal de moderación sin abandonar el proyecto fundador de una justicia casi exclusivamente represiva delineada por las teorías de la pena. Por una parte, la simple oposición de un fin al otro constituye una tarea destinada al fracaso. Por otra parte, esta mentalidad de *línea Maginot* sería, por decirlo de alguna manera, responsable de un sentimiento de seguridad ilusoria de aquellos y aquellas que se sitúan al costado de la "protección contra el poder del soberano". Ilusoria porque nosotros aceptamos voluntariamente al menos una de las teorías de la pena y a su vez la imagen de un derecho penal esencialmente represivo (aun cuando deba ser residual). Ahora bien, las teorías de la pena no colisionan directamente con el sistema de pensamiento de las garantías jurídicas *negativas*. Muy por el contrario, esas teorías aceptan el sistema de garantías (siempre que no se quieran introducir alternativas positivas). De ahí, esas teorías "rodean y evitan" la línea de defensa de las garantías y se instalan cómodamente en el interior de su sistema de pensamiento, *conservándose* estas garantías como garantías puramente negativas y abstractas: es decir, como garantías que no crean otras alternativas para desalojar el automatismo de una reacción esencialmente punitiva. Las teorías de la pena contaminan entonces –e hipotecan seriamente el alcance de– el ideal de reforma en materia penal. En efecto, esta línea Maginot sería responsable de una concepción esencialmente negativa de la estrategia de reforma en materia penal y en dogmática penal. El cuadro 1 resume esas ideas y visualiza este problema.

Cuadro 1: Dos autorretratos del derecho penal moderno

Dos autorretratos del derecho penal moderno

Objeto

1. Defender los valores (abstractos) del grupo contra los individuos por medios inmediata y exclusivamente hostiles.

Sistema de pensamiento

Teorías de la pena:

– Retribucionismo

– Disuasión

Neutralización

Imagen ideal

Derecho penal proporcionalmente retributivo o disuasivo

– Derecho penal como "*management*"

Línea Maginot

2. Defender a los individuos y al inculpado contra el poder de castigar del Soberano (Estado).

Garantismo negativo:

– *Ultima ratio*

– Estricta legalidad

– Presunción de inocencia etc.

– Derecho penal según "*the rule of law*"

– Derecho penal punitivo-moderado

– ¿Derecho penal mínimo?

2. Las teorías modernas de la pena y su concepción "negativa" de la protección de la sociedad

Tornemos ahora nuestra atención hacia las dos teorías clásicas de la pena (retribución y disuasión) para ver cómo ellas introducen –y conservan– una concepción notablemente hostil, negativa y abstracta de la protección de los

derechos y de los bienes jurídicos, incluso de la noción misma de "justicia". Subrayemos que toda teoría que justifica *esencialmente la pena* está ligada, de manera inevitable, a un derecho penal del enemigo.[24]

1. Luego de un largo proceso histórico, el pensamiento filosófico y jurídico del Iluminismo creó un nudo gordiano resistente alrededor de la idea de castigar que nos ha legado, en parte a pesar suyo, una "razón punitiva". Una de las grandes novedades de este siglo ha sido entonces la de generalizar la convicción de que la punición era no solamente un mal necesario en el derecho penal –en el sentido banal de algo de lo que, en cierta medida, no sabríamos abstenernos– sino un "mal *obligatorio*" en el sentido fuerte de la expresión: un mal al que el subsistema jurídico, el sistema penal, debe *siempre recurrir* ya que está llamado a intervenir. En efecto, las teorías de la pena hacen la apología de la pena a un punto tal que todas *rechazan* –en su formulación de los siglos XVIII y XIX–, y *en casi todas las circunstancias*, el bien como alternativa autónoma.[25] La creencia de estas teorías es que sólo por el mal de la pena se restablece la justicia o se alcanza la felicidad. Se va a generalizar entonces esta "justificación casi médica", como la llama Luhmann, que se encuentra ya formulada en el siglo XVI, según la cual "el mal se

24. No puedo tratar aquí la teoría de la readaptación porque ello exigiría un mayor desarrollo. Me limito a recordar que ciertas versiones más recientes de esta teoría sostienen una concepción "positiva" de la protección de la sociedad y proponen una mayor diversificación en las modalidades de resolución de los conflictos y en el abanico de sanciones. En los párrafos que siguen, retomo las ideas desarrolladas con anterioridad en otra parte. Ver Álvaro P. Pires, *Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne*, y también "Un noeud gordien autour du droit de punir", in: Debuyst, Digneffe y Pires, *Histoire des savoirs..*, cit., p. 3-51 y 207-219.

25. Las observaciones de Del Vecchio continúan siendo paradigmáticas. Reacciona contra ese principio retribucionista "del mal por el mal" que deviene "un fundamento universalmente válido de la justicia penal", y no solamente de la teoría retributiva. El principio *malum passionis propter malum actionis* – en el sentido de que solamente el mal paga, cura o afirma los valores frente a un mal primero – es insostenible en su carácter obligatorio y debe ser reemplazado por el principio inverso: el mal se puede corregir con el bien – *bonum actionis propter malum actionis* – acompañado de la simple autorización/facultad de castigar. Ver Georges Del Vecchio, *La justice* – La vérité: Essais de philosophie juridique et morale, París: Dalloz, 1955, p. 138-147 y 162-163.

cura con el mal"[26] Ese mensaje es común a toda teoría que se sostiene exclusivamente sobre la pena –sobre la exclusión de otras medidas y sanciones para resolver los conflictos–.

Si se adaptan las observaciones de Arnaud y de Van de Kerchove,[27] se puede decir que los juristas y los filósofos han también creado y experimentado en guardar una diferencia *asimétrica* (Van de Kerchove) entre el derecho civil y el derecho penal, y esta asimetría es percibida como que debe ser "mantenida a todo precio, así sea con la intervención de ficciones" (Arnaud). La preocupación de los criminalistas será entonces la de "buscar la punición más adecuada de los culpables" y de justificarla; "los civilistas, por su parte [tendrán] por misión asegurar la reparación del daño causado" (Arnaud). Y más a menudo, en el derecho penal, se dudará en considerar al resarcimiento o a la solución negociada del conflicto como suficiente, válida y autónoma. Aclaremos de entrada un malentendido: no es la presencia de la pena lo que vuelve al derecho penal moderno incompatible con un derecho para los ciudadanos, sino más bien la exclusión de toda otra sanción y forma de procedimiento más abierto de resolución de conflictos. Ahora bien, el complejo telón de fondo de todo esto parece estar dado –al menos en gran parte– por las teorías de la pena.

Es sorprendente ver cómo las dos grandes corrientes filosóficas de la época moderna han contribuido, mano a mano, a este resultado. Beccaria, un utilitarista, ha sostenido que se deberían penar todos los pequeños ilícitos penales para no debilitar el efecto de la disuasión –exigencia política y práctica–. La pena debería ser moderada, desde luego, pero sobre todo *cierta*. Se renuncia a la severidad pero al precio de la *certeza* de la pena –obligación práctica y política de castigar–.

26. Pierre Ayrault, en 1576, apud N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, p. 283.

27. Ver André-Jean Arnoud, *Les juristes face à la société, du XIXe siècle à nos jours*, París: PUF, 1975, p. 73 y 100-101; y Michel Van de Kerchove, "Culpabilité et dangerosité. Réflexions sur la clôture des théories relatives à la criminalité", *Dangérosité et justice pénale*, dirigido por Ch. Debuyst, Ginebra: Masson, 1981, p. 291-309.

Kant, en su filosofía retribucionista penal, le ha agregado la obligación moral de castigar. Para él, Beccaria tenía razón en querer castigar, pero su justificación no era buena; no se castigaría para disuadir o para satisfacer cualquier otro fin utilitarista, sino que en razón de un imperativo moral categórico situado sobre la pena: aun si ella misma fuese inútil, se debía retribuir el mal con el mal. Von Feuerbach,[28] también utilitarista, cierra el círculo de la razón punitiva: él transforma la exigencia práctica y moral en una consecuencia lógica y jurídica *necesaria* de la transgresión. Va a introducir en forma conjunta los tres grandes principios siguientes: 1) "Cada imposición de una pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*)"; 2) "la imposición de una pena está condicionada por la existencia de la acción como su condición jurídica necesaria (*nulla poena sine crimine*)"; y 3) "a través de la ley, un mal se liga a una transgresión específica como consecuencia legal necesaria (*nullum crimen sine poena legali*)". Esta última cita, "no hay crimen sin pena legal", parece querer decir, según Feuerbach, lo siguiente: a todo acto incriminado *debe seguir lógicamente* una pena legal; otra solución jurídica no sería suficiente o adecuada. Brevemente, en el comienzo del siglo XIX existen ya en nuestra cultura jurídica al menos tres "buenas" razones para castigar sin descanso: una obligación práctica (Beccaria, Bentham), una obligación moral (Kant, Hegel) y una obligación jurídica o necesidad lógica (Feuerbach). Usted puede combinarlas o elegir su razón preferida.

2. Las teorías de la pena reconocen –y todos nosotros con ellas– que la pena causa *siempre* un mal *inmediato y concreto*,[29] al menos cuando se trata de la prisión, la pena de muerte y la multa. Pero nosotros transformamos, en nuestras teorías y discursos, *ese mal concreto e inmediato* en un *bien abstracto y mediato.* Seguiré por

28. Anselm Von Feuerbach. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts.* Giessen: G. F. Heyer's Verlag, 1801. p. 41.

29. Mis observaciones aquí se deben mucho a Georg Mead, "The psychology of punitive justice", *American Journal of Sociology* 23 (5), 1918, p. 577-602.

un momento el recorrido de Mead de modo de vincular sus reflexiones con mis propósitos.

En efecto, para la teoría retributiva, el sufrimiento del culpable es una virtud expiatoria absolutamente irremplazable: aparecerá aquí la purificación del mal de la falta por la pena. Como se sabe, Kant excluye la idea de reparación positiva en su interpretación del principio del talión,[30] y exige la producción de sufrimiento. Cuando se traduce ese principio en "vida por vida" –o más abstractamente mal por mal–, se ve bien que el principio no protege o afirma el valor "vida" sino de una manera *abstracta o mediata* Ahora bien, ese razonamiento nos permite ilustrar una intuición moral fundamental de Mead. Para este último, el derecho penal, como organización, *defiende pero no expresa* los valores fundamentales, salvo de una manera abstracta, negativa y atomizada. Es decir, defiende los valores abstractos, pero no tiene por misión expresar de manera concreta e inmediata los valores que defiende en su propio funcionamiento –ni en su sistema de pensamiento–. Mead dice que los valores que nos protegen aquí son valores-sacrificio –*sacrifice values*– y no valores de uso –*values in use*–.[31] En la lógica de Kant: si yo mato para mostrar que considero el valor vida o para "borrar" el mal, no expreso positiva, inmediata y directamente mi atadura a este valor "vida" en el marco de mi funcionamiento como justicia. Y tampoco expreso otros valores fundamentales que nosotros consideramos: la obligación de tener en cuenta la relación social, el valor de la reparación positiva, el perdón de la víctima etc. Por el contrario, esta arma es a su vez *incongruente* con nuestro valores tal como nosotros los vivimos o deseamos vivirlos. Además, esta forma de defensa negativa y abstracta nos parece "mirar hacia el exterior" –de nuestro grupo–, hacia cualquier cosa que nos agrede "desde afuera".

30. La interpretación de Kant de la ley del talión es discutida. Ver R. Draï, *Le mythe de la Loi du Talion*, Aix-en Provence: Alinea, 1991; Mauricio Martínez, *La abolición del sistema penal.* Inconvenientes en Latinoamérica, Bogotá: Temis, 1990, p. 46-47.

31. Mead. Op. cit., p. 588.

En cuanto a la teoría de la disuasión, es lo mismo pero con un lenguaje diferente. Los utilitaristas hacen a menudo una analogía con la medicina. Dicen –o dejan entender– que el mal causado por la pena es un mal *tan necesario* como el mal causado por una intervención médica para curar otro mal más temible. La pena representaría, entonces, la búsqueda del mal menor. Pero la analogía es tramposa, porque el (buen) cirujano examina si efectivamente hace falta operar y no considera esta intervención *realmente* sino como último recurso. Además, él *no busca* producir el mal. Porque, en un caso así, el anestesista estaría desempleado. Sin embargo, el cirujano no piensa que el mal realizado sobre el paciente se justifica por el bien (abstracto) que haría a la salud pública. Más aún, el médico tampoco define su disciplina por la producción del sufrimiento y no trata de diferenciarla de otras disciplinas por su aptitud para producir exclusivamente el mal, dejando, por ejemplo, la producción concreta e inmediata del bien a la psicología. Ahora bien, el criminólogo manifiesta muy a menudo el deseo de que su disciplina siempre produzca un mal *inmediato y concreto*. El mal-de-la-pena es concebido entonces como una vacuna mágica que, una vez aplicada a un enfermo, torna quizás a éste, pero sobre todo a los otros, capaces de acceder a la felicidad. Bentham dirá de manera lapidaria que: "la pena produce un mal [concreto] de *primer orden*, y un *bien [abstracto] de segundo orden*: ella inflinge un sufrimiento a un individuo que la ha enfrentado voluntariamente; y en sus efectos secundarios [invisibles] se transforma *toda en bien*, intimida a los hombres peligrosos [¡la ilusión del siglo!], reasegura a los inocentes, es la única salvaguarda de la sociedad".[32]

Seguramente, vemos el mal que causamos con la pena; el bien abstracto lo suponemos en gran medida. Y se encuentran por todos lados consideraciones semejantes a las de Bentham. Von Liszt escribe: "la pena *no es un mal* en su sentido, sino solamente por el sentimiento [del culpable]".[33] O también cuando reto-

32. Jeremy Bentham. *Théorie des peines et des récompenses*. Bruselas: Société Belge de Libraire, 1840. vol. 1, p. 19.

33. Franz von Liszt. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Reus, 1926. vol. 3, p. 209.

ma una observación de Pessina: "Su mal [aquel de la pena] es el mal de un sufrimiento, no el sufrimiento de un mal".[34] En todas esas vueltas filosóficas, algunas más lindas que otras, surge la misma idea: "quédese tranquilo: la pena produce el sufrimiento solamente para producir la felicidad o la justicia".

Mead nos deja ver que esta forma de justicia-punitiva-abstracta produce en nosotros un efecto curioso de enceguecimiento en cuanto a sus imperfecciones y a sus consecuencias humanas desastrosas. Sugiere entonces que nos coloquemos frente a frente con el derecho penal de la misma manera que se enfrenta un policía que nos salva de un ataque mortal.[35] Nuestro "respeto por la ley en tanto que ley" es menos un respeto por nuestros "valores en uso" que un respeto –menos exigente– por el que nos *defiende* y por el valor que ha rescatado: "The respect for the law –escribió Mead– is the obverse side of our hatred for the criminal aggressor".[36] Y si esta justicia me dice que ella mata para proteger mi vida o mis valores –y si eso es parte de mis creencias–, yo no veo razones para pedirle que me explique positivamenle los valores en uso. Mead escribe:

"Desde el punto de vista de la protección [puramente negativa], una cosa detrás del muro tiene el mismo valor [the same import] que no importa qué otra cosa delante de esa línea de defensa. El respeto por la ley en tanto que [simplemente] ley revela ser entonces un [simple] respeto por la organización social de defensa contra el enemigo del grupo y por un procedimiento legal y judicial que está orientado hacia el delincuente".[37]

De allí una suerte de veneración por esta ley en su forma hostil. De allí también quizá una reacción emotiva de nuestra parte contra aquellos o aquellas que nosotros percibimos como queriendo "destruir esta línea de defensa", aun si

34. Ídem, ibídem.
35. Op. cit., p. 585.
36. Ídem, ibídem, p. 585-586.
37. Ídem, p. 588.

ella es más ilusoria que efectiva y aun si hay otras formas con las cuales se podría vivir mejor.[38]

Mead ha estado intrigado también por el hecho de que el discurso sobre el "respeto a la ley en tanto que ley" (*the respect of law as law*) y sobre "la majestad de la ley" (*the majesty of the law*) hace referencia casi exclusivamente a la justicia penal. Comparando el procedimiento penal con el procedimiento civil, dirá Mead, se ve "que una gran parte, quizá la mayor parte de los procedimientos del derecho civil son empresas y manejos con la intención de definir y reubicar las situaciones sociales sin las actitudes hostiles que caracterizan al procedimiento penal".[39] Y en el procedimiento civil las partes en conflicto "*pertenecen* al mismo grupo y continúan perteneciendo, sin importar la decisión a la que se llega".[40] La institución no participa directa y activamente en la estigmatización del que pierde.[41] Asimismo, nuestra actitud emocional frente a ese corpus de leyes está marcada de antemano más por la idea del interés (incluido el interés colectivo) que por la simple idea de defenderse y de autoafirmarse de manera hostil. Nosotros aprobamos o condenamos esta o aquella ley civil en la medida que ella triunfe o fracase en su *función social*. El derecho civil no nos parece una institución que debamos respetar al igual en sus "fracasos desastrosos". "Al contrario", escribe Mead, "[la ley] debe

38. La reacción emotiva de Bettiol (1976, III: 98:99) a la crítica de Del Vecchio al principio de la obligación de castigar ilustra ese problema. Bettiol acepta que "la pena deba ser humanizada", pero permaneciendo como pena y sin salir de la lógica retributiva. Toda tentativa por modificar la dimensión esencialmente represiva del derecho penal es vista como una forma de complot contra la institución misma. Haciendo alusión a las emociones, él escribió: "Si uno pretende de ese modo negar el principio retributivo, Del Vecchio pertenece al grupo de 'destructores' del derecho penal, en la misma medida que Carnelutti (...)". Ver Giuseppe Bettiol, *Direito penal*, Sao Paulo: RT, 1976, vol. 3, p. 99.

39. Mead. Op. cit., p. 586.

40. Como veremos luego, los términos en inglés son importantes "*belong* to the same group and continue *to belong* to the same group, whatever decision is rendered". Mead explica aquí su preferencia por una justicia que privilegia el principio de la pertenencia social de todos. A ello volveré luego.

41. Mead. Op. cit., p. 586.

ser cambiada".[42] Tenemos una actitud más racional y más funcional al respecto. En el procedimiento penal, todo ocurre como si se quisiera constatar si la persona pertenece aún al grupo o no. La condena nos libera entonces de toda carga por mantener todavía la relación social.

Según Mead, una justicia penal centrada sobre la expresión positiva de valores tendría sin duda que pagar un precio: no tendría un contenido emocional tan vivo, pero este sería el único remedio para no reforzar la representación del delincuente como enemigo de la sociedad.[43] Se perdería tal vez esa enorme solidaridad de sentimiento pero se ganaría en muchos otros sentidos, sin contar con que esta solidaridad emocional puede ser también desastrosa[44] y que ella no se traduce en un mayor respeto a las leyes. Mead hace un paralelo con el sentimiento de patriotismo en un contexto de guerra y sugiere que algo semejante se produce en una justicia orientada hacia "un enemigo de todos" La palabra "país" es intercambiable aquí con "justicia punitiva":

"Para mucha gente su país se ha convertido en un gran valor porque ellos se encuentran deseosos de defenderlo, al precio de su propia vida, cuando el impulso común de ataque contra un enemigo común ha sido estimulado. Y no obstante ellos pueden haber cometido, en su vida cotidiana, traiciones a los valores sociales por los cuales están dispuestos a morir para protegerlos porque no tenían entonces ninguna situación emocional en cuyo interior esos valores habían podido aparecer en su conciencia".[45]

¿Cómo hemos llegado a creer en tal cosa, y en tal concepción de la justicia y de la felicidad?

42. Ídem, ibídem.
43. Ídem, p. 602.
44. Ídem, p. 592.
45. Ídem, p. 588.

3. La construcción deteriorada de los ideales de justicia y de buena vida

Preguntémonos ahora lo siguiente: el derecho penal moderno, ¿tendrá o no un "ideal moral" mirando su propio funcionamiento y, si así es, cómo concibe este ideal?

Por "ideal moral" Taylor entiende "una imagen de aquello que sería una existencia mejor o más elevada, donde "mejor" o "más elevada" no se definen en función de nuestros deseos o de nuestras necesidades sino en relación con un ideal al cual nosotros deberíamos aspirar"[46] Trataré de demostrar cómo es difícil pensar en un ideal moral en el derecho penal moderno *sin destruirlo en el acto mismo de definición.* Es decir, sin que ello no signifique, desde el principio, una suerte de imagen que se guía por nuestros sentimientos de injusticia sufrida, por nuestras necesidades de seguridad y por una lógica hostil que sacrifica o "instrumentaliza" la idea misma de perfeccionamiento.

1. Usualmente, se presentan las teorías morales como pertenecientes a dos grandes familias: a) las teorías *deontológicas* que gravitan alrededor de los conceptos de "justicia", "libertad" e "igualdad"; b) las teorías teleológicas que ponen el acento sobre los conceptos de "buena vida" y "felicidad". Esas teorías, aun cuando se encuentren fuera del campo penal, construyen su noción-clave de inicio a partir de una representación *positiva* o deseable de un bien común; en síntesis, ellas tienen un verdadero ideal de perfeccionamiento. Las teorías deontológicas, por ejemplo, van a elaborar una noción de justicia a partir de la idea de una mayor libertad compatible con la libertad de los otros, de la noción de igualdad de oportunidades, de trato no arbitrario etc. A la pregunta "¿que es lo justo?", jamás van a responder: "la idea central de justicia se encuentra en la Ley del Talión"; y menos aún: "la justicia exige que se pene a todos los culpables que tenemos entre las manos, aun si todo ello es francamente inútil" etc. El pasaje de un ideal a otro denota de

46. Ver Taylor, *Grandeur et misère...*, cit., p. 28.

entrada una cierta degradación, a punto tal que el ideal retributivo se aproxima peligrosamente a la pulsión de venganza y deviene incongruente –esto es, incompatible– con otras virtudes. El ideal es entonces menos la justicia que *una cierta forma* de *reaccionar* –punitiva– *cuando hay cierta causa* de *injusticia* –las injusticias reconocidas por la ley penal–.

Algo parecido ocurre cuando se abordan las teorías de la buena vida, sean ellas utilitaristas o no. Los utilitaristas, como *no hablan* del fin de la pena, incluido Bentham, consideran como su ideal a la felicidad o al principio según el cual se debe procurar "el máximo de felicidad para el máximo de personas"[47] Otros filósofos modernos (no utilitaristas) de la buena vida van a poner de entrada como ideal el desarrollo de nuestra capacidad de "vivir juntos", el "bien para nosotros",[48] etc. Esos son los valores que constituyen su *ideal último*. A la pregunta "¿cuál es el *summum bonum* (el bien soberano)?", no se responderá que es la "disuasión", "hacer sentir miedo a los ciudadanos", "quitar la temeridad a los individuos culpables" etc. Por ejemplo, un dictador puede disuadir a sus súbditos para que se rebelen, pero éste no es considerado un ideal muy bonito. ¿Y se puede argumentar de manera convincente que la disuasión es el mejor medio, una suerte de condición necesaria, para llegar a la buena vida? Nada más incierto. ¿Y cómo puede la justicia penal perfeccionarse en relación con ese ideal? ¿Aumentando o conservando la severidad de las penas? ¿Moderando las penas pero aumentando su certeza a través de una campaña de delación, de tolerancia cero etc.? ¿Se deben reducir las garantías jurídicas para aumentar la certeza? Se ven claros los riesgos de patinarse y de destrucción recíproca de los diversos fines del sistema. Espero también haber

47. La fórmula proviene de F. Hutcheson, en una obra de 1725: "action is best, which procures the greatest happiness for the greatest numbers". Ha habido muchas formulas vecinas, pero no idénticas a ese principio. Para una reflexión histórica y una comparación con la fórmula empleada por Beccaria, ver R. Shackleton, "The greatest happiness of the greatest number: the history of Bentham's phrase", in: Jeremy Bentham, *Critical assessments*, dirigido por B. Parekh, Londres: Routledge, vol. 2, 1993, p. 353-367.

48. Ver en forma particular Paul Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, París: Seuil, 1990, por ejemplo, p. 202-203 y 219.

demostrado que la disuasión no es una virtud moral, lejos de serlo. Es difícil convencer a los otros de que "hacer sentir miedo al mundo" es, en sí mismo, un bien superior a todos los demás, aun en relación con el crimen. El Cuadro 2 nos brinda una visión del problema.

Cuadro 2: Clasificación de las teorías morales y de dos teorías modernas de la pena.

Teorías morales

Deontológicas

ideal positivo

Justicia (virtud): libertad; igualdad (definición positiva).

ideal deteriorado

Teorías modernas de la pena (negativas, abstractas, atomistas)

Retribucionismo penal: la injusticia del crimen crea la obligación moral de producir un mal igual (concreto e inmediato) al mal causado.

Utilitarismo penal clásico: la injusticia del crimen exige la disuasión y crea la obligación práctica y jurídica de producir un mal mayor (¿moderado?) inmediato y concreto.

ideal deteriorado

Teleológicas

ideal positivo

Utilitarismo y otras teorías de la buena vida "máximo de felicidad para el máximo de personas"; "bien para nosotros" (definición positiva).

2. Existen muchos indicadores de este problema en las teorías de la pena. Me limitaré a indicar sólo uno por cada grupo de teorías. Como lo he dicho en otra parte,[49] no es habitual caracterizar a la ética kantiana *en su conjunto* como

49. Ver Álvaro P. Pires, "Kant face à la justice criminelle", in: Debuyst, Digneffe y Pires, *Histoire des savoirs..*, cit., p. 145-205 (p. 157-159).

ética *retribucionista*. Los especialistas de Kant hablan más bien de ética racionalista, *a priori*, formalista, trascendental o, simplemente, de ética kantiana. La palabra "retribucionismo" no constituye una entrada a la nomenclatura de Kant y no aparece tampoco en el excelente *Kant-Lexikon* elaborado por Eisler.[50] No figura tampoco en el índice de temas de un gran número de obras que tratan sobre la filosofía moral de Kant, salvo si el autor dedica una sección a su teoría de la pena criminal. La palabra inglesa *retribution* se reencuentra en el *Kant Dictionary* de Caygill,[51] pero solamente para reenviarla a la palabra "justicia". Luego de otras consideraciones sobre esa última palabra, el diccionario entonces nos informa simplemente que la visión de Kant de la justicia *criminal* "es firmemente retributiva". Estas indicaciones me parecen suficientes: se revela aquí una marcada diferencia en la manera de caracterizar su filosofía moral y su concepción de la justicia *criminal*. Más aun: una diferencia esencial *en la manera de construir las dos nociones de justicia*. Estas dos nociones de justicia no parecen integradas en él, sino más bien simplemente cosidas una a la otra con la ayuda de algunos frágiles puntos de sutura.

Dentro de los utilitaristas el problema se hace visible de otra manera. En efecto, la *misma* palabra "utilitarismo" es empleada tanto para designar las teorías que tienen un ideal positivo como para designar las teorías que se construyen en relación con un ideal deteriorado (justicia penal). Desde esta perspectiva, la diferencia en la lógica de construcción de conceptos primordiales no es aparente. Sin embargo, cuando se compara el *fin último* del utilitarismo con el fin último de la teoría utilitarista clásica de la pena no se puede sino perder el aliento: una quiere producir el máximo de felicidad para el máximo de personas y no dice que esa felicidad será abstracta, imposible de identificar e imposible de verificar; tampoco pretende que para alcanzarla debamos hacer sufrir a los otros. Por el contrario, en

50. R. Eisler. *Kant-Lexikon*. París: Gallimard, 1994.

51. H. Caygill. *A Kant Dictionary*. Oxford: Blackwell, 1995.

las teorías de la pena, ese fin último se borra y es reemplazado por otro: la disuasión o la reducción de la criminalidad *por la pena.* Dentro de los teóricos de la disuasión, ella tiene un estatus epistemológico ambiguo: se presenta como si fuera un fin,[52] cuando no puede ser más que un medio. Como sea, desaloja *sin una discusión profunda* todos los otros medios (la re-conciliación, el resarcimiento) susceptibles de procurar una buena vida, aun aquellos que, al menos a primera vista, parecen realizar mejor la mayor felicidad posible para el mayor número posible de personas y de una forma concreta y demostrable.

En resumen, en el caso de las teorías morales, la construcción de su concepto primordial parte de una experiencia y de una conceptualización positiva de este concepto y no de una apología del mal. ¿Pero qué pasa con nosotros, en el derecho penal? ¿Cuál es el destino que reservamos a los conceptos de justicia o de buena vida? Parafraseando a Taylor, se dice que el sistema no se orienta "hacia los más grandes objetivos" sino más bien "hacia sus formas deterioradas"[53] En efecto, las teorías de la pena ya están hipotecadas. Es por esta razón que Del Vecchio no las encontraba compatibles con el concepto de justicia y nos ha advertido, con una ocurrencia significativa, que "la mejor parte de cada una de las teorías [de la pena] consiste en la crítica a las otras".[54] Pero, parafraseando una vez más a Taylor, debemos tratar de comprender la fuerza moral que se esconde detrás de estas teorías y explicar cómo nos hemos convertido en prisioneros de esos ideales degradados.

52. C. Beccaria escribió: "il fine dunque non è altro che impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di remuovere gli altri dal farne uguali", "Dei delitti e delle pene" (edizioni di Luigi Firpo), *Opere*, a cura di Gianni Francioni, Milán: Mediobanca, 1984, vol. 1, n. 12, p. 55. Ver también Álvaro Pires, "Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne", in: Debuyst, Digneffe y Pires, *Histoire des saviors...*, cit., p. 83-143 (p. 115-117). Jeremy Bentham es también muy claro: "The principal end of punishment is to prevent like offences"; o también: "general prevention ought to be the chief end of punishment, as it is its real justification", "Principles of Penal Law", *The works of Jeremy Bentham*, dirigido por John Bowring, New York: Russell & Russell, 1962, vol. 1, p. 367 y 396.

53. Taylor. *Grandeur et misère...*, cit. p. 24.

54. Del Vecchio. *La justice* – La vérité.., cit., p. 163.

3. Una de las pistas para captar mejor este rompecabezas me ha sido brindada por Bauman[55] quien retoma una investigación de Barrington Moore Jr. Por cierto, el estudio de Moore tenía como objeto a la población en general y el veía entonces su problema como relevante de la parte "no-filosófica de la población". Ahora bien, pienso tener un problema equivalente al suyo, pero que se encuentra más bien dentro de la parte filosófica de la población. De ahí que deba adaptar sus reflexiones a este universo para poder desarrollarlas. En efecto, he constatado que la reflexión filosófica sobre –o concerniente– a la justicia penal tiene una marcada tendencia a construirse a partir de *la experiencia y de la representación de la injusticia* más que a partir de la noción de justicia. Decimos entonces, parafraseando a Bauman, que es la *injusticia* la que parece ser la noción primordial (*the prime notion*) del derecho y de la filosofía política y jurídica cuando uno se refiere a las experiencias incriminadas de agresión física, robo, fraude, traición, quebrantamiento del orden público etc., quedando entonces la "justicia" como el concepto derivado y marcado que se encuentra del otro lado. Llegamos al concepto de justicia por el concepto de injusticia y decimos que la justicia es lo que es necesario –en nuestra opinión– para deshacer la injusticia: "Justice makes sense here solely as the enemy –and postulated conqueror– of injustice, the later being the sole *datum* given in experience [o, sumándolo a nuestro propósito, en el sistema de pensamiento]".[56] "La justicia significa" continúa Bauman, "redención, recobro de pérdidas, hacer un bien del mal, compensación por los males sufridos –reparación de la distorsión causada por el acto de injusticia–".[57]

Ciertos filósofos del derecho –aun antes de que el sistema penal se diferenciara como sistema de pensamiento– parecen haber tenido una curiosa conciencia de esta reducción del concepto de justicia al concepto de injusticia,

55. Ver Zygmunt Bauman, *Posmodernity and its discontents*, New York: New York University Press, 1997, p. 57.

56. Ídem, ibídem.

57. Ídem.

reducción que se opera por una inversión del polo de construcción conceptual. De este modo, Grotius escribe:

"Dando por título a este tratado: *Du droit de la guerre,* comprendemos por ahí buscar en principio (...) si hay alguna guerra que sea justa, y seguidamente, lo que hay de justo en la guerra. Porque la palabra *derecho* no significa *aquí* otra cosa que [el destacado me pertenece] lo que es justo, *y aquello dentro de un sentido más bien negativo que afirmativo, de forma que el derecho es lo que no es injusto* [el destacado me pertenece]".[58]

Ciertamente, en el caso de Grotius este sentido "negativo" de la construcción de la noción de justicia está todavía contrabalanceado por una suerte de primacía del principio de "cuidado de la vida social"[59] que él considera "la fuente del derecho propiamente dicha"; por el hecho de que él no acepta entonces la obligación de castigar, y también por el hecho de que él no intenta tampoco fundar racionalmente la distinción entre el ilícito civil y el ilícito penal y de asociarles estructuras asimétricas de procedimiento y de sanciones. Pero el problema cambia de escala –y se convierte en más agudo y costoso socialmente– con el derecho penal moderno. ¿Por qué? Justamente porque opera aquello que yo llamaré una "doble reducción del concepto de justicia": se pasa de la justicia a la injusticia como concepto primordial y de ésta a la *injusticia criminal.* La primera reducción –identificada por Moore y Bauman y presentada más arriba– se hace por una reinversión en el polo de construcción; la segunda, por una dicotomización del concepto de injusticia estrictamente asociado a una manera de reaccionar y de pensar. El punto de partida ya no es sólo el concepto de injusticia, sino más bien el concepto de injusticia *criminalizada.* Resultado: se toma por dado un sistema de pensamiento *sabio y serio,* con una empresa organizacional, que ha excluido *filosófica* y *política-*

58. H. de G. Grotius. *Le droit de la guerre et de la paix.* París: Guillaumin, 1867 (orig. 1625). vol. 3, p. 62.

59. Ídem, ibídem, vol. 1, p. 9.

mente una serie de formas –y casi todas las formas *positivas*– de reparación del mal para retener solamente la reparación abstracta por medio de la pena. Es por esta razón que el concepto de "justicia" en derecho penal es intrínsicamente vulnerable y no coincide con los conceptos de justicia o de injusticia en ninguna otra parte, ni siquiera en el derecho civil o administrativo. Aún más, ello parece explicar bastante bien ese pequeño hecho intrigante que consiste en ver a un autor como Kant sostener la tesis del Estado mínimo en materia económica y social y cambiar su posición de pronto para defender la pena "igual al crimen" (sin moderación) cuando se trata de una injusticia que es administrada en su sociedad –o que debería, según él, ser administrada– por el sistema penal. Esto nos introduce al punto siguiente.

4. Me parece que la construcción del concepto de "injusticia criminal" ha estado también marcada de manera importante por el modelo de la polarización "criminal *v.* sociedad" en el cual se representa al desviado como poniéndose, por su acto, fuera de la sociedad o en ruptura con ella. Para comprender la semántica del "criminal como enemigo de la sociedad", se debe tener conciencia, entre otras cosas, de la concepción de "sociedad" que sostiene esa representación. Esta visión emana de ciertas doctrinas del siglo XVII asociadas tal vez –pero no necesariamente– a la noción de contrato social y a los nombres de Locke y Hobbes.[60] Por esas doctrinas, como lo subraya Taylor, hemos heredado una "visión de sociedad que está en cierto sentido constituida por individuos para el cumplimiento de fines que son desde el principio y ante todo individuales"[61] La idea es que los individuos han aceptado constituirse en sociedad para asegurar a cada uno de ellos el derecho individual a la libertad o a la seguridad. En esta concepción, la sociedad debe respetar lo más posible el espacio de libertad de los individuos y asegurar a

60. Es otro ensayo de Charles Taylor que me ha abierto los ojos a esta pregunta y que me permite desarrollarla aquí a mi manera. Ver Taylor, "Atomism", ***Philosophy and the human...***, cit., p. 187-210.

61. Ídem, ibídem, p. 187.

cada uno que los otros respetarán también este espacio. Si un individuo transgrede el espacio de otro, es decir viola su derecho, la sociedad entera se encuentra detrás de la víctima para defenderla contra el usurpador de derechos. La primera obligación de esta sociedad, a través de su derecho penal, es entonces la de defender o de reaccionar contra esa destrucción del orden público o de la moral. Dicho de otra manera: la obligación pública de la sociedad es proteger un interés individual devenido colectivo por el contrato social (suma de voluntades individuales); o aun más, lo que vuelve a lo mismo, su obligación es restablecer una moral abstracta castigando al que ha agredido a uno de los miembros del grupo.

En cierto sentido, en esta visión, el rol primordial del sistema penal es entonces el de defender los derechos fundamentales *de los individuos.* Que estos derechos se presenten como "derechos públicos" o "de la sociedad" no afecta la conclusión que yo intento sacar aquí: son públicos porque los individuos los han constituido como tales para asegurar sus derechos individuales. En esta visión de la sociedad, como lo indica Taylor, acordamos una suerte de "primacía de los derechos".[62] Ello quiere decir que los individuos están ligados al derecho de forma incondicional:[63] no tienen la *obligación* de mantener a la sociedad y a *todos* los miembros de la sociedad, incluidos aquellos y aquellas que han transgredido los derechos; pueden esconderse detrás de la simple reivindicación de sus derechos afectados, siempre y cuando respeten, a su vez, los derechos de otros individuos. Esta visión de la sociedad puede ser llamada "atomista" o también "individualista" Por ello se debe entender "toda doctrina moral o política que atribuye al ser humano un *valor prioritario de fin* en relación con las comunidades a las cuales pertenece".[64] Voy a insistir sobre el punto de que las teorías retributiva y de la disuasión son atomistas-belicosas, es decir que ellas no solamente no toman en

62. Ídem, p. 188. En inglés, *primacy of rights.*

63. He tomado prestada aquí la expresión de Taylor, ídem.

64. Ver Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia*, palabra "Individualismo", Sao Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 554-555.

cuenta suficientemente la *obligación moral y jurídica* hacia la protección positiva del lazo social, sino que contribuyen a la destrucción de ese lazo, creando un derecho penal del enemigo y una política de "guerra fría".

Para ver bien el problema, déjenme comparar esta visión atomista de la sociedad con otra, rescatada también por Taylor. Se puede considerar, por ejemplo, como lo ha hecho Aristóteles, que el ser humano es un animal social. En ese caso, el individuo no es más autosuficiente:[65] lo que es se lo debe a la sociedad y no ella a él. En esta otra visión, el "principio de la pertenencia o de la obligación" (*principle of belonging or obligation*),[66] y no el de los derechos individuales, es el principio primordial, aquí entendido para organizar la reacción social y jurídica desde el punto de vista de las transgresiones a derechos individuales: *todas* las partes (el agresor, la víctima y la tercer parte o la sociedad *como un todo*) deben respetar –y tienen obligaciones hacia– el principio de pertenencia, de *taking care* de las personas concretas vinculadas por el lazo social.

Ahora bien, las *teorías clásicas de la pena* (retribución y disuasión) han hecho desaparecer del campo de la conciencia esta obligación y son presentadas como teorías de la sociedad o de la moralidad sin ningún compromiso hacia lo que se podría llamar la buena salud del lazo social que involucra a todas las personas. La obligación hacia el lazo social es *incompatible* con una utilización dogmática de la pena como "obligación de castigar". Solamente en el marco de una visión atomista tal posición puede ser asumida de manera coherente. Porque la primacía del principio de la obligación implica un concepto de justicia más amplio, menos construido exclusivamente a partir de la experiencia de la injusticia y menos aún a partir de criterios de la justicia penal. La obligación hacia el lazo social no se deja obnubilar completamente ni por la transgresión ni por la pena: exige tomar en cuenta la *expresión concreta, inmediata y positiva de valores en la misma reacción que los quiere*

65. Ver Taylor, "Atomism", cit., p. 189.

66. Ídem, ibídem, p. 188. La formulación de esos principios remiten a Taylor.

proteger. La autorización de castigar existe, pero no como *obligación*, y solamente como último recurso, por ejemplo, teniendo en cuenta otras altemativas. Me parece entonces que nuestra cultura penal moderna se inscribe en el marco de la filosofía moral y política que acuerda una primacía al principio de derechos de los individuos sobre el principio de la obligación de cuidar la vida social y de tener en cuenta a todas las partes. Ciertamente, la defensa de derechos individuales es capital, pero no se puede excluir una *obligación incondicional de los individuos entre sí por medio de las organizaciones sociales.*

4. El derecho penal moderno frente a la dignidad humana

Para concluir, me gustaría retomar la conclusión teórica a la cual llega Bloch en uno de sus estudios.[67] Su conclusión, escribe Honneth, "es que a diferencia de las perspectivas eudemonistas presentes en las utopías sociales, el derecho natural se asigna como fin la protección de la dignidad humana".[68] Retomémosla:

"Las utopías sociales procuran en primer lugar la felicidad, al menos la supresión de la miseria y de las condiciones que la mantienen o la reproducen. Las teorías del derecho natural –y esto aparece con mucha nitidez– procuran en primer lugar la dignidad, los derechos del hombre, las garantías jurídicas de seguridad y de la libertad humanas como categorías del orgullo humano. La utopía también se orienta ante todo hacia la abolición de la miseria humana, el derecho natural ante todo hacia la abolición de la humillación humana".[69]

Según Honneth, la primer premisa de Bloch es que la "'dignidad humana' no puede revelarse sino de manera indirecta: identificando las formas de envile-

67. Ernst Bloch. *Droit naturel et dignité humaine*. París: Payot, 1976 (orig. 1961). Es el ensayo de Alex Honneth, citado aquí abajo, que trata sobre las diferentes formas de desprecio, el que me ha permitido hacer un lazo entre las conclusiones de Bloch, mi tema y el del desprecio estudiado por el mismo Honneth.

68. Ver Alex Honneth, Intégrité et inépris. "Principes d'une morale de la reconnaissance", *Recherches sociologiques* 2, 1999, p. 11-22 (p. 11).

69. Bloch. Op. cit., p. 210, citada también en Honneth, Intégrité..., cit., p. 11.

cimiento y de ofensa infligidas a la persona"; la segunda manera es que "son solamente tales experiencias negativas de desprecio y de ultraje las que pueden brindar un impulso práctico a una orientación normativa dirigida a asegurar la dignidad humana".[70]

Agrego, para mis fines, que Bloch llega también a la conclusión de que se puede hablar de *utopías jurídicas* (en el sentido positivo del término) para distinguirlas de las utopías sociales y que el derecho natural ha sido el motor principal de las primeras. Como toda utopía, las utopías jurídicas "consisten en el rebasamiento de lo dado, de modo que lo que está presente deba ser suprimido para abrir camino a una condición mejor".[71] Para él, el rol particular de las utopías jurídicas era impedirnos "considerar al derecho positivo presente como libre de toda sospecha"[72] y, de este modo, estimular también la imaginación creadora humanista del jurista.

Hoy estamos nuevamente enfrentados a la necesidad de construir una buena sociedad. Y parece que para ello tenemos "necesidad de utopías".[73] El pensamiento de Bloch recupera así actualidad, pero nos plantea dos enigmas. El primero es que, desde su punto de vista, era el derecho natural el que alimentaba las utopías jurídicas y eran ellas las que tenían por primer objetivo la dignidad humana. Luego de la transformación del derecho natural en derecho positivo en el siglo XVIII y la constitución del derecho penal como un subsistema autónomo con sus teorías de la pena, ¿cuál será el motor de las utopías jurídicas en materia penal? En otras palabras: ¿existe todavía en el derecho penal un ideal moral verdadero, que no esté degradado por sus teorías de la pena, que procure rebasar su estructura actual para abrir vías a nuevas estructuras jurídicas y prácticas? Yo he

70. Ídem, ibídem, p. 11-12.

71. Ídem, p. 210.

72. Ídem, p. 11.

73. Ver I. Ramonet, "Besoin d'utopie", *Manière de voir (Le Monde Diplomatique)* 41, septiembre-octubre 1998, p. 6-7.

llegado a pensar que las verdaderas utopías jurídicas han sido arrancadas del derecho penal por sus teorías de la pena. Ellas han encerrado al humanismo jurídico con el cepo de la pena y del procedimiento hostil: el derecho penal puede ser más humano, pero a condición de no ser *demasiado humano*, es decir, de no suprimir el presente para abrir el camino a una condición mejor. Como sea, la pregunta central es la de saber si el derecho penal moderno tendría o no un ideal moral dirigido a su propio perfeccionamiento.

El segundo interrogante es el siguiente. ¿Por qué razón nosotros no hemos "visto" –y tampoco podemos ver bien todavía– que el mismo derecho penal moderno, este derecho penal del enemigo, fue y es todavía una forma de envilecimiento de la dignidad humana? ¿Cómo es posible que las formas de experiencias negativas de desprecio y de ultraje que practica bajo la forma de la producción de un mal inmediato y concreto no haya dado lugar a una orientación normativa creativa y positiva dirigida a asegurar la dignidad humana? ¿Cómo hemos neutralizado, en el nivel cognitivo y emocional, nuestras propias prácticas institucionales de agravio? Las teorías de la pena y nuestra imagen "ideal" de un derecho penal enteramente represivo, ¿para qué sirven?

Alessandro Baratta[74] vuelve a lanzar el debate subrayando la necesidad de "garantías positivas". ¿Pero estas garantías deben ser todas ubicadas al exterior del derecho penal y solamente en el exterior? ¿Vamos a "defender" una vez más al derecho penal del enemigo impidiendo transformar sus estructuras y su sistema de pensamiento? ¿Se debe decir todavía que el derecho penal debe *solamente* limitar y regular las penas? ¿Hay algo nuevo desde el fracaso aterrorizante de nuestra "línea Maginot" construida en el siglo de las luces para adornar la severidad de las teorías de la pena? ¿Por qué no decir que el derecho penal debe encontrar *también* formas más civilizadas de expresar los valores y de regular los conflictos que le llegan y de *desalojar* en su propio ejercicio las penas en la medida en que ello sea

74. Baratta. "Droits de l'Homme...", cit.

posible? ¿Por qué el principio de último recurso debe permanecer en el exterior del derecho penal y de los tribunales penales? En las últimas líneas del estudio de Baratta, leo una preocupación mayor con el *lazo social* y con la transformación *interna* de las estructuras del derecho penal de la primera modernidad: "Ampliar la perspectiva del derecho penal de la constitución según los principios de una política integral de protección de derechos significa (...) definir al garantismo no solamente como un límite del sistema punitivo (...), sino también y sobre todo como un *garantismo positivo*".[75] Queda esperar que no deshagamos esta utopía ciudadana antes de modificar al menos un poco la estructura de nuestro derecho penal del enemigo.

75. Ídem, ibídem, p. 253.

A culpabilidade e sua exclusão no direito penal*

Claus Roxin

Professor Emérito da Universidade de Munique. Dr. *Honoris Causa* pelas Universidades de Hanyang, Córeia do Sul; de Urbino e Estatal de Milão, Itália; de Coimbra e Lusíada de Lisboa, Portugal; Complutense de Madrid e Central de Barcelona, Espanha; Komotini e Atenas, Grécia; de Tabasco, México; Nacional de Córdoba, Argentina. Professor Honorário da Universidade de Lima, Peru.

Sumário: 1. O princípio da culpabilidade como espinha dorsal da imputação objetiva e subjetiva – 2. O aspecto externo do princípio da culpabilidade: a exclusão do acaso – 3. A culpabilidade como realização do injusto apesar de idoneidade para ser destinatário de normas – 4. Outras concepções de culpabilidade: 4.1 A culpabilidade como ânimo merecedor de repreensão; 4.2 A culpabilidade como ter de responder pelo próprio caráter; 4.3 A culpabilidade como atribuição segundo necessidades preventivo-gerais – 5. Idoneidade para ser destinatário de normas, poder-agir-diversamente e livre-arbítrio – 6. Matizes preventivos na exculpação – 7. A culpabilidade e a necessidade de pena como pressupostos conjuntos da responsabilidade: 7.1 As conseqüências dogmáticas desta concepção; 7.2 As conseqüências jurídicas práticas – 8. Conclusão.

* Tradução de Luís Greco, autorizada pelo autor, do estudo *Schuld und Schuldausschluß im Strafrecht*, originalmente publicado em Bemmann/Spinellis (eds.), *Festschrift für Mangakis* (Estudos em homenagem a Mangakis), Athen – Komotini, Sakkoulas Verlag, 1999, p. 237 et seq.

Abreviaturas: AT = *Allgemeiner Teil* – Parte geral; BGH = Bundesgerichtshof (Tribunal Federal, equivalente a nosso STJ); BGHSt = decisões do Bundesgerichtshof em matéria penal; FS = *Festschrift* – Estudos em homenagem; GG = *Grundgesetz* – Lei Fundamental; JZ = Juristenzeitung; JA = Juristische Arbeitsblätter; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; NStZ = Neue Zeitschrift für Strafrecht; OLG = Oberlandesgericht (Tribunal Superior do Land); RGSt = Decisões do

Resumo: O autor expõe e defende a sua concepção, segundo a qual as necessidades preventivas gerais e especiais devem ser acrescentadas à culpabilidade em sentido tradicional, formando uma nova categoria no sistema do delito, a "responsabilidade".

Palavras-chave: culpabilidade; estado de necessidade; imputabilidade; prevenção; funcionalismo.

1. O princípio da culpabilidade como espinha dorsal da imputação objetiva e subjetiva

Nenhuma categoria do direito penal é tão controvertida quanto a culpabilidade, e nenhuma é tão indispensável. Ela é controvertida, por uma série de mal-entendidos; indispensável, por constituir o critério central de toda imputação. Essa imputação de um acontecimento exterior a um homem determinado – e, no futuro, talvez também a pessoas jurídicas[1] – é o objeto único da dogmática jurídico-penal. É por isso que não pode existir direito penal sem princípio da culpabilidade; é possível conferir a este outra denominação, mas não se pode eliminá-lo.

Adiante-se uma palavra a respeito dos mal-entendidos que desde há tempo sobrecarregam o conceito de culpabilidade no direito penal. Se alguém comete um crime – por exemplo, pratica um roubo, ou mata uma pessoa – temos um acontecimento cuja relevância transcende ao direito penal. Tal fato apresenta dimensões sociais, éticas, religiosas, por vezes mesmo políticas e metafísicas, as quais tentamos englobar sob o conceito de culpabilidade. Para conferirem à sua disciplina uma aura superior, tentaram os penalistas, comumente, apoiar-se em ciên-

Reichsgericht (Tribunal do Reich) em matéria penal; nm = número de margem; StGB = Strafgesetzbuch (Código Penal alemão); StPO = Strafprozeßordnung (Código de Processo Penal alemão); ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

1. Referências sobre a discussão a respeito de medidas penais contra corporações, Roxin, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 8, nm. 59-62.

cias como a Teologia, a Filosofia ou a Sociologia, transportando a noção de culpabilidade ali existente para o campo do direito penal; ou buscaram orientação nas ciências da natureza, que desconhecem qualquer culpabilidade, e tentando outorgar ao direito penal o ideal de exatidão, sem conceito de culpabilidade, a elas inerente. Todas essas abordagens são caminhos errados. Ao direito penal não importam os conceitos de culpabilidade de outras disciplinas, muito menos da metafísica. O juiz penal não exerce a magistratura como representante da divindade, não se podendo permitir juízos éticos com mais caráter vinculante do que possuem as concepções morais do cidadão normal, juridicamente leigo. As questões de culpabilidade, tais como são tratadas na grande literatura,[2] podem consistir em um objeto legítimo da Filosofia do Direito; esta, porém, é um setor da Filosofia, não da Ciência Jurídica.

A dogmática jurídico-penal – e com isto retorno à minha afirmativa acima feita – interessa-se, unicamente, por determinar sob que pressupostos e em que medida alguém pode ser responsabilizado por um comportamento socialmente lesivo, de maneira que se apliquem as sanções desse ramo do direito. Na determinação dessa responsabilidade, o princípio da culpabilidade não desempenha um papel exclusivo, mas de qualquer maneira muito destacado. Ele não só é um elemento central daquela categoria do delito, que hoje é chamada, de modo exclusivo e inexato, de "culpabilidade", e sob a qual agrupamos matérias como a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude etc. Ele atua com grande eficiência já no plano do injusto, onde possui a tarefa de excluir as causações decorrentes de mero acaso.[3] A eliminação do acaso e a superação do direito penal de resultado são, historicamente, as maiores conquistas do princípio da culpabilidade. Somente após se haver determinado que a causação do resultado não é fruto do acaso, mas decorreu, de modo objetivamente imputável, do comportamento

2. No livro *Verbrechen und Strafe*, 1995, apresenta Schmidhäuser uma seleção de obras importantes segundo uma perspectiva jurídico-penal.

3. Roxin, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 7, nm. 57.

do autor, é que se formulará a outra pergunta – também a ser respondida com ajuda do princípio da culpabilidade – quanto a se a constituição interior do agente permite uma imputação subjetiva, se ele é "culpável", no sentido corrente da palavra.[4] O princípio da culpabilidade é, portanto, a espinha dorsal tanto da imputação objetiva como subjetiva.

2. O aspecto externo do princípio da culpabilidade: a exclusão do acaso

Neste estudo, desejo ocupar-me, especialmente, da imputação subjetiva, a qual hoje se associa ao conceito de culpabilidade, quase que exclusivamente. Ainda assim, gostaria de adiantar algumas observações a respeito deste aparente paradoxo que é a relevância do princípio da culpabilidade já para o injusto. A exclusão do acaso, que caracterizei como o aspecto externo do princípio da culpabilidade, é efetivada, segundo a opinião atualmente dominante, através da chamada teoria da imputação objetiva. Cursos causais só serão imputados na medida em que representarem a realização de um risco não permitido criado pelo autor.[5] Se tal não for o caso, o resultado é atribuído ao acaso, isentando-se o autor de responsabilidade por sua provocação.

Esta conclusão, que parece quase óbvia, é na verdade o resultado de um desenvolvimento que somente nos últimos 30 anos ocorreu na dogmática penal. Ainda em minha época de estudante, na década de cinqüenta, tratava-se o problema do acaso quase que unicamente nos delitos culposos, sendo ele resolvido através de conceitos como a "previsibilidade"[6] ou a "evitabilidade",[7] com que ainda

4. Roxin, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 19, nm. 1.

5. Roxin, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 11, nm. 44, 47 et seq.; também de minha pena, foi publicada em português uma pequena monografia sobre a imputação objetiva (*Funcionalismo e imputação objetiva*, trad. Luís Greco, 2002).

6. Jescheck; Weigend, AT, 5. ed., 1996, § 55 II 3.

7. Maurach; Gössel, AT, 7. ed., 1989, vol. 2, 43/17 et seq.

hoje nos deparamos na teoria do crime culposo. Eles se mostram, contudo, pouco adequados para excluir o acaso. Pois quase tudo que é possível é previsível; e uma vez que fatos do acaso sempre voltam a realizar-se, eles também são previsíveis. Evitáveis, eles igualmente o são, bastando que se deixe de praticar a ação que os possibilita. Somente quando se formular a pergunta quanto a se o resultado decorre de um risco não permitido criado pelo autor é que se terá o problema do acaso sob controle, apreendendo-se de modo dogmaticamente correto o aspecto externo do princípio da culpabilidade.[8]

A circunstância de que o princípio da culpabilidade nos forneça a metade de seus frutos – permita-se-me esta quantificação, de caráter eminentemente retórico – já no plano do injusto não pode desorientar-nos. Afinal, o ilícito como um todo se encontra entre os pressupostos da culpabilidade, isto é, entre os fatos que fundamentam o juízo de culpabilidade; e aquilo que exclui o ilícito exclui, obviamente, também a culpabilidade.

Gostaria de mencionar, ademais, que a teoria da imputação objetiva de maneira alguma se esgota em sua função como aspecto externo do princípio da culpabilidade. Muito além disso, ela abrange, numa estruturação sistemática, outros princípios de imputação objetiva, entre os quais, além do princípio da culpabilidade, desejo mencionar os princípios da autonomia da vítima e da atribuição a um âmbito de responsabilidade de terceiros. Se alguém entrega a outrem heroína, vindo este a falecer, ou se alguém infecta seu parceiro com Aids, tendo-o esclarecido previamente a respeito da doença, nada disso se trata de frutos do acaso. Mas tais acontecimentos não são imputados, uma vez que a autonomia da vítima a isto se opõe.[9] E se a vítima, levada a um hospital por motivo de lesões corporais, morre em decorrência de um corte errôneo realizado por um cirurgião

8. Roxin, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 24, nm. 13.

9. Roxin, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 11, nm. 94, 108; é controvertido, mas o caso da Aids em verdade deve ser considerado uma heterocoloção em perigo consentida.

inepto, ou de uma troca de medicamentos, isto não precisa ser fruto do acaso. Mas a imputação ao primeiro causador ficará restringida pelo âmbito autônomo de responsabilidade do médico.[10] Ambos os princípios, que deveriam ser complementados por outros, só podem ser aqui mencionados exemplificativamente, sendo bastante controvertidos em seus detalhes. Eles podem ilustrar como a teoria da imputação objetiva vai bem além do aspecto externo do princípio da culpabilidade, constituindo um cosmo de diversos princípios sociais de ordenação, em cujo desenvolvimento sistemático consiste a moderna teoria do ilícito.

3. A culpabilidade como realização do injusto apesar de idoneidade para ser destinatário de normas[NT1]

Chego, agora, aos pressupostos internos da imputação que são atualmente tratados na categoria sistemática autônoma da "culpabilidade". Que constituição subjetiva deve apresentar o autor, para que se possa falar de "culpabilidade" neste sentido? A resposta, hoje freqüentemente formulada da perspectiva do conceito normativo de culpabilidade, segundo a qual a culpabilidade é "reprovabilidade",[11] não esclarece a questão. Poder-se-ia da mesma forma dizer que a culpabilidade é imputabilidade subjetiva. Estes conceitos abrangentes, mas vazios de conteúdo, não dizem nada a respeito do que é que se está, afinal, reprovando ou imputando subjetivamente.

10. Roxin, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 11, nm. 115.

NT1 A expressão alemã é *normative Ansprechbarkeit*. *Ansprechbarkeit* é a substantivação do adjetivo *ansprechbar*, que significa a qualidade daquele com quem se pode falar, a possibilidade de alguém ser destinatário de determinada mensagem. Daí porque desdobrei, de modo talvez insatisfatório, a sucinta formulação alemã em algo mais longo, mas que pelo menos parece-me guardar estreita correspondência semântica com o original: a idoneidade para ser. Outras propostas seriam a de Díaz y García Conlledo, em Roxin, *Derecho penal* – Parte general, 1997, p. 807: "asequibilidad normativa"; e a de Cirino dos Santos, *A moderna teoria do fato punível*, 2000, p. 212: "dirigibilidade normativa", que dificilmente explicitam de modo correto a idéia contida na expressão original.

11. Assim a formulação dominante na jurisprudência, extraída da fundamental decisão BGHSt 2, p. 194, p. 200.

Minha concepção, que sempre venho defendendo, diz: a culpabilidade, para o direito penal, é a realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer.[12] Para demonstrá-lo em um exemplo trivial: se parto da premissa de que ultrapassar um sinal vermelho é um crime, e se vejo uma pessoa esperar, impecavelmente, até que o sinal se torne verde, mas ao fim, porque deseja pegar um trem, esta pessoa ultrapassa o sinal vermelho a uma velocidade acelerada, ela agiu culpavelmente. Pois o fato de ficar ela, de início, corretamente parada diante do sinal vermelho mostra com clareza que ela podia compreender a mensagem normativa "deve-se aguardar diante do sinal vermelho" e determinar o seu comportamento segundo essas exigências. Esta pessoa é idônea para ser destinatária da norma. Se ela ainda assim atravessa a rua, age culpavelmente.

Tomemos o exemplo contrário: se uma pessoa cujo desenvolvimento intelectual se encontra no nível de uma criança pequena não consegue compreender a mensagem expressada por um sinal vermelho, sendo incapaz de entender, *in abstracto*, porque certas vezes não se podem atravessar as ruas, esta pessoa não é idônea para ser destinatária de normas e, em virtude disso, inculpável. O mesmo vale se uma pessoa em si intelectualmente normal, num arroubo de emoção, perde todas as instâncias de controle psíquico e, com elas, a capacidade de autodeterminar-se.[NT2] Ela pode, é verdade, enxergar e compreender o sinal de trânsito, mas a norma não alcança o seu aparato de determinação psíquica, uma vez que, graças à perda de qualquer capacidade de autocontenção, irrompe pelas ruas em um ódio cego.

É fácil observar que este modelo também pode explicar a exclusão de culpabilidade no caso do erro de proibição inevitável. Aquele que simplesmente não

12. Roxin, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 19, nm. 3.

[NT2] O StGB alemão, ao contrário de nosso CP, art. 28, I, não contém qualquer norma (aliás de duvidosíssima, se bem que poucas vezes discutida, constitucionalidade) excluindo o caráter eximente da emoção ou paixão.

consegue reconhecer que faz algo proibido – seja por ser originário de um país com regras completamente distintas, seja porque o dispositivo penal se lhe apresenta como algo completamente remoto, seja porque a jurisprudência até então considerava este comportamento algo permitido – a um tal sujeito, a norma não pode dirigir-se de maneira que influencie o seu comportamento, de modo que ele é inculpável.

4. Outras concepções de culpabilidade

Naturalmente existem muitas outras concepções de culpabilidade, que concorrem com esta que, de modo bem simplificado, acabo de esboçar. Três orientações bastante influentes definem a culpabilidade ou como ânimo juridicamente desaprovado, ou como ter de responder pelo próprio caráter, ou como uma adscrição segundo exigências preventivo-gerais. Uma discussão mais aprofundada exigiria um livro. Mas também no limitado espaço de que aqui disponho é possível apontar alguns aspectos centrais de crítica.

4.1 A culpabilidade como ânimo merecedor de repreensão

A teoria segundo a qual a culpabilidade consiste no ânimo reprovável do autor obteve, em adesão a Gallas,[13] vários defensores na literatura (por exemplo, Jescheck,[14] Wessels[15] e Schmidhäuser[16]). Não adentrarei nas variações desta concepção, limitando-me a três críticas fundamentais.[17] Primeiramente, o critério da reprovação ou do merecimento de repreensão, que deveria caracterizar o ânimo do autor culpável, não contém qualquer parâmetro de conteúdo para que

13. Gallas, ZStW 67 (1955), p. 45.
14. Jescheck; Weigend, AT, 5. ed., 1996, § 38 II 5.
15. Wessels; Beulke, AT, 28. ed., 1998, nm. 401.
16. Na formulação mais recente: Schmidhäuser, Jescheck-FS, 1985, p. 485 et seq.
17. Mais aprofundadamente Roxin, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 19, nm. 24 et seq.

se possa avaliar o alegado déficit de ânimo. Aquilo que existe de reprovável no ânimo do autor e os motivos para uma tal reprovação – nada disso está contido no conceito do merecimento de repreensão. Não se vai em nada mais além do que a reprovabilidade, que já chamamos de vazia de conteúdo. Em segundo lugar, a tese da culpabilidade enquanto desvalor de ânimo não se adapta à culpa inconsciente; se o autor sequer percebe que realiza um tipo, o fato não representa nenhum acontecimento psíquico, não sendo possível tampouco apontar qualquer ânimo referido ao fato que pudesse ser objeto da reprovação. Em terceiro lugar, a concepção não me convence sequer nos delitos dolosos: se um chacinador (*Massenmörder*) inimputável pratica atos revoltantes e cruéis, considero o ânimo que aqui se expressa por certo reprovável. Se os motivos do autor são torpes, e se ele pode ser responsabilizado pela torpeza de seu ânimo, são duas questões que não se confundem. É errado, portanto, atribuir a um assassino doente mental (assim como também à maioria dos outros autores dolosos inimputáveis) um ânimo impassível de qualquer crítica. Eles são absolvidos não por seu ânimo leal ao direito, mas pela falta de idoneidade para serem destinatários de normas.

4.2 A culpabilidade como ter de responder pelo próprio caráter

Uma teoria que remonta a Schopenhauer[18] vê na culpabilidade o ter de responder pelo próprio caráter, o qual se revela através do fato. Todos são responsáveis pela própria personalidade, que se expressa no delito, pouco importando que circunstâncias levaram o autor a tornar-se aquilo que ele é. Entre os defensores desta concepção encontram-se Dohna[19] e Heinitz,[20] principalmente Engisch[21]

18. Schopenhauer, *Über die Freiheit des Willens* (1839), *Sämtliche Werke*, ed. Frh. v. Löhneysen, 1962, vol. 3, p. 618.

19. Graf Zu Dohna, ZStW 66 (1954), p. 505 et seq., 508.

20. Heinitz, ZStW 63 (1951), p. 57 et seq., 74.

21. Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 1963, p. 57 et seq., 74 (2. ed., 1965).

e, na atualidade, o penalista português Figueiredo Dias,[22] que defende uma variante existencialista deste modelo de culpabilidade, segundo a qual o homem decide o seu próprio ser, isto é, a sua essência, sendo por ela responsável.

Contra este posicionamento, que seduz por sua conseqüência e decisão, devem ser levantadas duas reservas. Primeiramente, a tese segundo a qual todos devem responder pelo próprio caráter não deixa de ser uma afirmativa interessante; ela não pode, entretanto, ocultar a ausência de qualquer fundamentação definitiva. Uma reflexão mais sóbria trará argumentos convincentes contra ela. Afinal, se existe total acordo a respeito de que anomalias físicas (como uma corcunda, uma paralisia ou a cegueira) não podem ser reprovadas àquele que as porta, então não se compreende o porquê de se dispensar tratamento diverso a anomalias psíquicas. Isto vale independentemente de serem os defeitos psíquicos inatos ou decorrentes de condições de socialização desfavoráveis; pois, como diz a linguagem cotidiana, de modo bastante correto, a pessoa portadora de tais faltas não é culpada por isso.[23] O segundo argumento contra a teoria da culpabilidade referida ao caráter diz respeito à sua incapacidade de explicar satisfatoriamente o caso mais incontroverso de ausência de culpabilidade, a inimputabilidade. Pode haver exemplos de ações decorrentes de lesões cerebrais, estranhas à personalidade do agente e por isso também inculpáveis, segundo esta concepção. Mas, em regra, a ação de uma pessoa inimputável é expressão de uma personalidade, por exemplo, esquizofrênica, psicótica ou altamente neurótica, ou seja, justamente expressão de sua personalidade. Se cada qual tem de responder pela própria personalidade, pouco importando como ela seja, não é mais possível explicar a exculpação deste autor.[24]

22. Figueiredo Dias, ZStW 95 (1983), p. 240, p. 242; exposição detalhada em seu livro *Liberdade, culpa, direito penal*, 2. ed., 1983.

23. Cf., por exemplo, a crítica a Engisch em Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 2. ed., 1976, p. 279 et seq.

24. Roxin, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 19, nm. 31 et seq.

4.3 A culpabilidade como atribuição segundo necessidades preventivo-gerais

O conceito funcional de culpabilidade, de Jakobs,[25] segundo o qual a culpabilidade e exigências de prevenção geral são idênticas, também tem sido objeto de viva discussão nos últimos anos. Para esta concepção, a culpabilidade de um autor não depende de suas qualidades psíquicas, mas de ser a punição do autor indicada ou não para estabilizar a confiança na ordem social. Se for possível tratar com sucesso um criminoso compulsivo, incapaz de controlar-se, a paz social poderá ser restabelecida através da internação num estabelecimento de cura. Não se precisará da pena, o autor poderá ser declarado inculpável. Se inexistir, porém, a possibilidade de tratá-lo, não se pode reconhecer a eficácia exculpatória desta perturbação motivacional, de maneira que, por considerações preventivo-gerais, o autor terá de ser declarado culpável, devendo ser punido.

Esta concepção deve ser rechaçada, uma vez que do conceito de culpabilidade ela conserva unicamente o nome; em verdade, ela já o abandonou, fundamentando a imputação subjetiva unicamente nas necessidades de prevenção geral. Como ainda pretendo explicar, não nego que a imputação subjetiva seja influenciada *também* por exigências de prevenção geral. É inaceitável, porém, reduzi-la a esta dimensão, admitindo a culpabilidade e a punição unicamente porque, para dizê-lo com Jakobs, tal pareça socialmente útil para um "exercício de fidelidade ao direito". Pois o indivíduo não é mais tratado segundo a medida de sua própria personalidade, mas unicamente enquanto instrumento dos interesses sociais. Uma tal instrumentalização viola a dignidade humana, não podendo já por este motivo fornecer uma concepção de culpabilidade bem fundada.[26]

25. Jakobs, AT, 2. ed., 1991, p. 17-18 et seq.

26. Jakobs responde a esta crítica (em: *Das Schuldprinzip*, 1993, p. 30), afirmando que ele unicamente descreve as instrumentalizações presentes nas concepções dominantes de culpabilidade. Eu, contudo, questiono que nosso direito penal se fundamente sobre um tal conceito de culpabilidade violador da dignidade humana.

5. Idoneidade para ser destinatário de normas, poder-agir-diversamente e livre-arbítrio

Insisto, portanto: a culpabilidade consiste no agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas. Esta teoria é também a que melhor se adapta ao sentido literal do § 20 StGB.[NT3] Pois tanto aquele que é "incapaz de compreender o caráter ilícito do fato" como aquele que não está em condições de "agir segundo esta compreensão" carecem de idoneidade para serem destinatários de normas. A falta de capacidade de compreensão, bem como de autocontrole e orientação podem ser tidas como casos em que o autor não pode ser alcançado pela mensagem da norma.

Como ficam, porém, o critério do poder-agir-diversamente e o problema do livre-arbítrio – que até hoje têm grande importância na discussão sobre a culpabilidade – em face desta concepção? Também o homenageado, Georgios Mangakis, dedicou a esta pergunta um estudo fundamental.[27] A jurisprudência alemã vê a essência da culpabilidade no fato de que "o autor se decidiu em favor do ilícito, apesar de lhe ser possível comportar-se licitamente, decidir-se em favor do direito" (BGHSt 2, 200). A jurisprudência vê, assim, no poder-agir-de-outro-modo o elemento essencial da culpabilidade, fundando-o na capacidade de o homem autodeterminar-se livre e eticamente, ou seja, no livre-arbítrio. Grande parte da ciência segue este posicionamento.[28]

NT3 "§ 20. *Incapacidade de culpabilidade por perturbações anímicas.* Atua sem culpabilidade aquele que, ao praticar o fato, por perturbação anímica doentia (krankhafte seelische Störung), por uma perturbação profunda da consciência (tiefgreifende Bewußtseinsstörung) ou por imbecilidade (Schwachsinn) ou qualquer outra grave degeneração anímica, seja incapaz de compreender o caráter ilícito do fato ou agir segundo essa compreensão".

27. Mangakis, *Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit*, ZStW 75 (1963), p. 499-540.

28. Cf., com diversos matizes, Blei, AT, 18. ed., 1983, § 46; Jescheck; Weigend, AT, 5. ed., 1996, § 37 I 2 b; Maurach; Zipf, AT, 8. ed., 1992, vol. I, p. 30/1 et seq.; Schönke; Schröder; Lenckner, StGB, 25. ed., 1997, vor § 13, nm. 114 et seq.; Welzel, *Strafrecht*, 11. ed., 1969, p. 139 et seq.; Wessels; Beulke, AT, 28. ed., 1998, nm. 401.

A concepção por mim sustentada pode harmonizar-se com esta difundida teoria, mas não depende dela. Vou explicá-lo: se alguém realiza um ilícito típico, inexistindo dúvidas a respeito de sua idoneidade para ser destinatário de normas, então dizemos que ele deveria e poderia ter agido diversamente, sendo, assim, de declarar-se culpável. Somente, porém, a capacidade para ser destinatário de normas é passível de verificação empírica e, apesar das várias dificuldades, em princípio comprovável. Se alguém está em condições de compreender a ilicitude de seu agir e se, ou em que medida, sua capacidade de autocontrole está reduzida ou prejudicada, tal pode ser verificado através de métodos psicológicos ou psiquiátricos. Mesmo o leigo pode verificar em si próprio a redução de sua orientação intelectual e de sua capacidade de autodeterminação, sobrevinda após uma intensa bebedeira.

Por outro lado, o poder-agir-de-outro-modo e o livre-arbítrio são impassíveis de comprovação.[29] Pense-se no meu exemplo do cidadão que sempre respeitou a sinalização de trânsito, mas afinal acaba por cruzar a rua com o sinal vermelho. Podemos saber unicamente que este homem pode orientar-se, em princípio, segundo as normas do direito, e que lhe é possível respeitar as regras de trânsito. Se ele, apesar de sua pressa, estava em condições de aguardar diante do sinal vermelho, ou se as circunstâncias que o levaram a correr para alcançar o trem determinaram de modo inexorável sua decisão de atravessar a rua com o sinal vermelho – isso nenhum mortal sabe.

Como ninguém ignora, a capacidade de livre autodeterminação é já há muito epistemologicamente controversa. Ela é, em verdade, por muitos admitida[30] (com especial paixão, em freqüência, pelos penalistas!), por outros também

29. Assim também Mangakis, ZStW 75 (1963), p. 120 et seq., p. 123 e passim; Jescheck; Weigend, AT, 5. ed., 1996, § 37 I 2 b; Jescheck, *Leipziger Kommentar*, 11. ed., vor § 13, nm. 74, com ulteriores referências.

30. Bockelmann, ZStW 75 (1963), p. 388 et seq.; Dreher, *Die Willensfreiheit*, 1987, p. 15 et seq.; Griffel, GA 1989, p. 193; Jescheck; Weigend, AT, 5. ed., 1996, § 37 I 1; Armin Kaufmann, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 273 et seq.; Arthur Kaufmann, *Das*

rechaçada[31] (comumente pelos cultores das ciências naturais), na maioria dos casos, contudo, tida como irrespondível.[32] Do ponto de vista sociopsicológico pode afirmar-se que a maioria das pessoas tem a sensação de poder, ao menos em regra, agir segundo sua livre vontade. Tal não prova muito; pois da mesma forma que nossos olhos, para os quais o sol gira em torno da terra, nos enganam, também nos pode enganar esta nossa sensação de liberdade. (Da mesma forma, os loucos, no mais das vezes, se consideram absolutamente normais.) Mas a consciência da liberdade fundamenta, ainda assim, uma convenção social, segundo a qual se reconhece às pessoas que, em princípio, podem orientar-se segundo normas, a capacidade de decidir contra ou a favor de seu cumprimento. Este reconhecimento recíproco da liberdade de decisão, que domina não só o ordenamento jurídico, como também nossa vida social e privada, é, como eu digo, uma "regra de jogo social", uma "postulação normativa", mas não um fato comprovável.[33]

Assim vistas as coisas, deve-se responder à antiga controvérsia, quanto a se a culpabilidade é um dado real ou uma atribuição, quanto a se ela se localiza na cabeça do agente ou do julgador, com um "tanto-quanto". A idoneidade para ser destinatário de normas pode, enquanto dado empírico, ser verificado na psique do agente. O poder-agir-de-outro-modo daí decorrente – enquanto não se admitir a perspectiva de um indeterminismo estrito, que considera também a liberdade de decisão do homem algo realmente comprovável – é uma atribuição nor-

Schuldprinzip, 2. ed., 1976, p. 127, p. 279; Schönke; Schröder; Lenckner, StGB, 24. ed., 1991, vor § 13, nm. 110; Stratenwerth, ZStW 85 (1973), p. 490.

31. Assim Bauer, *Das Verbrechen und die Gesellschaft*, 1957, p. 17 et seq.; o mesmo, *Vom kommenden Strafrecht*, 1969, p. 59 et seq.; Danner, *Gibt es einen freien Willen?*, 2. ed., 1977, p. 165 et seq.; Kargl, *Kritik des Schuldprinzips*, 1982, p. 252 et seq.; Streng, ZStW 101 (1989), p. 273 et seq.

32. Lackner, Kleinknecht-FS, 1985, p. 249; Roxin, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 19, nm. 36 et seq., com ulteriores referências.

33. Próximo Hirsch, ZStW 106 (1994), p. 759 et seq., que acertadamente resume: "A existência do livre-arbítrio humano não foi comprovada empiricamente; e talvez tampouco chegue a sê-lo algum dia" (p. 763). Curiosamente, ele se volta pouco adiante contra minha concepção segundo a qual o livre-arbítrio seria uma "postulação normativa", apesar de fundamentar, em total concordância com a concepção de liberdade aqui defendida, que "na realidade social os homens se sen-

mativa, ainda que fundada sociopsicologicamente. Mas como vimos, isto, a rigor, não importa, de maneira que – contra a intensa crítica de muitos colegas[34] – acabo por seguir a opinião hoje dominante, segundo a qual a discussão jurídico-penal pode abstrair do problema epistemológico e científico do livre-arbítrio.[35] Ainda que este problema deva ser solucionado dessa ou de outra maneira, diante da idoneidade para ser destinatário de normas, podemos partir do reconhecimento recíproco da liberdade de ação, enquanto um princípio sociopoliticamente razoável.[36]

A base real da verificação da culpabilidade continua sendo, assim, sempre a idoneidade para ser destinatário de normas, não a liberdade de ação humana. Aquele que parte unicamente desta acaba por sobrecarregar-se desnecessariamente com problemas pertinentes a outras ciências. Afinal, ainda que alguém quisesse recusar a liberdade de ação enquanto convenção normativa, por considerá-la uma ideologia idealista, ele ainda poderia e teria de recorrer ao critério da idoneidade para ser destinatário de normas como o núcleo da culpabilidade, uma vez que ele é o único acessível à comprovação forense. Aquele que, apesar de destinatário idôneo de normas, as viola, tem seu comportamento imputado à culpabilidade. Tal se trata de um princípio jurídico geralmente aceito, que, como outras regras jurídicas basilares (tais como a obrigatoriedade dos contratos ou o princípio da igualdade) não necessita de ulterior problematização.

tem, compreendem e tratam como indeterminados. Partindo deste pressuposto é que regulam, segundo sua compreensão, seu interagir com o mundo circundante" (p. 764).

34. Cf., por exemplo, Dreher, *Die Willensfreiheit*, 1987, p. 52 et seq.; o mesmo, Spendel-FS, 1992, p. 13; Griffel, ZStW 98 (1986), p. 29 et seq.; o mesmo, GA 1989, 193 et seq.; Schünemann, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 163, p. 166; o mesmo, GA 1986, 293 et seq.; o mesmo, GA 1989, p. 147 et seq. Todos admitem, entretanto, que o livre-arbítrio não é empiricamente comprovável.

35. Mais detalhes Roxin, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 19, nm. 36 et seq. Noutro sentido, aqui, Mangakis, ZStW 75 (1963), p. 510 et seq.

36. Na conclusão, acabo por concordar novamente com Mangakis, ZStW 75 (1963), p. 516, que parte "da hipótese do determinismo", mas de qualquer maneira admite ser "irrealizável" a prova de que "certo homem em certa situação podia comportar-se de maneira diversa da que se comportou".

6. Matizes preventivos na exculpação

Nosso problema – e com isso chego à novidade decisiva – não se esgota ao definirmos a culpabilidade como idoneidade para ser destinatário de normas e sua exclusão como a falta desta idoneidade. Se observarmos duas das mais conhecidas causas de exculpação do StGB, o estado de necessidade exculpante (§ 35 StGB) ou o excesso na legítima defesa (§ 33 StGB), veremos que, nestes casos, a idoneidade para ser destinatário de normas está em regra *presente*.

Sem dúvida, há casos, análogos ao § 20,[NT4] nos quais o temor pela própria vida quebra todos os controles psíquicos. Mas a maior parte das situações do § 35[NT5] não é desta ordem.[37] Aquele que fere gravemente um terceiro inocente, no intuito de afastar um perigo para a integridade física de um parente seu, continua apto a ser destinatário de normas. Se precisasse, ele poderia agir de outra maneira. A prova disso é que, em várias situações – como, por exemplo, na guerra – os homens submetem mesmo a própria vida a riscos, sem mencionar que muitos ordenamentos jurídicos desconhecem uma exculpação por estado de necessidade tão ampla. Até 1975, tampouco nosso StGB reconhecia qualquer possibilidade de exculpação em caso de perigo para pessoas próximas. E a prova de que também o § 35 vigente pressupõe que o agente seja um destinatário idôneo da norma penal está em que ele nega a possibilidade de exculpação se o perigo for causado pelo próprio agente, no caso de relações jurídicas especiais ou noutros casos de

NT4 Para o texto do citado dispositivo, cf. a nota do tradutor anterior.

NT5 "§ 35. *Estado de necessidade exculpante.* (1) Aquele que, em perigo atual, não evitável de outra maneira, para a vida, integridade física ou liberdade, comete uma ação antijurídica para afastar o perigo de si, de um parente ou de uma pessoa próxima, age sem culpabilidade. Isto não vale se, segundo as circunstâncias, lhe fosse exigível enfrentar o perigo, a saber, por ter o próprio autor o causado ou por se encontrar ele numa relação jurídica especial; ainda assim, a pena pode ser reduzida segundo o § 49, Abs. 1, se o autor não tivesse que enfrentar o perigo com base na relação jurídica especial. (2) Se, ao cometer o fato, supõe erroneamente o autor circunstâncias que o iriam desculpar segundo o Abs. 1, só será punido se o erro for evitável. A pena deve ser reduzida segundo o § 49, Abs. 1".

37. Doutro modo, não se precisaria do § 35, como acertadamente recorda P. A. Albrecht, Rasch-FS, 1993, p. 63.

exigibilidade de comportamento conforme ao direito (§ 35 I 2). Tais dispositivos só fazem sentido se admitirmos que o legislador parte de uma idoneidade do agente para ser destinatário de normas e, com isso, da possibilidade de que ele possa comportar-se de outra maneira. Afinal, tampouco nos casos excepcionais do § 35 I 2 se pode exigir o impossível.

Da mesma forma, o excesso na legítima defesa – por desorientação, medo ou susto, ou seja, por motivos assim chamados astênicos, que são conseqüência típica de uma agressão injusta – é, em regra, evitável.[NT6] Tal é comprovado pela práxis, na qual tais casos se mostram relativamente raros. E também o legislador é desta opinião. Afinal, ele sequer estava seguro quanto a se o § 33 talvez não fosse uma mera causa de exclusão da punibilidade (como se pode ver da expressão "não é punível", ao invés do habitual "atua sem culpabilidade", presente noutras causas de exculpação). Se nos casos do § 33 o autor não fosse um destinatário idôneo de normas, este dispositivo seria despiciendo, pois a imputação subjetiva ao delito culposo ficaria de qualquer maneira excluída diante da inevitabilidade e mesmo da inexigibilidade, e a maioria dos casos de excesso na legítima defesa são casos de culpa.

Da mesma forma, um dispositivo como o § 19 StGB, segundo o qual "é incapaz de culpabilidade aquele que, ao praticar o fato, não tem 14 anos de idade", só em pequena parte dos casos pode ser explicado através de uma inidoneidade para ser destinatário de normas ou de quaisquer outras das concepções de culpabilidade. O jovem de 13 anos que destrói as janelas do vizinho sabe, normalmente, que não lhe é permitido fazer isso, e, salvo em casos de distúrbios comportamentais, pode orientar-se de acordo com este entendimento. Se o moleque malcriado mencionar o § 19 StGB para fundamentar sua ausência de culpabilidade, seu pai, com razão, irá gritar e rir dele. Seria, além disso, absurdo admitir que, ao completar o 14.º ano de idade de repente surgisse uma capacidade

[NT6] "§ 33. *Excesso na legítima defesa.* Não é punível o autor que, por motivo de desorientação, medo ou susto, ultrapasse os limites da legítima defesa".

de culpabilidade, da qual não havia ainda qualquer vestígio.[38] A lei deve ser compreendida de modo um pouco divergente de sua letra.

Nos casos citados, aos quais se poderia facilmente acrescentar outros, inexiste qualquer exculpação, mas unicamente uma causa de redução da culpabilidade. É verdade que, em hipóteses como a de um dos perigos descritos no § 35, de medo por causa de uma agressão antijurídica ou de idade infantil do autor, em regra, há uma redução da capacidade de autodeterminação e de orientação. Mas tal ainda não é suficiente para excluir a culpabilidade. Doutro modo, não poderia o legislador, como faz no § 35, impor exceções para a exculpação; o excesso na legítima defesa teria de ser aplicável também aos casos de motivos estênicos intensos (como a fúria ou a exaltação), que afinal podem desencadear o mesmo potencial desmotivador que o medo; e todos os países que fazem a maioridade penal iniciar aos 12 anos violariam o princípio da culpabilidade.

Se em tais situações o legislador renuncia à pena, tal ocorre porque ele a considera desnecessária, ou mesmo nociva, de um ponto de vista preventivo-geral e especial.[39] Aquele que realiza um tipo penal em situação de estado de necessidade é, em geral, fiel ao direito e não necessita de qualquer intervenção ressocializadora. Afinal, ele provavelmente jamais se encontrará em uma tal situação novamente. Se uma tal possibilidade, contudo, existe, porque o autor é, por ex., bombeiro ou policial, incidirá o § 35 I 2 ("relação jurídica especial"), e a exculpação será negada. E tampouco por motivos de prevenção geral se mostra necessária a punição do autor, uma vez que a população se mostra compreensiva em face de seu comportamento, não se precisando da pena para reestabelecer a paz social. O legislador, contudo, teme que não se dirigirá tamanha compreensão se o próprio

38. Para uma crítica aos fundamentos desta ficção legislativa, cf. Lange, *Leipziger Kommentar*, 10. ed., § 19, nm. 2; divergindo, contudo, Jähnke, *Leipziger Kommentar*, 11. ed., § 19, nm. 1.

39. Em princípio de acordo, principalmente, Jakobs, AT, 2. ed., 1991, § 20, nm. 1; Timpe, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, 1983, p. 277 et seq.; o mesmo, JuS 1984, p. 860, os quais contudo recusam a componente especial-preventiva. Mais detalhes a respeito em Roxin, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 22, nm. 12.

autor provocou a situação da qual só pôde salvar-se através da ação ilícita. Tampouco pode, por motivos de prevenção geral, ser aceito que, por exemplo, bombeiros ou policiais se esquivem de seus deveres referindo-se ao § 35.[40] Falta-me o tempo para analisar mais aprofundadamente os numerosos problemas do § 35.[41] Mas a relevância de considerações preventivo-especiais e gerais na isenção de pena deve ter-se tornado clara.

O mesmo se diga do excesso na legítima defesa. Quem, por desorientação, medo ou susto ultrapassa os limites da legítima defesa, não é uma pessoa perigosa, desnecessitando de tratamento correcional. E sua punição tampouco é necessária por motivos de prevenção geral, uma vez que seu comportamento não gera o perigo de imitação: ninguém toma uma pessoa medrosa como modelo. Por outro lado, a exculpação de motivos estênicos (por exemplo, a raiva, a fúria ou a vontade de lutar) enfraqueceria certos bloqueios na população, favorecendo a prontidão de reagir de modo cego e desmesurado. Somente este ponto de vista preventivo-geral explica a restrição do excesso exculpante aos motivos astênicos.[42]

E, por fim, também no caso das crianças está claro que a punição não só é desnecessária de um ponto de vista preventivo, como também extremamente contra-indicada. O aprisionamento – afinal, da pena de multa nem há o que dizer – não poderia realizar nas crianças nada de positivo, mas sim graves danos. Razões preventivo-gerais tampouco existem, porque hoje há consenso social a respeito de que crianças podem ser educadas com outros meios. O comportamento errôneo praticado por crianças tampouco induz adultos à imitação.

40. Hirsch, ZStW 106 (1994), p. 756 et seq., objeta recentemente contra o recurso à ausência de necessidade preventiva de punição que "por trás desta distinção encontram-se diversos graus da resistência psíquica de grupos de pessoas, e que os resquícios de culpabilidade que eventualmente subsistam podem, por sua insignificância, ser ignorados". Mas como pode aquele, que, segundo o § 35 I 2, "deu causa" ao resultado, ou o jovem soldado, que integra uma "relação jurídica especial", apresentar maior grau de resistência psíquica que outras pessoas? Do mesmo modo, a desconsideração da culpabilidade reduzida só pode decorrer da ausência das necessidades de prevenção.

41. Cf. a respeito Roxin, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 22, nm. 1 et seq.

42. No essencial de acordo, Jakobs, AT, 2. ed., 1991, § 20, nm. 28; Timpe, JuS 1985, p. 119.

7. A culpabilidade e a necessidade de pena como pressupostos conjuntos da responsabilidade

Do exposto decorre que aquilo que normalmente chamamos de exclusão da culpabilidade se funda em parte na ausência ou redução da culpabilidade, mas em parte também em considerações preventivo-gerais e especiais sobre a isenção de pena. Dito positivamente: para a imputação subjetiva da ação injusta devem concorrer a culpabilidade do autor e a necessidade preventiva de pena. Por isso proponho chamar a categoria do delito que sucede ao injusto não de "culpabilidade", mas "responsabilidade". Afinal, na teoria da imputação subjetiva devem ser integradas, ao lado da culpabilidade, aspectos preventivos, de maneira que a culpabilidade representa somente um aspecto – de qualquer maneira essencial – daquilo que denomino "responsabilidade".

Uma tal concepção produzirá significativos efeitos sobre a fundamentação dogmática de nosso direito penal e também sobre o alcance prático das possibilidades de isenção de pena, que irei apenas rapidamente esboçar ao final deste meu relatório.

7.1 As conseqüências dogmáticas desta concepção

Para a discussão dogmática decorre daí uma conseqüência fundamental: a teoria dos fins da pena e, assim, o mais importante ponto de orientação político-criminal de nosso direito penal é tornada fecunda para a teoria geral do delito. Segundo a teoria dos fins da pena por mim defendida, só se pode justificar a pena pela concorrência da culpabilidade e da necessidade preventiva da pena.[43] Para a medição da pena isto significa, por um lado, que toda pena pressupõe culpabili-

43. De acordo, Amelung, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 98; Lackner, Kleinknecht-FS, 1985, p. 262; Schneider, *Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips*, 1991, p. 56 et seq.; Schünemann, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 169.

dade, não podendo jamais ultrapassar-lhe a medida,[44] mas que a pena também sempre tem de ser preventivamente indispensável. A pena pode, portanto, ficar aquém da medida da culpabilidade se as exigências de prevenção fizerem desnecessária ou mesmo desaconselhável a pena no limite máximo da culpabilidade. Nesta sede, não posso fundamentar tal ponto de vista com maiores detalhes, mas é verdade que dificilmente será possível questionar a tese aqui defendida, se, com a opinião hoje praticamente unânime, admitirmos que a pena não deve servir à retribuição no sentido de uma compensação metafísica da culpabilidade.[45]

Eu transporto, assim, esta concepção sobre os fins da pena à teoria da responsabilidade, de maneira que também aqui se exige, ao lado da culpabilidade, uma necessidade preventiva da pena, que, regra geral, já decorre da cominação penal. Esta transposição deveria, em verdade, ser algo óbvio, uma vez que a categoria da responsabilidade decidirá, em princípio, sobre a punibilidade do autor, devendo ali valer unicamente aquilo que é indicado pela teoria dos fins da pena. Se a doutrina tradicional, após o injusto, somente analisa se está presente a "culpabilidade" do autor, isto é conseqüência de uma concepção outrora dominante, hoje já de há muito ultrapassada, a respeito dos fins da pena, que faz tudo depender da mera retribuição, exigindo a punição também nos casos em que, presente a culpabilidade, inexista qualquer necessidade social para tanto.[46] Quase ninguém defende um tal posicionamento hoje, mas as conseqüências dogmáticas de uma tal mudança de concepção ainda hoje necessitam ser reconhecidas.

Seguindo-se minha construção, estar-se-á defendendo uma posição liberal-garantística, que impõe ao poder punitivo estatal limites tão estreitos quanto socialmente sustentáveis. Ainda que a necessidade de prevenção geral ou especial através da sanção seja imensa, tampouco neste caso se poderá punir, se o au-

44. Assim também Mangakis, ZStW 75 (1963), p. 539.

45. Mais detalhes a respeito em Roxin, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 3, nm. 48 et seq., e § 19, nm. 1 et seq. Completamente de acordo neste ponto Mangakis, ZStW 75 (1963), p. 537 et seq.

46. De acordo, Haft, AT, 8. ed., 1998, p. 126.

tor agir sem culpabilidade. Mas mesmo que exista uma culpabilidade reduzida, tem-se de renunciar à pena, se as necessidades preventivas – a serem determinadas, é claro, não segundo a opinião pessoal do juiz, mas sim segundo a lei ou às decisões valorativas legais – o permitirem. É errado, portanto, afirmar que minha teoria da responsabilidade reduz a proteção prestada pelo princípio da culpabilidade ao indivíduo contra intervenções estatais.[47] Pelo contrário, ela a fortalece, ao utilizar a indispensabilidade preventiva como uma ulterior limitação.[48]

7.2 As conseqüências jurídicas práticas

Também as conseqüências jurídicas práticas, que decorrem desta concepção de responsabilidade para a punição e a exclusão da punibilidade, são consideravelmente maiores do que é comumente admitido. Alguém poderia objetar-me que eu explico, é verdade, numerosas das até então chamadas causas de exculpação de modo um pouco diverso, uma vez que recorro aos matizes preventivos da isenção de pena. Mas isto em nada mudaria as soluções a que se chega, não sendo, portanto, tão importante. No caso concreto, por exemplo, bastaria afirmar ou negar o estado de necessidade exculpante (§ 35), pouco importando se apoiamos a isenção de pena em considerações de culpabilidade ou em pontos de vista preventi-

47. Assim, porém, Hirsch, ZStW 106 (1994), p. 754-759. Ele pensa que minha concepção carece de uma fundamentação autônoma da culpabilidade, e que esta é "baseada... na prevenção, o único fundamento reconhecido como legitimador da pena". "O conceito de culpabilidade torna-se incapaz de cumprir a necessária função independente de limitação também das necessidades preventivas, uma vez que ele próprio é determinado pelas imposições da prevenção" (p. 757). Mas tal é uma deformação crassa de minha teoria. Pois eu determino a culpabilidade com total independência da prevenção, como "agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas" (Roxin, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 19, nm. 36 et seq.) e limito, assim, a pena de modo não diverso de qualquer defensor do princípio da culpabilidade. A afirmativa de que a culpabilidade só serve à limitação da pena não contesta que ela seja um pressuposto constitutivo da pena. O que se recusa é unicamente que *ela legitime a retribuição*, e também que a culpabilidade fundamente por si só a pena: *ela é condição necessária, mas não suficiente da pena*. Quem quiser esposar uma opinião contrária com sucesso tem de infirmar estas duas teses.

48. Mais detalhes em Roxin, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 19, nm. 6 et seq.

vos. A uma tal bagatelização das conseqüências práticas de minha concepção tenho três coisas a responder:

Primeiramente, que só se pode tornar plausível a maior parte dos casos de ações pretensamente sem culpa se se reconhecem os matizes preventivos que ali se encontram. O § 35 I 2, a limitação do § 33 aos motivos astênicos, ou mesmo o limite da maioridade penal não podem, como visto, ser compreendidos adequadamente se somente os analisarmos sob a aspecto da culpabilidade. E uma das mais importantes tarefas de nosso instrumentário dogmático consiste em ensinar-nos a compreender corretamente o direito.

Em segundo lugar, a concorrência da culpabilidade e das necessidades preventivas permite uma cuidadosa extensão da isenção da pena[49] nas pretensas puras causas de exclusão de culpabilidade, como o erro de proibição do § 17, ou a imputabilidade do § 20. E isto da seguinte forma:

O § 17 concede a isenção de pena unicamente no caso de erro de proibição inevitável.[NT7] Nenhum erro de proibição é, na prática, *absolutamente* inevitável, uma vez que, em teoria, sempre se poderá consultar mais um perito, até que as eventuais dúvidas a respeito da licitude do próprio comportamento venham à tona. Se tais dúvidas não ocorressem a pessoa alguma, então a proibição penal da qual se não pode obter conhecimento seria nula por ofensa ao princípio da determinação. Contudo, segundo a interpretação rigorosa para a qual tende a jurisprudência,[50] quase nunca há de falar-se em erro de proibição que isente de pena. É muito mais razoável, do ponto de vista político-criminal, defender uma concepção que atenue os rigores da teoria da culpabilidade, não exigindo do autor mais do

49. Este é também o objetivo de Mangakis, o qual ainda não podia levar em conta minha nova concepção preventiva, mas que defende da mesma maneira a possibilidade de exculpação supralegal (ZStW 75 [1963], p. 529).

NT7 "17. *Erro de proibição*. Se, ao cometer o fato, falta ao autor o conhecimento de realizar um injusto, age ele sem culpabilidade, se este erro não puder ser evitado. Sendo-lhe possível evitá-lo, pode a pena ser reduzida segundo o § 49 Abs. 1."

50. Cf. unicamente BGHSt 2, p. 201; 21, p. 21.

que a medida normal de fidelidade ao direito presente numa pessoa socialmente integrada.[51] Assim, aquele que, como se expressa o art. 20 do Código Penal suíço, "supõe, por razões suficientes, ter direito a praticar o fato" – que razões são de considerar-se suficientes, não posso aqui concretizar – incorrerá num erro de proibição que, levando-se em conta a desnecessidade preventiva de uma punição, é de ser tido como *relativamente* inevitável, excludente de responsabilidade.

Também no § 20[NT8] há conceitos normativos como "profunda" (na perturbação de consciência) ou "grave" (na degeneração anímica) que permitem uma interpretação, com base na qual se poderá admitir, mesmo em caso de reduzida culpabilidade, o substrato psíquico requerido pela lei para a isenção de pena. Nada impede, tampouco, de negar a capacidade de compreensão e autodeterminação, nos casos em que um comportamento se encontre nos limites da exclusão de pena e a punição pareça preventivamente desnecessária.

Em terceiro lugar, somente através da introdução de pontos de vista preventivos na exclusão da responsabilidade se torna possível explicar os casos do hoje assim chamado estado de necessidade exculpante supralegal.[NT9] Como exemplo tomo, unicamente, o "caso da eutanásia" (BGH NJW 1953, p. 513 et seq.), no qual se reconhece hoje extensamente a existência de uma exclusão da culpabilidade supralegal.[52] Neste julgado examinou-se o caso de médicos que, no âmbito de um programa nacional-socialista de eliminação de doentes mentais, partici-

51. Cf. a respeito de tudo isso, Roxin, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 21, nm. 37 et seq.

NT8 Para o texto, cf. a NT3.

NT9 Como visto acima, na NT5, o estado de necessidade exculpante previsto na legislação alemã se aplica a hipóteses bastante estritas, exigindo não só que o bem salvo seja um daqueles expressamente arrolados (vida, integridade física, liberdade), como também que pertença ao autor, a parente ou a pessoa próxima. Para contornar a severidade do dispositivo em face dos casos excepcionalíssimos (que, no mais, é tida como adequada), tais como o dos médicos da eutanásia, criou-se a figura do estado de necessidade exculpante supralegal.

52. Mais detalhes a respeito, com pontos de vista diversos, Gallas, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 69; Jescheck; Weigend, AT, 5. ed., 1996, § 47 I 2; Küper JuS 1981, 785, 793; Roxin, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 22, nm. 148, todos com ulteriores referências.

param da "seleção" de um número de doentes, tendo cometido, assim, auxílio ou cumplicidade aos homicídios. Mas eles o fizeram, segundo alegação incontestável, unicamente para salvar a grande maioria dos doentes mentais. Afinal, se eles tivessem negado qualquer participação, eles teriam sido substituídos por submissos lacaios do regime, com a conseqüência de que todos os doentes mentais seriam mortos.

Não se pode admitir uma causa de justificação, uma vez que a ninguém, por qualquer motivo que seja, é permitido emprestar sua mão a ações de assassinato, e porque também não se pode saber o que realmente aconteceria se os médicos tivessem, de modo conseqüente, recusado sua participação nestes atos.[53] Talvez eles sequer tivessem ocorrido. Ainda assim, a opinião hoje extensamente dominante – com acerto, segundo penso – defende a absolvição dos médicos, e fundamenta este ponto de vista numa exclusão de culpabilidade supralegal. Essa exclusão de culpabilidade não é, porém, admissível, se partirmos do fato de que os médicos podiam, sem qualquer perigo, ter-se negado a participar. Está presente, sem dúvida alguma, um poder-agir-diversamente, de modo que as razões da isenção de pena permanecem obscuras.

Estas só podem consistir no reconhecimento de que os autores, por um lado, agiram culpavelmente, mas que, em um tal conflito, a necessidade preventiva de sanção tem de ser negada. Pois uma necessidade de intervenção especial-preventiva sobre o autor inexiste. A sua culpabilidade decorre de uma situação histórica única, que não irá repetir-se em suas vidas. Seu comportamento foi também animado pela disposição favorável ao bem jurídico, que era a de salvar tantas vidas quanto possível. E, por fim, os autores não tinham à época ninguém que lhes tivesse dito o que hoje sabemos: que aquele que pactua com o criminoso, mesmo que para evitar algo pior, também faz recair sobre si culpabilidade. Por todos estes motivos falta igualmente uma necessidade de sanção preventivo-ge-

53. Cf. o estudo de Küper, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979, p. 57 et seq., que indica o caminho a seguir.

ral, de modo que o Estado pode ser compreensivo e renunciar à imposição de responsabilidade jurídico-penal aos autores. Contudo, é apenas a responsabilidade, e não a culpabilidade que está excluída.[54]

Também no âmbito de proteção dos direitos fundamentais pode-se fundamentar, em certos casos, uma exclusão da responsabilidade, na qual não se pode cogitar de uma limitação a meros pontos de vista inerentes à culpabilidade. Assim é que o ato de consciência se encontra no âmbito de proteção do art. 4.º GG, e a chamada desobediência civil, como nos casos de bloqueios sentados[NT10] ético-socialmente motivados, go-ins etc., no âmbito de proteção dos art. 5.º e 8.º GG. No âmbito de proteção desses direitos fundamentais deve-se decidir, através de uma ponderação, se no caso concreto a lei penal deve prevalecer ou se a eficácia do direito fundamental pode levar a uma renúncia à pena. Isto leva à conseqüência de que – unicamente no caso de delitos leves, e dentro de limites relativamente estreitos – é possível uma exclusão da responsabilidade, apesar de se ter de admitir a culpabilidade do autor. Afinal, num Estado de direito democrático, opiniões divergentes não podem ser motivo para quebrar as leis vigentes. Ainda assim, pode-se conceder uma exclusão da responsabilidade, na medida em que isso seja preventivamente tolerável; e tal será comum diante de fatos inofensivos, porque eles evitam que outsiders sociais caiam num radicalismo, promovendo, assim, a paz interna. Os detalhes desta concepção foram fundamentados em dois estudos mais longos (e também em meu manual);[55] aqui tenho de me contentar com essa indicação.

54. Mais detalhes a respeito, Roxin, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 22, nm. 148.

NT10 Trata-se do conhecido caso da *Sitzblockade*, (que traduzi por bloqueio sentado, cônscio da precariedade de minha tentativa), em que duas mulheres bloquearam a passagem de uma rua em frente a um depósito de munições para protestar em defesa da paz, sendo condenadas, pelo BGH, pelo delito de coação (*Nötigung*), um equivalente de nosso constrangimento ilegal (Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2. ed., München: Beck, 1997. p. 56 et seq.).

55. Cf., sobre o fato de consciência e a desobediência civil, extensamente, Roxin, Maihofer-FS, 1988, p. 389; o mesmo, Schüler-Springorum-FS, 1993, p. 441; o mesmo, AT, 3. ed., 1997, vol. I, § 22, nm. 100 et seq., 130 et seq.

8. Conclusão

Chego ao final. Minha conclusão é: o princípio da culpabilidade é eficaz tanto na imputação objetiva como subjetiva. No campo da imputação subjetiva, a preocupação central desta exposição, a culpabilidade é agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas. Aquilo a que tradicionalmente chamamos de uma "ação sem culpabilidade" (ou seja, exclusão de culpabilidade ou exculpação) não é somente a ausência de idoneidade para ser destinatário de normas, mas – em conjunto com a diminuição de culpabilidade – uma exclusão da responsabilidade, decorrente de uma falta de necessidades preventivas de punição. Aquilo que essas sucintas fórmulas dizem, tentei explicar de modo mais detalhado. E com isso concluo este trabalho, que dedico com admiração a Georgios Mangakis, grande penalista grego – e alemão! –, político do direito, colega e amigo!

Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco

Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Professor de Direito Penal e Processual Penal na Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado Criminal.

Sumário: 1. *Excursus* esclarecedor – 2. A idéia de "risco" – 3. O direito penal do risco: 3.1 Características do direito penal do risco e comparação com o direito penal clássico: 3.1.1 Direito penal ambiental: protótipo de direito penal do risco; 3.1.2 Debilitação dos princípios jurídico-penais como conseqüência; 3.2 Críticas ao direito penal do risco: à guisa de conclusão – Bibliografia.

Resumo: O artigo apresenta uma breve análise do direito penal do risco, enquanto paradigma resultante da inspiração pela moderna sociologia do risco, cujo surgimento, desenvolvimento e problemática tem sido mais profundamente analisado pela Escola de Frankfurt, particularmente por Prittwitz. Elaborando-se um panorama deste moderno desenvolvimento sociológico e da conseqüente construção de um direito penal do risco, seus aspectos, características e conseqüências.

Palavras-chave: Direito penal do risco – Sociologia do risco – Risco – Garantias.

1. *Excursus* esclarecedor

Um exame mais acurado mostra que atualmente o direito penal, tanto na teoria como na práxis, está passando da formalização e da vinculação aos princí-

pios valorativos a uma tecnologia social, de modo que, paulatinamente, vai se convertendo em um instrumento político de manobra social. Tal panorama representa aquilo que se tem referido como a "dialética da modernidade",[1] isso porque o problema atual não é mais a luta contra um direito penal moralizador, o que se levou adiante com as armas da filosofia política do Iluminismo, mas sim contra um direito penal inspirado nas modernas teorias sociológicas orientadas segundo um modelo globalizante, que no direito penal tem se refletido segundo a perspectiva do risco, em razão da qual se fala mais recentemente de um *Risikostrafrecht* (direito penal do risco).[2]

Diante disso, se se leva em consideração a afirmação de Thomas Kuhn de que as revoluções científicas são "aqueles episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior",[3] pode-se dizer que o direito penal está diante de uma possível revolução científica. Representativa neste sentido é a idéia de que a "superação" da razão técnico-instrumental, associada à emergência da "sociedade do risco", implicará o abandono do paradigma penal atual e a sua substituição por outro.[4] Isso se deve particularmente às questões que se formulam atualmente perante o *topos* que se convencionou chamar *Risikogesellschaft* (sociedade do risco), que encontra seu desenvolvimento mais bem elaborado, sob o ponto de vista sociológico, nos trabalhos de Beck e Luhmann,[5] na medida em que os aspectos essenciais decorrentes desta moderna sociedade do risco suscitam ao direito penal problemas novos e incontornáveis.

1. A expressão é de W. Hassemer, "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", p. 380 (há tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, sob o título "Características e crises do moderno direito penal", *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 18, 2003).

2. Nesse sentido comparar C. Prittwitz, "Strafrecht und Risiko", p. 194.

3. T. Kuhn, *A estrutura das revoluções científicas*, p. 125.

4. Nesse sentido J F. Dias, "O direito penal entre a 'sociedade industrial' e a 'sociedade do risco'", p. 48.

5. Comparar U. Beck, *Risikogesellschaft*, Suhrkamp, 1986; N. Luhmann, "Die Welt als Wille ohne Vorstellung", p. 18-21.

Por um lado, tal idéia anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência individual e comunitária ou provinham de acontecimentos naturais (para tutela dos quais o direito penal é absolutamente incompetente) ou derivavam de ações humanas próximas e definidas, para contenção das quais era suficiente a tutela penal dispensada aos bens jurídicos clássicos como a vida, a saúde, a propriedade, o patrimônio, ou seja, dos bens jurídicos individuais. Por outro lado anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade extremamente tecnologizada, massificada e global, onde a ação humana se revela suscetível de produzir *riscos*, também eles *globais*.[6] Apesar disso, não é necessário um maior esforço para constatar o fato de que o "risco", de certo modo, não é uma expressão nova no âmbito do direito penal – mas isso se se tem em vista os estudos desenvolvidos pelos penalistas da "primeira geração" do direito penal do risco, aos quais Prittwitz tem denominado os "dogmáticos do risco", na medida em que o ponto principal de suas reflexões sobre a imputação era a criação ou o aumento do risco.[7] Contudo, as reflexões se originaram paralelamente ao real descobrimento *sociológico* do risco, de maneira que a política criminal e a teoria penal, sobretudo a dogmática jurídico-penal, desde há muito, têm sido influenciadas pelo desenvolvimento social da assim chamada "sociedade do risco".[8]

2. A idéia de "risco"

Somente nas últimas décadas[9] a investigação sobre o *risco* passou a ter maior significação. Entretanto, o desenvolvimento da problemática está circunscrito a

6. Nesse sentido comparar J. F. Dias, op. cit., p. 43-44.

7. Comparar C. Prittwitz, *Sociedad del riesgo y derecho penal*, p. 2

8. Idem, ibidem.

9. U. Sieber, "Mißbrauch der Informationstechnik und Informationsstrafrecht", p. 646, o qual ressalta que "a sociologia e o direito discutem estes efeitos da técnica moderna desde os anos 80 sob o conceito de 'sociedade do risco'".

três etapas. Na primeira, a da sociedade liberal do século XIX, o risco assume a forma do acidente, ou seja, de um acontecimento exterior e imprevisto, um acaso, simultaneamente individual e repentino,[10] mas nesta época os perigos eram perceptíveis mediante os sentidos. Na segunda surge a emergência da noção de *prevenção* – entendendo-se como tal a atitude coletiva, racional e voluntarista que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco (objetivável e mensurável). A utopia científica e técnica de uma sociedade dona de si mesma confirma-se em todos os aspectos: "prevenção de doenças", "prevenção de crimes", "prevenção da miséria e da insegurança social". Nesta etapa o risco passa a não depender mais da categoria dos golpes do destino e "assume a figura do acontecimento estatístico objectivado pelo cálculo das probabilidades e tornado socialmente suportável pela mutualização da responsabilidade pelos danos",[11] isso em razão de que ao domínio científico do risco junta-se o domínio jurídico: cada pessoa vê ser-lhe reconhecido um direito generalizado à segurança. A terceira etapa da história do risco não se cinge a um período histórico com termo final determinável, na medida em que é representativa de um fenômeno que sequer se sabe se tem chegado ao seu ápice, pois nos é circundante, na medida em que a presenciamos. É a etapa do risco enorme, catastrófico, irreversível, pouco ou nada previsível, que "frustra as nossas capacidades de prevenção e de domínio, trazendo desta vez a incerteza ao coração dos nossos saberes e dos nossos poderes".[12]

Em 1986, Luhmann havia observado o fato de que, até então, fora da literatura sociológica, era muito comum (*üblich*) definir o *risco* como a medida de um perigo. Mas como tal entendimento deixava em aberto os motivos nos quais se baseava o *perigo*, de modo que o desastre natural e o tecnológico conta-

10. Nesse sentido F. Ost, *O tempo do direito*, p. 344.

11. Idem, ibidem.

12. Idem, p. 345.

vam sempre com a mesma medida, procurou distinguir rigorosamente perigo e risco, considerando assim o perigo como qualquer possibilidade considerável de um prejuízo, ressaltando, por outro lado, que "deve-se falar de risco somente quando a própria decisão é um motivo indispensável da possível ocorrência de um prejuízo, quando, portanto, com uma outra decisão este prejuízo não ocorreria".[13] Com isso a "decisão" passou a ser pressuposto de um risco e, igualmente, como vivemos sob o estímulo de decisões arriscadas, a sociedade inteira passou a se orientar pela idéia de risco. Contudo, com esta distinção surgiu, ao mesmo tempo, um tipo peculiar de *double standard*, pois, à medida que todos com as suas próprias decisões ficam expostos aos riscos, tem-se que aquilo que ao que decide parece um risco, para os atingidos é um perigo.[14] Ademais, Luhmann ressalta que em uma sociedade que leva a efeito todas as decisões importantes, graves, sob o aspecto do risco, não há critérios nem instâncias que se possam afirmar como indubitáveis, de forma que "não existe segurança além do momento. Somente a insegurança pode ser representada como duradoura"[15] e isto conduz à indeterminação do futuro, que, por sua vez, conduz à incerteza, a um fator de insegurança que conta com uma emocionalização e uma moralização do discurso público.

Partindo da mesma perspectiva, Beck ressalta que no mundo moderno a diferença entre a linguagem dos riscos quantificáveis, em que nós atuamos e pensamos, e a da insegurança não-quantificável do mundo, que nós igualmente criamos, aumenta de acordo com a velocidade do seu desenvolvimento tecnológico. Porém, como Luhmann, entende que o conceito de risco pressupõe decisões e tenta tornar controláveis e previsíveis as conseqüências imprevisíveis das "deci-

13. N. Luhmann, op. cit., p. 18.

14. Idem, ibidem, p 19. Luhmann explica isto com o seguinte exemplo: o fumante tem que se decidir por fumar. Com isso ele aceita o risco de ficar com câncer. Mas para o não-fumante, fumar é um perigo.

15. Idem, p. 20.

sões civilizatórias".[16] Não obstante, parte de que o surgimento dos riscos é resultado da industrialização e que conduz a um novo tipo de sociedade, a qual designa *Risikogesellschaft* (sociedade do risco). Além disso, observa que na modernidade a produção social de *riquezas* acompanha sistematicamente a produção social dos *riscos*,[17] mas que, no entanto, os riscos se distinguem das riquezas, uma vez que não é possível a sua percepção humana imediata, de modo que surgem somente com o seu conhecimento e com a publicidade dos processos de definição social.[18] Conquanto, ressalta que os riscos atuais se diferenciam fundamentalmente dos de épocas passadas, principalmente em razão da globalidade da sua ameaça (isto é, por possuírem *várias dimensões*) e por suas causas modernas: eles são um produto global da maquinaria do progresso industrial e são aguçados sistematicamente com o seu desenvolvimento ulterior.

Diante desta tendência de globalização dos riscos surgem danos sistemáticos e irreversíveis, uma vez que procuram permanecer invisíveis e se baseiam em interpretações causais. Entretanto, Beck observa que a ignorância (desconhecimento) dos riscos leva a que eles cresçam cada vez mais, pois em uma determinada etapa da produção social a *invisibilidade* social da sociedade do risco é um motor para o seu surgimento e com isto uma prova da sua realidade.[19] Mas apesar da produção social dos riscos e das riquezas andarem *pari passu*, Beck ressalta que "as condições de risco não são condições de classe", uma vez que não existe a classe dos atingidos e a classe dos não-atingidos.[20] Ademais, na passagem da sociedade de classes para a sociedade do risco modifica-se a qualidade das opiniões – enquanto na sociedade de classes o ideal é a *igualdade*, na socie-

16. Comparar U. Beck, *Das Schweigen der Wörter und die politische Dynamik in der Weltrisikogesellschaft*, p. 4.

17. U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, p. 25.

18. Idem, ibidem, p. 29-30.

19. Idem, p. 59-60.

20. Idem, p. 52.

dade do risco o ideal é a *segurança*,[21] na medida em que nesta a "visão do medo" marca a época.

Os riscos que havia anteriormente eram riscos pessoais, contudo os riscos na "sociedade reflexiva"[22] ultrapassam as realidades individuais e até mesmo as fronteiras territoriais e temporais de tal maneira que se forem produzidos em uma região podem afetar outras.[23] De modo que a produção e a distribuição dos riscos determinantes no mundo contemporâneo gera a impossibilidade de escapar das suas conseqüências. Esta "sociedade mundial do risco" (*Weltrisikogesellschaft*) trata-se, portanto, de uma sociedade catastrófica, na medida em que se caracteriza pelo surgimento de catástrofes nucleares, de desastres genéticos, de crises financeiras ou ameaças terroristas globais,[24] e cuja reflexividade torna a maior parte dos aspectos da atividade social suscetíveis à revisão crônica à luz de novas informações ou conhecimentos.

3. O direito penal do risco

Os desenvolvimentos e os aspectos críticos resultantes dessa "moderna sociedade do risco" para o direito penal foram amplamente analisados e criticados pela Escola de Frankfurt, originariamente, e de modo imediato por Prittwitz,[25] o qual já observava o surgimento de um "direito penal do risco" que, longe de aspirar conservar o seu caráter fragmentário, como *ultima ratio*, tem se convertido

21. Idem, p. 65. A idéia de segurança igualmente tem sido oposta por Luhmann à idéia de risco como um contraconceito (*Gegenbegriff*), comparar N. Luhmann, op. cit., p. 20.

22. Como "sociedade reflexiva" se designa, aqui, aquela caracterizada tipicamente por riscos reflexivos, cuja reflexividade deve-se à suscetibilidade da maioria dos aspectos da atividade social, à revisão crônica à luz de novas informações ou conhecimentos. Fala-se ainda de reflexividade no sentido de que a própria ciência passa a se confrontar com os seus próprios produtos, defeitos e problemas.

23. No mesmo sentido afirma Sieber que "surgem novos riscos com conseqüências transcendentes, que não estão restritos a um lugar, tempo e círculo de afetados", comparar U. Sieber, op. cit., p. 646.

24. Este último aspecto foi referido por Beck somente em época mais recente, comparar acerca disso U. Beck, *Das Schweigen der Wörter und die politische Dynamik in der Weltrisikogesellschaft*, p. 4.

25. Comparar C. Prittwitz, op. cit., p. 4.

em *sola ratio*, em outras palavras, em um direito penal expansivo, cujo aspecto é caracterizado pelo significado tridimensional que assume: a acolhida de novos candidatos no âmbito dos bens jurídicos (tais como meio ambiente, saúde pública, mercado de capital, processamento de dados, tributos), o adiantamento das barreiras entre o comportamento punível e o não-punível e, em terceiro lugar, a redução das exigências para a reprovabilidade. Em relação a isso Hassemer tem ressaltado ainda o fato de que este moderno direito penal se apresenta na forma de crimes de perigo abstrato, que exigem somente a prova de uma conduta perigosa, renunciam a todos os pressupostos clássicos de punição e, com isso, naturalmente, também reduzem as respectivas possibilidades de defesa e, além disso, no campo da moderna política criminal, como a criminalidade organizada, o meio ambiente, a corrupção, o tráfico de drogas ou a criminalidade econômica, encontram-se cada vez mais novos tipos penais e agravamentos de pena.[26]

Embora não procure reconstruir jurídico-sociologicamente o discurso do risco, Prittwitz ressalta o fato de que não há dúvida de que o discurso sociológico do risco tem implicações para o direito, porém a idéia de risco que havia sido introduzida na racionalidade social antes mesmo da designação "Sociedade do Risco" já tinha implicações no direito. Assim analisa três modelos que esclarecem esta questão da chamada sociedade do risco:[27] no primeiro a sociedade se caracteriza pelo aumento dos perigos de grande dimensão – em parte novos, em parte recentemente conhecidos – como uma conseqüência secundária do progresso técnico, sendo que a partir dessa "sociedade do perigo"[28] (*Gefahrgesellschaft*) Beck cunhou o conceito de "sociedade do risco". Tal modelo é complementado por um segundo, no qual a sociedade do risco se apresenta sobretudo como uma sociedade sub-

26. Paradigmático nesse sentido W. Hassemer, *Die neue Lust auf Strafe*, p. 18; comparar também W. Hassemer, "Absehbare Entwicklungen in Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik", *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, Nomos, 1999, p. 18.

27. Comparar C. Prittwitz, "Strafrecht und Risiko", p. 194-195.

28. Idem, ibidem, p. 195.

jetivamente insegura, em razão dos novos riscos ou dos novos riscos *percebidos*. E o terceiro modelo renuncia a resposta à questão sobre se a vida que se tornou perigosa e, em vez disso, observa que se estabeleceram nos âmbitos sociais mais importantes orientações pelo risco, isto é, que a sociedade transformou os perigos imprevisíveis e incontroláveis em riscos. De modo que a vida na sociedade do risco se tornou ao mesmo tempo objetivamente segura e insegura através de um certo convívio com os perigos e as inseguranças, em razão do que aumentou principalmente a insegurança subjetiva.

Sob a mesma perspectiva de Luhmann, pelo menos em relação a este aspecto, Hassemer analisa a questão tomando como ponto referencial a idéia de *segurança*, como um "contraconceito" de risco, observando assim que o risco é categoria própria da "sociedade do risco", com o qual se pode compreender, em sua base, este desenvolvimento aqui caracterizado pelo "paradigma da *segurança*".[29] Assim como o temor aos crimes – o qual não é um reflexo da ameaça real pelos crimes, senão se desenvolve de acordo com as suas próprias leis – também é o temor aos riscos. A sua ênfase e a sua tendência à expansão só são compreensíveis se se toma conhecimento do que os cientistas sociais compreendem no mundo moderno como "risco", em meio a cenários que "dispõem de uma mistura maléfica de promessas ruins".[30] Os riscos modernos atingem justamente aqueles campos nos quais se executa a modernização da nossa vida, campos que expandem e em uma boa parte ainda são desconhecidos: a globalização da economia e da cultura, o meio ambiente, as drogas, o sistema monetário, a migração e integração, o processamento de dados, a violência por parte dos jovens.[31] Em todos esses campos pode ocorrer um colapso de sistemas, que leva a conseqüências imprevisíveis e provavelmente não se pode evitar esse colapso. E em face deste

29. W. Hassemer, "Staat, Sicherheit und Information", p. 236-237.

30. Idem, ibidem, p. 237.

31. Idem.

tipo de ameaça não se pode esperar uma reação racional, tranqüila, refletida, por parte daqueles que são atingidos; o que se espera é muito mais uma insegurança geral, medo e orientação pela insegurança. E quanto a isso é suficiente observar o fato de que estas descrições retratam a nossa experiência e que as conseqüências do temor dos riscos prognosticados pela teoria da sociedade do risco, em essencial, coincidem com o que realmente nos envolve e o que é palpável. Desta forma, se torna compreensível "por que a segurança se tornou tão importante para nós, por que a prevenção está no centro dos nossos planos e por que a privacidade nos parece um conceito do passado".[32]

Diante disso, fica claro que os diversos aspectos que resultaram no "discurso social do risco",[33] intermediados através deste, levaram ao discurso jurídico-penal e político-criminal do risco. Contudo, o que fica mais claro é o fato de que o direito penal não representa o instrumento mais adequado com o qual se pode reagir aos riscos, senão, segundo Prittwitz, ele mesmo é visto como um risco na medida em que se converte em um direito penal do risco,[34] pois, adaptando-se à ótica da sociedade do risco, o direito penal recebe a função de um *eminente instrumento de prevenção*, e para responder a esta sociedade insegura o direito penal recebe ainda uma *função simbólica*. Em outras palavras, se se analisar os fins aos quais o "direito penal do risco" pretende servir sociologicamente segundo a idéia de risco, a saber, por um lado, a minimização do risco e, por outro, a produção de segurança, transpondo-os à linguagem jurídico-penal, trata-se da idéia de prevenção, de proteção dos bens jurídicos através de uma orientação pelo risco e de estabilização da norma. E paralelamente à racionalidade do risco – como criadora e ao mesmo tempo eliminadora dos riscos – a sociedade do risco tem elaborado um "direito penal do risco" racional e funcional, uma *Risikodogmatik* (dogmática do risco).[35]

32. Idem.
33. C. Prittwitz, op. cit., p. 195.
34. Idem, ibidem, p. 194.
35. Idem, p. 195.

3.1 Características do direito penal do risco e comparação com o direito penal clássico

Este direito penal do risco se caracteriza, em primeiro lugar, principalmente pelo fato de que o comportamento que vai ser tipificado *não se considera previamente como socialmente inadequado, ao contrário, se criminaliza para que seja considerado como socialmente desvalorado.* Assim, enquanto no direito penal clássico as condutas não eram criminalizadas *mala per se*, mas eram criminalizadas porque se apresentavam como socialmente inadequadas, no direito penal do risco, ao contrário, proíbem-se condutas para que com isso elas se tornem socialmente inadequadas.[36] Isso decorre do fato de que o Estado, de garantidor da segurança jurídica, torna-se garantidor da segurança dos bens jurídicos.[37]

Em segundo lugar, a motivação ética desta nova criminalização raras vezes tem a ver com comportamentos violentos, mas sim com comportamentos cujas conseqüências transcendem à criminalidade clássica violenta e cuja "perigosidade" (*Gefährlichkeit*), aliás, não é algo evidente. Nesse sentido, o princípio da proteção dos bens jurídicos transforma-se de uma "estrita proibição de punição em um mandato de punição, de um critério negativo em um critério positivo de autêntica criminalização".[38] Daí afirmar Prittwitz[39] que o direito penal do risco é moderno também em relação ao modo como ele é compreendido e legitimado.[40]

36. Idem, p. 197.

37. Comparar M. Kaiafa-Gbandi, "Das Strafrecht an der Schwelle zum neuen Jahrtausend: Blick in die Zukunft ohne Blick züruck in die Vergangenheit?", p. 48.

38. W Hassemer, "Kennzeichen und Krisen...", cit., p. 380.

39. C. Prittwitz, "Strafrecht und Risiko", p. 197.

40. Esta denominada modernização do direito penal (*Modernisierung des Strafrechts*), segundo Hassemer, se faz no sentido de sua adaptação às mudanças sociais (que se dão justamente no momento histórico), que procuram envolver e influenciar o direito penal, comparar W. Hassemer, "Staat, Sicherheit und Information", p. 230.

Todavia, na medida em que à idéia de risco surge como pressuposto à de decisão, resulta que a imagem do homem que o direito penal do risco toma por base – expressada teoricamente segundo a ótica sociológica do risco – é a *der rationale Entscheider* (do sujeito racional que decide).

Ademais, Prittwitz afirma que as condutas criminalizadas pelo direito penal do risco se dão antes por descuido que por sordidez, sendo que, por si mesmas, são completamente inócuas e inofensivas (*harmlos und ungefährlich*), mas só através da sua cumulação ou com a consideração de muitas perspectivas aparece a sua gravidade.[41]

Por outro lado, o penalista de Frankfurt chama a atenção ainda para a existência de um *agravamento* do direito penal e um "aperfeiçoamento" da proteção jurídico-penal. Tanto em relação ao número (crescente) de bens jurídicos protegidos – novos e cada vez mais bens jurídicos são protegidos pelo direito penal – como também em relação à "consternação" objetiva dos bens jurídicos (destruição, lesão), pois os bens jurídicos penalmente protegidos são redirecionados (aumento dos crimes de perigo); ademais em relação à disposição subjetiva do direito penal do risco (intenção, dolo ou culpa) quanto aos bens jurídicos protegidos, não só contra a hostilidade ao bem jurídico, senão também contra a colocação em perigo dos bens jurídicos (redução das exigências de reprovabilidade).[42]

Mas, de fato, seria necessário, segundo Prittwitz,[43] indagar em primeiro lugar como seria a política criminal e a dogmática jurídico-penal em tal conseqüente direito penal do risco na medida em que se faria a reprovação de pessoas *jurídicas* ou naturais que não tivessem tomado racionalmente as suas decisões de

41. C. Prittwitz, op. cit., p. 198

42. Idem, ibidem, p. 199.

43. Idem, p. 200.

risco – conforme um modelo normativo de decisão de risco – e que ampliassem em razão disso os riscos aos bens jurídicos alheios.

3.1.1 Direito penal ambiental: protótipo de direito penal do risco

Avaliando sob um tríplice aspecto, Prittwitz aponta o chamado direito penal ambiental como protótipo (*Prototyps*) de direito penal do risco.[44] Em primeiro lugar, porque é estruturado segundo uma dogmática do risco – através da redução do espaço de "risco permitido", de modo que não se depende mais do dano, mas do aumento do risco. Em segundo lugar, porque se baseia nos efeitos preventivos e abandona os princípios tradicionais de imputação. E, finalmente, em terceiro lugar, porque se baseia somente em uma função simbólica. O que se observa principalmente pelo fato de que a legislação penal ambiental implicitamente tem admitido referência a disposições administrativas especiais e deveres jurídico-administrativos, "de modo que o direito penal encontra-se com o direito administrativo neste ponto por meio de uma acessoriedade administrativa, na medida em que se utiliza amplamente de disposições como 'tipos em branco'".[45] Isto porque o direito penal do risco orienta-se por uma política criminal que toma por base bens jurídicos universais ou bens jurídicos coletivos,[46] de maior amplitude e complexidade, que levam a uma menor determinação legal do injusto, isto é, levam a uma formulação muito vaga e trivial desses bens jurídicos por parte do legislador, de modo a aumentar e flexibilizar as possibilidades de aplicação da lei.[47]

44. Idem, p. 196.

45. Tal aspecto foi abordado no Terceiro Colóquio Chinês-Alemão em Beijing. Comparar J. Arnold, *Bericht über das Drittes Chinesisch-Deutsches Kolloquium vom 31.8. bis 4.9.1998 in Beijing*, p. 11.

46. Nesse sentido comparar M. Kaiafa-Gbandi, op. cit., p. 52.

47. Comparar W. Hassemer, *Absehbare Entwicklungen in Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, p. 18.

3.1.2 Debilitação dos princípios jurídico-penais como conseqüência

A chamada "sociedade mundial do risco" traz consigo dois aspectos fundamentais: a globalização[48] e a informação, ou, como se tem convencionado expressar ainda, "sociedade da informação" (*Informationsgesellschaft*).[49] Ambos tem manifestado aspectos sociológicos determinantes no desenvolvimento do moderno direito penal. Paradigmática nesse sentido é a observação de Prittwitz de que "com cada vez mais freqüência nos deparamos com o conceito de globalização no contexto do apelo ao (necessário) combate à criminalidade (supostamente) global".[50] Isso decorre do fato de que na "sociedade do risco" a *segurança* (contraconceito de risco) se converte em uma pretensão social em relação à qual se supõe que o Estado e, principalmente, o direito penal devem oferecer uma resposta. Em vista disso, corroborando a idéia de que o direito penal tem andado à procura de novos rumos e novas categorias, fala-se de uma criminalidade global, no sentido de que a globalização tem influenciado o direito penal até mesmo pela existência de um mercado de capital global, e como exemplo disso Prittwitz[51] aponta a criminalização da lavagem de dinheiro e a reforma do direito penal financeiro alemão, cujos projetos apresentam uma tendência manifesta à *indeterminação*. Os empenhos que se realizam em direção ao combate à *criminalidade global* atinge três campos da criminalidade:[52] em primeiro lugar, tudo o que se colo-

48. Globalização enquanto fenômeno que "descreve a crescente internacionalização da produção, distribuição e marketing de bens e prestação de serviços", comparar C. Prittwitz, *Skizzen zu Strafrecht und Kriminalpolitik in Zeiten der Globalisierung*, p. 167; comparar ainda acerca da idéia de globalização e o poder punitivo E. R. Zaffaroni, *Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana*, p. 13 et seq.

49. Nesse sentido, comparar W. Hassemer, "Staat, Sicherheit und Information", p. 231 et seq.; comparar ainda U. Sieber, op. cit., p. 640.

50. C. Prittwitz, "Skizzen zu Strafrecht und Kriminalpolitik in Zeiten der Globalisierung", p. 171.

51. C. Prittwitz, *Criminalrecht in Zeiten der Globalisierung*, p. 3.

52. Comparar I. Manoledakis, "Kann das Strafrecht, so wie es bis heute im europäischen Raum gestaltet wurde, auch im neuen Jahrhundert überleben?", p. 14.

ca em vinculação com a criminalidade organizada, isto é, a criminalidade de drogas, lavagem de dinheiro, prostituição e tráfico de pessoas; em segundo lugar, tudo o que é supostamente organizado e criminoso, mas que nem sempre se caracteriza dessa forma, como, por exemplo, criminalidade ambiental e econômica, corrupção e fraude; e em terceiro lugar, tudo o que tem uma relação imediata com os pressupostos tecnológicos da globalização, isto é, sobretudo a criminalidade de informática.

Todavia, o que o desconcerta (o direito penal) é a impenetrabilidade total dos conceitos clássicos aos novos tempos, de maneira que as tendências que surgem em razão do desenvolvimento desta diretriz social do risco global se orientam no sentido de uma "demolição do edifício conceitual da teoria do delito, assim como o do constituído pelas garantias formais e materiais do direito penal".[53] Pois, como tem já observado Kaiafa-Gbandi, se não em todos, pelo menos na maior parte destes âmbitos são registrados pontos de intersecção com o direito penal material, que atingem o espectro dogmático integral do delito, do bem jurídico até a pena, e que estão relacionados com o princípio do Estado de Direito, o princípio da legalidade, o princípio da culpabilidade até a dignidade do homem, isto é, com os princípios que asseguram principalmente a função de garantia do direito penal.[54] Tal situação reflete, como já referido, a tendência à ampliação de vários aspectos no âmbito do direito penal, como, por exemplo, a proteção de novos bens jurídico-penais, a ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes (em oposição ao espaço de risco permitido, que atua como limite à criminalização de condutas), a flexibilização das regras de imputação e, por outro lado, a tendência à restrição ou eliminação de aspectos fundamentais do direito penal, como, por exemplo, a "relativização" dos princípios

53. J. M. Silva Sánchez, *A expansão do direito penal*, p. 75.

54. Comparar M. Kaiafa-Gbandi, op. cit., p. 44, daí ressaltar a jurista da Universidade Tessalônica, com razão, que este desenvolvimento é particularmente alarmante para a função de garantia do direito penal e pode levar à punibilidade descontrolada da vida social. Sobre a função de garantia da lei penal comparar ainda Pablo Rodrigo Alflen da Silva, "A função de garantia da lei penal", *Revista de Informação Legislativa* 150/259 et seq., Brasília, 2001.

político-criminais de garantia,[55] como a antinomia entre o princípio da intervenção mínima e as crescentes necessidades da sociedade do risco ou como o caráter limitador da intervenção punitiva desempenhado pelo princípio da legalidade, principalmente ante a exigência de certeza da lei penal, que se debilita em razão das exigências sociais de proteção jurídico-penal de bens jurídicos complexos, de difícil determinação. Isso porque, segundo seus defensores,[56] se faz evidente a primazia dos elementos de expansão em face das regras e princípios do direito penal clássico, tendo em vista que, dada a natureza dos interesses objeto de proteção, dita tutela seria praticamente impossível mediante as regras e os princípios clássicos, pois entendem que o direito penal não estará preparado para a tutela dos grandes riscos se teimar em ancorar a sua legitimação substancial no modelo contratual,[57] fundamento último de princípios político-criminais até agora tão essenciais como o da função exclusivamente protetora de bens jurídicos, o da secularização, o da intervenção mínima e da *ultima ratio*.

Com efeito, este entendimento segue uma orientação que já tem sido corroborada entre alguns sociólogos, na medida em que exige respostas flexíveis, em face da variabilidade das circunstâncias.[58] Neste sentido segue expressamente uma via "antigarantista", tendo em vista a afirmação de Silva Sánchez de que o direito penal "será um direito já crescentemente unificado, mas também menos garantista, no qual se flexibilizarão as regras de imputação e se relativizarão as garantias po-

55. J. M. Silva Sánchez, op. cit., p. 41, 52, 75 et passim. Afirma o jurista espanhol que "(...) já proliferam as vozes daqueles que admitem a necessidade de modificar, ao menos em certos casos, as 'regras do jogo'. Nisto influi, sem dúvida, a constatação da limitada capacidade do direito penal clássico de base liberal (com seus princípios de taxatividade, imputação individual, presunção de inocência etc.), para combater fenômenos de macrocriminalidade" (p. 68). Acerca disso, com críticas incisivas W. Hassemer, "Kennzeichen und Krisen...", cit., p. 380-381.

56. Dentre os quais pode-se mencionar Jesús María Silva Sánchez.

57. Nesse sentido comparar J. F. Dias, op. cit., p. 45. François Ost tem ressaltado que neste contexto "é impossível identificar uma categoria social estável de representação e de proteção 'abstrata e geral' pela via do direito", comparar F. Ost, op. cit., p. 341.

58. Z. Bauman. *Globalização. As conseqüências humanas*. p. 112.

lítico-criminais".[59] Isso se deve ao fato de que a maior parte das garantias clássicas se orienta por um paradigma de direito penal que toma por base a idéia de indivíduo, de bens jurídicos individuais, isto é, pelo paradigma do direito penal clássico, enquanto o paradigma atual se orienta pela macrocriminalidade. Assim, seguindo esta diretriz se preconiza a supressão de princípios que dificultam ou impedem a tipificação de certos bens jurídicos complexos, de forma que se considera mais relevante, por exemplo, "o manifesto abandono do *mandato de determinação* nos tipos que, com toda probabilidade, passarão a configurar o direito penal da criminalidade transnacional".[60]

3.2 Críticas ao direito penal do risco: à guisa de conclusão

Em nenhum dos novos campos de tarefa o direito penal pode obter êxito; o próprio argumento utilizado para o emprego do direito penal nestes campos e sua conseqüente conversão em um direito penal do risco – a saber, a tese especulativa de que sem o direito penal tudo seria ainda pior – confirma isto. Nesse sentido, é mister observar os riscos decorrentes do próprio direito penal do risco. Em primeiro lugar, com a formulação destes bens jurídicos universais de modo muito vago e trivial pelo legislador, isso o levaria, conseqüentemente, a fazer um uso cada vez maior, por exemplo, da técnica de remissão, com a formulação de tipos penais em branco.[61] Este aspecto já foi ressaltado por Sieber ao afirmar que "em razão da maior complexidade e da dinâmica, o direito utiliza cada vez mais conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e remissões dinâmicas (*dynamische*

59. Comparar J. M. Silva Sánchez, op. cit., p. 75 e 112. Acerca disso, comparar também Jorge de Figueiredo Dias, op. cit., p. 53 et seq.

60. Conforme J. M. Silva Sánchez, op. cit., p. 93-94

61. Conforme W. Hassemer, "Kennzeichen und Krisen..", cit., p. 381, que observa ainda que o moderno direito penal afasta-se das suas tradições, pois tradicionalmente se girava em torno da proteção dos bens jurídicos individuais, os quais eram determinados do modo mais concreto e preciso possível.

Verweisungen)".[62] Em vista disso, se faz pertinente a observação de Manoledakis de que "quanto mais o direito penal tende à globalização e a persecução penal se internacionaliza nos âmbitos mais importantes da criminalidade, tanto mais se evidencia o desvio dos princípios jurídico-penais e tanto mais dolorosa é a erosão da nossa herança cultural coletiva".[63]

Em segundo, como afirma Prittwitz, tanto *pessoas jurídicas* quanto pessoas naturais seriam reprovadas pelo fato de as suas decisões de risco não serem racionais (ou seja, conforme um modelo normativo prévio de decisão de risco) e por terem aumentado, com isso, os riscos aos bens jurídicos alheios, mas quanto a isso não teria qualquer importância se com o risco se poderia realizar um dano, pois um direito penal como este, fundado em um modelo teórico extremamente normativo, não dependeria da ocorrência do "resultado".[64] De modo que com isto a tarefa principal do direito penal do risco consistiria em estigmatizar o desconhecimento do risco e em produzir a consciência do risco. Tal direito penal do risco deve ser rechaçado porque é em si mesmo contraditório. Primeiramente porque se mostra de acordo com uma perspectiva tecnológica social e desinteressado pela *censura individual*, mas se se pergunta por que o direito penal deve ajudar a solucionar os problemas da sociedade do risco, o argumento que exsurge é justamente o da censura, da reprovação da culpabilidade e que "com isso se pode esperar por efeitos, que outros instrumentos negariam".[65] Outro problema resultante dessa perspectiva orientada pela ótica sociológica do risco é a função *simbólica* do direito penal do risco, que, por sua vez, resulta do abandono do caráter de *ultima ratio* do direito penal. O conteúdo de tal princípio modifica-se substancialmente de: "O emprego da *promessa de resultado* pelo direito penal é legítimo, quando nenhum outro meio promete o resultado!", para: "Se algo definitivamen-

62. Comparar U. Sieber, op. cit., p. 646.

63. Comparar I. Manoledakis, op. cit., p. 14.

64. Comparar C. Prittwitz, "Strafrecht und Risiko", p. 200.

65. Idem, ibidem, p. 201.

te deve ser feito, o emprego da promessa do direito penal inclusive para o mínimo resultado [não] é legítimo, sim necessário!".[66] E isso leva à tendência de demonstrar a rapidez dos reflexos de atuação do legislador em face do surgimento de problemas novos, ou ainda à tendência do legislador de se identificar com determinadas preocupações dos cidadãos, de modo que procura suscitar na sociedade a confiança de que está fazendo algo em relação aos problemas que àquela pareciam irresolúveis, produzindo o efeito de acalmar as reações emocionais que produzem entre os cidadãos, mas que na realidade produz instrumentos que não são aptos para a luta efetiva e eficiente contra a criminalidade real, e produzem unicamente um "efeito simbólico", em razão da sua ineficácia.

Tal fato se reflete até mesmo entre os sociólogos do risco, os quais têm verificado este problema e se manifestado contrariamente, a exemplo de Beck, que, se em 1986 tinha colocado todas as suas esperanças no direito e na justiça,[67] poucos anos depois reconheceu que, devido precisamente ao alto valor simbólico do direito, é necessário um processo de "descontaminação simbólica".

Bibliografia

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização. As conseqüências humanas.* Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999

BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* Frankfurt: Suhrkamp, 1986.

_____. *Das Schweigen der Wörter und die politische Dynamik in der Weltrisikogesellschaft.* Moskau: Duma-Rede, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. "O direito penal entre a 'sociedade industrial' e a 'sociedade do risco'". *RBCCrim*, São Paulo: RT, n. 33, p. 39-65, 2001.

66. Idem, p. 203.

67. Comparar Ulrich Beck, *Risikogesellschaft*, p. 318 et seq

HASSEMER, Winfried. "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts". *ZRP*, Heft 10, 1992.

_____. "Staat, Sicherheit und Information". *Freundesgabe für Alfred Büllesbach.* Stuttgart, 2002.

_____. "Die neue Lust auf Strafe" *Frankfurter Rundschau.* Frankfurt a.M.: Verlag der Frankfurter Rundschau GmbH, 2000, S. 16 ss.

_____. "Absehbare Entwicklungen in Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik", *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende* Baden-Baden: Nomos, 1999, S. 17-25.

KAIAFA-GBANDI, Maria. "Das Strafrecht an der Schwelle zum neuen Jahrtausend: Blick in die Zukunft ohne Blick züruck in die Vergangenheit?". *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende.* Nomos, 1999.

KUHN, Thomas S. "A estrutura das revoluções científicas" Trad. Beatriz Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LUHMANN, Niklas. "Die Welt als Wille ohne Vorstellung. Sicherheit und Risiko aus der Sicht der Sozialwissenschaften". *Die Politische Meinung.* Bonn: Fromm, 1986. n. 229.

MANOLEDAKIS, Ioannis, "Kann das Strafrecht, so wie es bis heute im europäischen Raum gestaltet wurde, auch im neuen Jahrhundert überleben?", *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende,* Baden-Baden: Nomos, 1999. S. 9-16.

OST, François. *O tempo do direito* Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PRITTWITZ, Cornelius. "Strafrecht und Risiko". *Rechtliches Risikomanagement.* Dunckler & Humblot, 1999.

_____. "Skizzen zu Strafrecht und Kriminalpolitik in Zeiten der Globalisierung." *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende.* Baden-Baden: Nomos, 1999. S. 163-175.

_____. "Criminalrecht in Zeiten der Globalisierung" *Antrittsvorlesung and Johann Wolfgang Goethe-Universität* Frankfurt a.M., vom 29. Juni 2000.

_____."Sociedad del riesgó y derecho penal." *in Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo. El analisis crítico de la Escuela de Francfort.* Toledo: Universidad Castilla-La Mancha (en prensa), 2003. Envio do artigo [mensagem pessoal de PRITTWITZ, Cornelius]. Mensagem recebida por <pabloalflen@terra.com.br> em 03 set. 2002

SIEBER, Ulrich. "Mißbrauch der Informationstechnik und Informationsstrafrecht". *Herausforderungen und Perspektiven für Wirtschaft, Wissenschaft, Recht, Politik.* Baden, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal.* Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

Ciência penal pós-finalismo: uma visão funcional do direito penal

Ricardo Breier

Professor de Direito Penal no
Rio Grande do Sul. Advogado Criminal.

Sumário: 1. A construção metodológica da ciência penal pós-finalismo – 2. Principais linhas do novo paradigma construtivista da metodologia da ciência penal: o funcionalismo penal – 3. Fundamentos do funcionalismo moderado de Roxin: 3.1 A política criminal como fomento aos elementos do fato punível – 4. O funcionalismo sistêmico de Jakobs: 4.1 A dogmática penal funcional de Jakobs.

Resumo: Os tempos contemporâneos exigem de qualquer ciência o seu aprimoramento. A ciência penal está em plena discussão metodológica a respeito de seus elementos estruturais. A dogmática incessantemente aprimora-se no sentido de limitar os processos criminalizadores. O funcionalismo, na atualidade, vem a ser o mecanismo científico que está a discutir os critérios do injusto penal. Enfim, qual o modelo a seguir? Essa resposta só o tempo nos informará, por enquanto temos apenas que procurar entender essa nova linha ideológica que está por evidenciar nossa ciência.

Palavras-chave: Dogmática – Funcionalismo – Política criminal.

1. A construção metodológica da ciência penal pós-finalismo

A frase do sociólogo americano Gresham Sykes[1] difundida na metade da década de 50 de que "o indivíduo raramente tem a consciência que a extensão de seu comportamento é governado por normas sociais" pode ser considerada como mais uma dos inúmeros argumentos críticos ao construtivismo positivista, neokantiano e finalista implantado em nossa ciência.

O sistema científico-penal, ao longo dos tempos, foi superando-se por inúmeras correntes doutrinárias. O que se assemelha entre ambas é a idealização normativo-penal como limite para o *jus puniendi*.[2]

Primeiramente, o positivismo jurídico (Karl Binding) contemplava em sua esfera o distanciamento com a realidade político-social. Daí a afirmação de que direito penal seria uma ciência autônoma, através de regulamentações normativo-orientativas de condutas humanas (normas de mandato ou proibições de ação – teoria das normas). O comportamento humano como base de tipificação nada mais era do que um processo identificado apenas pelo fenômeno da causalidade. "Segundo a teoria causal da ação, a ação somente é um processo de" voluntariedade "(*Willkütlichkeit*), isto é, uma provocação causal no mundo exterior".[3]

A proposta da dogmática jurídica positivista foi projetar uma teoria de direito penal fora de estados reais, uma racionalidade alienada das informações sociais.

1. *Crime e sociedade*. Trad. Walter Pinto. Rio de Janeiro: Bloch, 1969. p. 13.

2. Os problemas de nossa ciência sempre permaneceram na delimitação de determinados seguimentos básicos da dogmática penal (o conceito de bem jurídico, legitimação, finalidade, aplicação e ressocialização da pena, a definição de sociedade justa, a afirmação do infrator como sujeito de direitos invioláveis etc.), o que levou alguns juristas ao descontentamento da estrutura científica do direito penal como missão social, principalmente no tocante a sua instrumentalização normativa (nesse sentido: TAPIA DE CARVALHO, Américo A. *Condicionalidade sociocultural do direito penal* – Análise histórica, sentido e limites. Coimbra, 1985. p. 77).

3. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Culpa e finalidad (los delitos culposos y la teoría de la acción)*. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1967. p. 32.

O neokantismo não compactuou com a linha ideológica do positivismo jurídico. Foi através da teoria dos valores que partiu a idéia de uma construção normativa de direito penal com fundamento em dados oriundos da realidade (ciência valorativa). A construção dogmática penal neokantiana de Edmund Mezger é considerada a mais expressiva desde Beling-Liszt.

A maior colaboração neokantiana foi lançar uma construção interpretativa de bem jurídico como critério material. A cisão da teoria do delito em formal e material, pela política liberal dessa escola, influenciou segundo Roxin[4] uma inserção da própria política criminal nos elementos da teoria geral do delito, exemplo: a negação da antijuridicidade material pelo exame real do que seja bem ou interesse de proteção e da flexibilidade da censurabilidade do agente em casos de exigibilidade de comportamento diverso.

A teoria finalista de Welzel, como terceiro momento evolutivo da ciência penal, foi a que relacionou a dogmática penal com o atuar do agente, ocasionando uma reestrutura nos elementos do fato punível. Originariamente, incluiu uma nova orientação no interpretar típico a partir do desenvolvimento do conceito de ação pré-jurídica.

Os apontamentos do finalismo projetaram Welzel como um imponente crítico à doutrina causal de ação. Welzel não excluiu de sua estrutura metodológica o exercício causal, apenas adicionou através das estruturas ontológicas conceitos pré-jurídicos. Tal elaboração oportunizou uma nova orientação para o legislador: em vez de impor a obrigação legislativa a partir da lei para com o comportamento humano, inverte tal posição, ou seja, a norma penal deveria estruturar-se a partir do momento anterior ao acontecer humano, não só por critérios físicos como também por estruturas lógico-materiais. A conseqüência do pensamento de Welzel era de impedir que o legislador fizesse o uso de critérios manipuladores no criar típico, pois só assim poderia adicionar-se a regulamentação normativa aos fatores extrapenais.

4. *Política criminal y sistema del derecho penal.* Trad. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972. p. 37.

A ação humana final e a antijuridicidade como elemento valorativo dela comprovaram que a orientação ontológica da conduta desdobrava-se pelo processo de conhecimento subjetivo-prévio sem qualquer valoração, ou seja, um conhecimento de proibição ao invés de um desvalor social.

Welzel, com as críticas a sua teoria, sensibilizou-se no sentido de visualizar o continuar abstrato da ciência penal, caso a ação humana, mesmo que já identificada como final, não se alinhasse aos fenômenos de sentido social.[5] Reconhecido pela doutrina como o primeiro a desenvolver os fundamentos da teoria da adequação social, ele identificou-a como fonte de uma real significação social (o mundo como mutação social permanente).

A teoria da adequação social com princípio informativo do tipo penal somou-se a fatores e acontecimentos sociais diversos do subjetivismo, o que Roxin entendeu, diversamente de Welzel, em suas primeiras aportações que "o tipo teria que descrever os acontecimentos do âmbito social da vida em todas as facetas constitutivas do sentido, tornando-se incontestável que o dolo não poderia esgotar-se na execução final de lesões causais de qualquer bem jurídico, mas devia abarcar precisamente essa função de uma conduta no todo social".[6]

A tipicidade edifica-se, a partir de então, como uma estrutura de conteúdo de finalidade, equivalendo-se de características sociais, deliberativo indispensável para a ilicitude do comportamento humano.

5. Reconhecendo nas normas penais um conteúdo social, Welzel inseriu novas aportações em edições posteriores à 7.ª edição de seu Manual (*Das deutsche Strafrecht*), o qual determinava que toda a conduta humana, mesmo que infringindo determinado tipo penal, não poderia ter o rótulo de típica caso ela estivesse adequada socialmente (ordem ético-social): "As condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, mas apenas condutas que se mantêm dentro dos limites de liberdade de atuação social". A conseqüência dessa posição foi impedir que a tipificação do comportamento possuísse um conteúdo dentro de determinadas limitações vivenciadas entre os agentes em seus contextos sociais (WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal*. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: RT. p. 58-60).

6. Op. cit., p. 37.

As novas orientações doutrinárias, mesmo com o esforço de seus criadores, não conseguiram efetivar, com o passar dos tempos, uma resolução limitativo-legal das descrições típicas.

Concomitantemente, outras concepções inseriam-se no contexto científico da ciência penal. Algumas em continuação às resoluções dos problemas teórico-construtivos do causalismo e do finalismo, outras se desenvolvendo a partir do conceito social e unitário de ação.

Atualmente, a doutrina resgata antigos postulados filosófico-científicos reproduzidos por pensadores alemães, o que está oferecendo um novo rumo para a dogmática penal, como, por exemplo, a reformulação histórico-conceitual da política criminal de Liszt por Roxin[7] e os postulados sistêmico-sociais de imputação de Jakobs. Tais posicionamentos estão a oferecer um novo rumo metodológico, distinto dos postulados exclusivamente ontológicos. O objetivo vem a ser o de aproximar e redefinir os institutos do direito penal com as novas questões da sociedade moderna.

2. Principais linhas do novo paradigma construtivista da metodologia da ciência penal: o funcionalismo penal

Mir Puig assevera que a evolução histórica da dogmática penal demonstrou que o *naturalismo* e o delineamento ontológico não proporcionaram uma fundamentação sólida para a nossa ciência, e sim apenas a tornou um paradigma rígido, o que a distanciou da realidade social. A conclusão: um direito penal limitado pelo relativismo subjetivo distante da realidade empírica ou da natureza das coisas.[8]

7. A ordenação científico-penal de Roxin está intimamente determinada por princípios de política criminal. O que se diferencia da elaboração de Liszt não são apenas as questões de prevenção geral e especial do delito, mas principalmente nos limites que o Estado tem que determinar para fundamentar os pressupostos das sanções criminais. Cf.: ROXIN, Claus. "Política criminal y dogmática jurídico penal en la atcualidade". *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero et al. Madrid. p. 58.

8. Cf. *El sistema del derecho penal en la Europa actual*. Barcelona: Bosch, 1995. p. 26.

A racionalidade individual como fonte principal da elaboração normativa de direito penal não mais atendia às necessidades de sistemas edificados por um Estado Democrático de Direito.

A constatação da pluralidade do contraste social inevitavelmente estaria a determinar uma nova visão científica do direito como um todo, o que originaria, naturalmente, um processo de reestruturação de conceitos.

A ciência penal obrigatoriamente deveria ingressar nessa nova fase ideológica, partindo de uma elaboração diversa das estruturas do *ser* ou do *dever ser* A limitação construtivo-penal deveria transportar-se para fora dessas estruturas, pois essas estariam distantes do meio e do tempo em que vive o homem.

A missão científica da ciência penal cambiaria do subjetivismo individual para uma real integração do direito penal com as exigências do contexto social.

A doutrina define os anos sessenta[9] como o marco inicial dessa transformação, o que Silva Sánchez denominou de sistema eclético: "O ecletismo produz sistemas que alcançam diferentes graus de coerência".[10]

A dogmática penal projetava-se para um novo processo metodológico. Em vez do modelo rígido ou individualizado de natureza lógico-construtiva, passou a desenvolver-se sob um sistema de maior flexibilidade.

A ciência penal edificada pela corrente ontológica foi o referencial das críticas dos investigadores do pós-finalismo, os quais preceituavam sinais de insegurança em sua fundamentação para resolver antigas questões sobre o limite e a função dos elementos da teoria geral do delito. A política criminal, através de uma orientação teleológica, foi a responsável pela nova perspectiva da reestruturação dogmática do direito penal.[11]

9. Cf. HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*– Obras completas. Buenos Aires. t. I, p. 17.

10. Cf. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 63.

11. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Política criminal en la dogmática:* algunas cuestiones sobre su contenido y limites. p. 17.

O funcionalismo ou teleologismo penal veio a ser um novo norte científico de maior amplitude, tendo como uma de suas conseqüências a extensão dos critérios normativos. A importância desse novo modelo caracteriza-se por definir com maior precisão a função racional da dogmática no tocante à viabilidade restrita da intervenção penal.

Essa nova concepção científico-penal está, atualmente, discutindo e delimitando pontos da dogmática penal que até então possuíam uma orientação praticamente inflexível, dificultando a operacionalidade do direito penal para questões pontuais, como, por exemplo, a perspectiva da responsabilidade da pessoa jurídica, a apreciação típica definida pela teoria da *imputação objetiva*, bem como as novas concepções de culpabilidade.

Não pretendendo continuar na reprodução isolada do finalismo, o funcionalismo identifica-se através das novas correntes filosóficas: o funcionalismo sociológico evidenciado pelos pensadores Parsons e Luhmann,[12] adaptado ao sistema do direito penal por Jakobs e a corrente doutrinal da política criminal de Roxin, que visa evidenciar a necessidade da comunicação entre as normas jurídico-penais com a realidade social através de referências teleológicas.

Não iremos ingressar nos pontos filosófico-individuais das diversas correntes do funcionalismo, pois não é objeto deste trabalho. Optamos por percorrer as suas principais linhas, das quais são pontos de referência para as modernas transformações sistemáticas do direito penal.

12. Segundo Larenz, Luhmann descreve a dogmática jurídica como uma estrutura de conceitos valorativamente neutros, baseada apenas em critérios lógicos. Luhmann entende que a dogmática jurídica, na atualidade, tem que desempenhar um papel de maior abrangência, ou seja, um processo de interligação com o contexto social. Não se pode mais admitir a aplicação da lei apenas numa forma descritiva e escassa de sentido. O continuar ideológico da dogmática restaria prejudicada pelo distanciamento das reais necessidades sociais em que está inserido o próprio direito. A movibilidade das normas a casos específicos aproximaria a dogmática às estruturas sociais complexas, elevando-a para um sistema identificado como móvel (cf. *Metodología do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 320-325).

Segundo Vives Antón, os pensamentos filosóficos do funcionalismo têm sido responsáveis diretamente pelo desenvolvimento da dogmática penal.[13] O autor identifica duas correntes do funcionalismo adaptadas às referências teleológicas: o funcionalismo estrutural (moderado) e o estratégico (radical).

O primeiro define o sistema social como um sistema fechado rígido, determinado por normas orientadas por valores, que tem como função a estabilidade do meio. Os valores de convivência são considerados como aqueles que interagem entre os indivíduos, podendo, com o passar dos tempos, ser modificados de acordo com a exigência do próprio sistema.

O segundo, identificado igualmente como funcionalismo sistêmico, fundamenta-se através de expectativas de relacionamentos, sendo que a norma exerce um fator de estabilização na relação sistema-entorno. Contrário ao funcionalismo estrutural, o estratégico não tem uma natureza rígida, pois a norma origina-se por uma flexibilidade em seu sentido estrutural, onde o sistema não está fixado pela orientação da consciência humana, mas sim em sistemas reais expressados pelos fenômenos sociais.

A semelhança dos dois sistemas está na complementação da norma penal e nas modificações das categorias sistemáticas da teoria do delito a partir da orientação conceitual construtiva de punibilidade.[14]

13. Cf. *Fundamentos del sistema penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 434.

14. A crítica ao direito penal estaria nesse momento histórico de nossa ciência intimamente determinada pelo distanciamento de seu conjunto normativo às novas questões de complexidade que movimentam as sociedades modernas. Diante da dessemelhança dos fatores de ordem econômica, política, social e cultural a tendência das teorias modernas do direito vem a ser justamente a sua aproximação à ciência sociológica, ou seja, o direito penal como instrumento limitativo das complexas relações sociais (teorias do *consenso* e *social-sistêmica* – ambas determinam-se por uma maior validade e legitimidade do que vem a ser justiça como consenso geral social). Em resumo: o direito projetar-se-ia para uma realidade técnica de garante da vigência do sistema social, através de normas que gerariam expectativas recíprocas de ação no seu corpo social. O direito penal voltar-se-ia para a afirmação da funcionalidade do sistema social. A pena exerceria a função de reafirmação da norma, bem como o revigoramento das expectativas (princípio da redução do direito a uma racionalização técnica da vida social) (cf. TAPIA DE CARVALHO, Américo A. *Condicionalidade sociocultural do direito penal* – Análise histórica, sentido e limites. Coimbra, 1985. p. 84).

O método sistêmico do direito penal, direcionado por uma elaboração conceitual teleológico-valorativa, tem como finalidade o controle intervencionista do Estado.

3. Fundamentos do funcionalismo moderado de Roxin

Em termos temporais, podemos afirmar que o movimento considerado reformador da ciência penal iniciou-se na Alemanha em 1966, através de um método de política criminal,[15] exteriorizado no projeto alternativo do novo Código Penal Alemão de 1962. Tal ideologia estava intimamente ligada à idéia de ressocialização, o que ensaiou um desprendimento dos fundamentos das teorias da pena de Kant e Hegel.

Roxin, como um dos 14 professores integrantes do Anteprojeto Alternativo Alemão, iniciou a reforma penal alemã pelo reexame dos fundamentos publicados por Liszt em seu *Tratado de direito penal*, adaptando-os ao estágio atual dos problemas cruciais do direito penal. A reforma da legislação alemã centralizou-se nas bases justificadoras das sanções penais, ou seja, diante da nova realidade em que se cambiava a sociedade, quais seriam os novos fundamentos atualizadores da ciência penal? E diante dessa constatação, qual seria a nova justificação e legitimação intervencionista do poder estatal?

15. A disposição ideológica de Roxin está intimamente delimitada pelos apontamentos de Voz Liszt em sua política criminal desenvolvida nos anos de 1882. Tal toma de postura por parte de Roxin despertou os posicionamentos de Liszt que não foram reconhecidos pela doutrina na época de sua difusão. "Franz Von Liszt, que embora sendo o nosso maior autor de política criminal foi desenterrado no pós-guerra para o mausoléu da memória da história, pode comemorar agora – cinqüenta anos depois de sua morte – uma vitória tardia, e porquanto, a reforma cujo começo científico deve fixar-se o programa de Marburgo" (ROXIN, Claus. "Franz Von Liszt e a concepção político-criminal do projeto alternativo". *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa. p. 50). Mir Puig marcou a cisão do direito penal e da política criminal nos tempos de Liszt, a qual tinha a missão de prevenir delitos como defesa da sociedade, enquanto atualmente sua função é de garantia do indivíduo para com o Estado intervencionista (cf. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: Bosch. p. 27).

Roxin parte da dicotomia de bem jurídico e de ressocialização, caracterizando a pena em duas funções: prevenção de natureza geral *abstratismo* (proteção dos bens jurídicos) e especial *concretismo* (ressocialização do agente infrator), a reconhecida teoria relativa da pena.

Sem eliminar a sanção penal "impor uma pena não é um acontecimento metafísico, mas uma amarga necessidade no seio da comunidade dos seres imperfeitos que são os homens de hoje"; a política criminal proposta por Roxin estaria em medir esforços contra os excessos do poder estatal. Assim, com a reconstrução científica desenvolvida por Liszt, o autor alemão a atualiza, limitando os fins da pena nas delimitações específicas de suas estruturas.

A fase da tipificação estaria na proteção de bens jurídicos e, caso violada a norma, iniciaria uma segunda fase com a imposição e a mediação da punibilidade, confirmado a reação estatal diante da ação lesiva praticada através da cominação da pena.

Os parâmetros da pena estariam determinados pelos limites de uma nova concepção de culpabilidade, ou seja, uma culpabilidade somente como função de limite e não como fundamento de pena.

Tal afirmação não retiraria as críticas identificadas por Roxin sobre as teorias da pena, especialmente as relativas. Para o autor alemão, tanto a prevenção geral quanto a especial, em muitos casos, não surtiriam efeitos quanto ao poder limitativo do Estado ou quanto à ressocialização do agente infrator. Um exemplo: a delimitação do conteúdo demarcativo do Estado. Quais seriam os critérios terapêuticos que o Estado utilizaria para identificar condutas inadaptadas? A resposta dependeria do regime político do próprio Estado.

A fragilidade das teorias da pena (retributiva inicialmente e preventiva posteriormente) proporcionou a inserção de uma terceira teoria definida como unificadora. Suas bases estariam sedimentadas em pontos positivos das duas teorias anteriores, o que para Roxin seria um erro formalizar tal tese como absoluta resolução aos problemas penais, posto que o direito penal, pela imprecisão

prática dessas teorias, direcionaria-se para um novo processo de argumentação distinto destas.[16]

Essa problemática científica sobre a funcionalidade prática das teorias da pena, enraizadas na ciência penal, fez com que Roxin, através de uma metodologia já instituída por Liszt, idealizasse a junção da dogmática penal com a política criminal. Roxin preconizava que um sistema penal orientado por princípios de política criminal converteria a construção da dogmática penal fora do plano filosófico, para as reais necessidades sociais.

A orientação de Roxin parte de três exigências que considera importante para o desenvolvimento de um novo sistema metodológico jurídico-penal. São elas: ordem, clareza conceitual e a aproximação da realidade com orientações de política criminal.[17]

Os elementos delimitadores do fato punível (tipicidade – função de satisfazer a determinação e taxatividade definidas pelo princípio da legalidade, antijuridicidade – como sede de resolução dos conflitos sociais que se origina pela colisão de interesses individuais e ou supra-individuais e culpabilidade – como limite da intervenção punitiva do Estado[18]) necessitariam, a partir de então, de uma nova orientação construtiva, a qual estaria sob o desenvolvimento exclusivo da política criminal.[19]

O legado do neokantismo para a ciência do direito penal, além de outros, estaria caracterizado pela lacuna identificadora de quais seriam os valores

16. Cf. ROXIN, Claus. Op. ult. cit., p. 26.

17. Cf. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal.* Trad. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch. p. 40.

18. Cf. MOCCIA, Sergio. "Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleologicamente". *Fundamentos para un sistema Europeo de derecho penal.* Barcelona: Bosch. p. 80.

19. Nesse sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites.* En La evolución de la política criminal, del derecho penal y proceso penal. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 95.

culturais sujeitos a especificação jurídico-penal. Tais valores, em virtude da linha neokantiana, estavam delimitados às realidades imutáveis, não ensejando críticas para a sua sistematização. É neste ponto que Roxin firma sua posição no sentido de que o direito penal não mais poderia permanecer estático, através de valores imutáveis, pelo contrário, sua literatura estaria marcada pela reformulação dele, através da aproximação às necessidades sociais. Assim, a ciência penal haveria de indicar quais seriam os valores inseridos na sociedade que poderiam servir de referência para o direito penal como forma de reestruturação das categorias da teoria geral do delito.

Delimitada a metodologia da ciência penal, Roxin projetou para a dogmática penal a aproximação dos valores como referência de identificação e conservação do sistema social. O construtivismo do direito penal basear-se-ia numa política criminal valorativa, possibilitando a sua integração formal e material somado aos critérios de racionalidade e eficiência.

As estruturas lógico-objetivas, centralizadas pelo finalismo, fundamentaram os mandamentos proibitivos pela conduta final do agente, restringindo-se o injusto penal ao limite do injusto pessoal. A edificação do sistema penal, intimamente determinado por valores de política criminal, foi o início do rompimento dessas estruturas lógico-objetivas. A nova orientação veio a caracterizar a denominada normatização dos conceitos do direito penal: "A normatização dos conceitos é efetivamente precisa, pois somente ela proporciona a flexibilidade necessária para possibilitar variações de conteúdo nos conceitos e nas funções de câmbio valorativo ou do equilíbrio de fins".[20]

A inclinação de Roxin revelou um novo processo no sistema normativo penal, onde os seus fins não ficariam delimitados somente a partir da pena, senão como ao próprio fim do direito penal.

20. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 69.

A noção de que toda a conduta deverá previamente estar descrita no tipo penal não seria mais considerada como a única fonte de garantia junto ao cidadão. A lei penal, pelo contrário, através do preceito *nullum crime*, teria que trazer consigo uma maior dimensão na tipificação do comportamento delituoso. O indicativo seria a regulamentação social, ou seja, um direito penal identificado com a realidade específica, objetivando reestruturar a sistemática individualista da escola finalista.

A premissa de que os fatores sociais seriam alheios ao direito penal estava com os dias contados. O novo modelo científico, obrigatoriamente, levaria a vários questionamentos a respeito de quais seriam os critérios reestruturais da dogmática, ou seja, os conteúdos determinantes do moderno direito penal.

Roxin propagou, em suas investigações científicas, quais seriam os comportamentos humanos considerados nocivos à convivência social e quais os critérios para identificar os indicativos teleológicos na definição do tipo penal na sua função preventiva. "O sistema penal que não se baseia em idealizações extranormativas não aspira uma legitimidade 'absoluta'."[21]

Examinaremos a seguir, em reduzidos tópicos, como esses novos postulados, originados pela política criminal, refletiram na estrutura categorial da teoria geral do delito.

3.1 A política criminal como fomento aos elementos do fato punível

Receando que o novo critério de eleição no combate ao delito, bem como a operacionalidade normativa da dogmática penal, não sucumbisse como o já referenciado pelas doutrinas anteriores, Roxin projetou uma maior dinâmica e flexibilidade para os preceitos legais.

21. Cf. MOCCIA, Sergio. Op. cit., p. 84.

Introduziu, para tanto, bases metodológico-jurídicas norteadas através de uma política criminal como limite interno da dogmática penal, especificando cada categoria da teoria geral do delito uma função, como forma de projetar uma maior segurança e dinâmica ao sistema, com o objetivo primaz de eliminar de nosso direito penal a idéia de arbitrariedade.

Todo esse trabalho científico de Roxin está amplamente posicionado em sua obra *Kriminalpolitik und Strafrechtassytem*, publicada em 1972.

A estrutura da obra limitou-se à análise dos fundamentos das escolas anteriores, partindo para um reexame das bases normativas do direito penal, enriquecendo o método dogmático formalista e individualizado.

A título de análise, centralizaremos as principais linhas da formulação de Roxin.

O principio *nullum crimen sine lege* passa a desenvolver a idéia de tipo penal como uma renúncia ao mero critério descritivo. Assim o legislador tipificaria somente o atuar humano que fosse responsável pela danosidade social, diversamente da escola finalista. A realidade social vem a ser a estrutura do fato punível, através de uma seleção de comportamentos que poderiam ser considerados agressivos, proporcionando um novo determinismo típico. Além desse indicativo fomentador, o princípio deveria impedir interpretações extensivas, o que limitaria as condutas lesivas a bens jurídicos.

Os fundamentos para a fomentação de normas incriminadoras estariam orientados pelos princípios da teoria da adequação social (excluir do tipo lesões socialmente adequadas) e da insignificância (não punir ações insignificantes).[22]

O dolo passa a ser caracterizado não somente pela natureza subjetiva do tipo, mas também como limite do próprio acontecer. Nas questões referentes à autoria e participação, diante da equivoca interpretação da doutrina, fazia-se necessário uma distinção entre delitos de ação e de dever.

22. Cf. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 40.

A amplitude da teoria do tipo não só determinou a dilatação dos institutos como o da ação, mas também o da omissão, o da autoria, o da participação e, principalmente, nos processos de imputação causal do comportamento.

A imputação causal necessariamente corresponderia a uma nova exigência jurídica. O acréscimo dos novos rumos orientadores refletiria principalmente no comportamento humano, que fora centralizado em bases ontológicas, cambiando para um critério normativo.

A causalidade projetou a moderna teoria da *imputação objetiva* (delimitador causal) como fundamento de um novo processo de imputação intimamente ligado ao seu próprio conteúdo, estimulando uma análise de maior profundidade nos casos de imputação do resultado – o *princípio do risco*. "A possibilidade objetiva de originar um processo causal danoso depende da conduta que o agente criar, ou seja, um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico. O princípio do risco permite para os delitos de resultado uma teoria geral da imputação desligada do dogma causal."[23]

O princípio perfeitamente identifica quando um determinado comportamento humano produz uma considerável lesão ao bem jurídico, pois caso contrário ele não ocasionaria uma relevância jurídica. A finalidade causal não estaria identificada apenas por uma valoração causal, mas sim por critérios objetivo-normativos. "A nova tendência utiliza como critério decisivo a imputação do resultado no tipo objetivo com regra, em virtude da qual se examina a criação, através da ação, de um risco permitido dentro do fim de proteção penal."[24]

No âmbito da antijuridicidade, as causas de justificação são definidas por Roxin como uma política criminal de solução social de conflitos,[25] com a adesão

23. Cf. ROXIN, Claus. "Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal". *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa. p. 146-47.

24. Cf. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. "Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las contribuciones de Jakobs, Roxin y Gimbernat". *Estudios penales y criminológicos*. Universidad de Santiago de Compostela, 1994. XVII, p. 29.

25. Cf. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema penal*. p. 55.

de princípios materiais, em que o dinamismo das mutações sociais ingressa nos elementos estruturais da teoria geral do delito, como meio de concretizar o legado do abstratismo formal das escolas anteriores.

O juízo da antijuridicidade passa a ser delimitado não apenas por um valor, mas por uma análise do comportamento sob o prisma lesivo e de proteção (causas de justificação) no contexto global social como indicativo do ilícito ou lícito.

Por fim a culpabilidade, segundo Roxin, não é apenas demarcada pela responsabilidade do agente *Verantwortlichkeit* (capacidade de autodeterminação), mas igualmente como o instrumento de delimitação da pena.[26]

A imposição da sanção criminal incidiria desde que se fizesse necessário, além da responsabilidade do autor da conduta típica e antijurídica, o fim preventivo geral ou especial. "A responsabilidade significa uma valoração desde o ponto de vista de fazer responsável penalmente o sujeito. Quem cumpre os requisitos legais aparece como responsável de uma ação tipicamente antijurídica, carecedora de uma pena."[27]

Não incidirá a culpabilidade quando no caso concreto a necessidade dos fundamentos da prevenção geral ou especial for desnecessária, como, por exemplo, o estado de necessidade exculpante, o erro de proibição, visto que o agente não atua de outro modo, em que a punibilidade não resulta em casos de necessidade preventiva.[28]

A política criminal inserida na dogmática penal proporcionou um estudo individualizado das estruturas do delito, na medida em que os requisitos de cada categoria delimitassem as suas próprias especificações, tanto no campo de iden-

26. Cf. ROXIN, Claus. "Política criminal y dogmática jurídico penal en la actualidad". *Evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal.* p. 72.

27. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña e otros. t. I, p. 791.

28. Cf. SCHÜNEMMAN, Bernd. "La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo". *El sistema moderno del derecho penal:* cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos. p. 158.

tificação científica de fato delituoso como fundamentos de exclusão dele, restringindo, por conseguinte o poder punitivo do Estado.

Sem dúvida a orientação científica de Roxin, por meio dos princípios de política criminal, encaminhou o direito penal para uma nova dimensão. Tal evento possibilitou e ainda possibilita na atualidade uma maior discussão sobre as questões referentes à criminalização, à descriminalização e à despenalização.

Roxin, identificando a nova constituição do Estado pós-guerra, que cambiou de um Estado de Direito para um Estado Social e Democrático, proporcionou a renovação crítica das inúmeras discussões e reconsiderações que a moderna dogmática penal enfrenta. Através do ressurgimento da política criminal como fonte de renovação e conexão metodológica, atualmente está sendo considerada pela doutrina majoritária como a corrente de maior aceitação acadêmico-científica, principalmente pelo elo que proporciona entre o injusto penal e os direitos fundamentais.

4. O funcionalismo sistêmico de Jakobs

O precursor da corrente funcionalista, de natureza radical, Jakobs fixou em suas investigações um novo rumo para a modernização do direito penal: a renormatização de seus conceitos gerais (delito e sua natureza punitiva).

Acreditando, como Roxin, muito embora seguindo uma linha investigatória diversa, que a edificação ontológico-finalista não oxigenou o sistema penal, utilizou-se da teoria sistêmica social como um novo paradigma do direito penal.[29]

29. A teoria sistêmica vem sendo considerada como a teoria que mais se desenvolveu no pensamento doutrinal penal alemão nos últimos tempos. Jakobs associa-se às concepções de Luhmann de que o direito é o instrumento que serve para a estabilização social. Distinto do abstratismo determinado pelo positivismo de que a norma está edificada em conteúdo valorativo, a teoria sistêmica trata esta questão não como um ponto crucial, mas sim como uma conseqüência da própria norma. A suposta garantia individual instituída pela ponderação jurídica vai ao encontro da subjetividade individual como o centro do sistema social, o que, segundo a teoria sistêmica, permite uma maior expansão no consenso de valorações éticas. Tal indicativo renova

A *renormatização* dos conteúdos do direito penal vem a ser o ponto principal de sua nova metodologia; o que anteriormente delimitava-se por referências pré-jurídicas passou a ser regido por valores de relação normativo-penal.[30]

A pena e a imputação penal são pontos centrais de sua metodologia investigatória.

Em vários escritos[31] o professor alemão expõe sua tese, no sentido de firmar que as premissas do direito penal devem partir do caráter normativo, o que está amplamente identificado com a corrente funcional-sociológica do filósofo Luhmann.

A norma fundamental, expressada pela concepção kelseniana, deixa de alcançar seus objetivos na sua criação e denominação próprias. Em vez dos termos mandatos e desobediência, vamos falar de validez e frustração de expectativas. Fora deste contexto o que for considerado antinormatizado, com base em regras meramente normativas, distante do acontecer social, não possui relevância sistêmica.[32]

Jakobs introduz em seus fundamentos as expectativas de ordem organizacional, pois o homem vive num mundo institucionalizado, onde é fundamental que o direito tenha a missão, através da norma, de organizar o que é juridicamente permitido, muito embora a estabilidade desta expectativa seja uma função ampla no seu contexto geral.

Embora a teoria sistêmica reconheça que há perspectivas funcionais de modos diversos, ou seja, sociedades funcionais e disfuncionais, o sistema social

o paradigma abstrato (despersonalização) para um sistema de expectativas de comportamentos. Nesse sentido: BARATA, Alessandro. *Integración-prevención:* una nueva fundamentación de la pena de la teoría sistemica. Madrid: CPC, 1984. p. 535.

30. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal.* Madrid: Tecnos. p. 70.

31. Cf. JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal.* Trad. Enrique Peñaranda Ramos. Madrid: Civitas, 1997.

32. Cf. VIVES ANTÓN, Tomas S. Op. cit., p. 444.

há de ter como objetivo principal a busca do equilíbrio máximo, dentro de seus próprios limites (perspectiva de autoconservação).[33]

A expectativa de que as organizações funcionem de maneira ordenada possibilita uma maior integração social dos indivíduos. Assim, quando ocorrer o que Jakobs relaciona como caráter de conflito, temos as decepções destas expectativas, o que é considerado pelo penalista alemão como delitos de infração ao dever *Plichtdelikte*.[34]

O delito não poderia ser mais visto como uma mera infração à norma de natureza pessoal (singularidade), e sim como um fenômeno de relações sociais. Aqui se encontra a amplitude de que o direito penal tem que se reestruturar. "Cabe rogar ao direito penal que realize esforços para assumir novos problemas sociais, até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada com referência ao sistema social."[35]

Jakobs defende a idéia de que o delito é cientificamente complexo, sendo que a teoria do delito interligada a fundamentos abstratos limita-se em vários aspectos contextuais. Exemplo: o que é um bem jurídico para a sociedade? O agente primeiro infringe a norma ou o bem jurídico que ela protege?

Este novo horizonte do sistema penal, obrigatoriamente, leva à reforma de vários seguimentos da dogmática penal, a começar pela concepção de pena. Jakobs a critica no sentido de que a sua enunciação na dogmática penal não resultou ou resulta de eficácia tanto para o legislador como para a sociedade. Um dos vários exemplos apresentados pelo professor alemão é a impossibilidade de ser um instrumento de prevenção, de proteção e de reparação do dano causado pelo comportamento do agente a bens jurídicos protegidos.

33. Cf. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional.* Trad. Manuel Cancio Meliá et al. p. 37.

34. Cf. JAKOBS, Günther. *Derecho penal* – Parte general – Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción Joaquín Cuello Contreras. Madrid: Marcial: Pons. p. 11.

35. Cf. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional.* Trad. Manuel Cancio Meliá et al. Madrid: Cuadernos Civitas. p. 22.

Para um maior crédito da pena, Jakobs entende que ela não poderia estar determinada unicamente pela culpabilidade do agente (limite punitivo), e sim passaria a ser demarcada pela reação estatal contra comportamentos que infringissem a norma penal, a qual afirma a própria identidade da sociedade que "a missão da pena é manter a norma como modelo de orientação para os contatos sociais. O conteúdo da pena é uma réplica, que tem lugar à custa do infrator, diante do questionamento da norma".[36]

Ao definir a contradição do comportamento para com a norma, nasce o problema de imputação pessoal, ou seja, qual o real comportamento que pode ser considerado típico e antijurídico? Quais os limites? Creio que a resposta está direcionada para uma nova linha investigatório-conceitual dos elementos da teoria do delito, a partir da orientação sistêmica de direito penal.

O ponto central está delimitado pela sociedade e seus indivíduos. O objeto de proteção penal não poderia continuar, segundo Jakobs, restringido apenas por bens jurídicos, mas sim pela função desempenhada pelas normas penais.

O delito, na concepção de Jakobs, identifica-se pela quebra de expectativa normativa, sendo convencionado por atos comunicativos,[37] os quais atentariam contra a segurança da sociedade.

O que Jakobs exprime evidenciar, com base nos indicativos acima, é a reconstrução conceitual das categorias da dogmática penal a partir da nova con-

36. Cf. JAKOBS, Günther. *Derecho penal.* p. 13.

37. Partindo da premissa de que o mundo está delimitado pelas relações humanas (grau de comunicação entre os indivíduos), o ponto inicial da tese de Jakobs, que está orientada pelos estudos sociológicos de Luhmann, fundamenta-se na impossibilidade de construir determinado ordenamento jurídico sem o reconhecimento desse processo interno social. A sociedade está estremada pelo alto grau de complexidade entre as relações humanas, pois existem sistemas sociais solidificados em desníveis culturais e políticos. O perfilar individual é praticamente impossível como fonte fomentadora do direito penal. O reconhecimento do valor humano está intimamente determinado pelo grau de ordem política e social, levando o Estado, obrigatoriamente, através de valores, a dignificar o cidadão no desenvolvimento de sua personalidade. Assim nesta junção entre indivíduo e Estado, como admissibilidade de formação do cidadão, está o referencial de liberdade. O atuar define-se com a própria liberdade, a qual só perderá sua essência social quando não respeitar os valores de relação entre cidadãos (violação de expectativas sociais e normativas).

cepção de fim do direito penal: *a idéia de direito penal com relação direta à finalidade da norma.*

O delito passa a ter uma conotação diversa do que foi construído pelo Finalismo (pensamento ontológico), transportando-se conceitualmente como a falta de fidelidade para com o direito, colocando em risco a validade da norma e, por conseguinte, a confiança que transmite ao cidadão (confiança social). A pena passaria a ter a função de reafirmar o sistema normativo violado.

A teoria das expectativas normativas está previamente delimitada por regras de comportamento entre os cidadãos, em que os contatos sociais são moderados por regras que organizam a vida social. O papel principal desempenhado pela norma penal, nesta teoria, seria de incitar o cidadão a respeitá-la (validá-la).

Os comportamentos sociais são desempenhados por vários estágios do próprio *ser*. Diferentemente das regras naturais, o direito descreve o que não pode ser realizado. As normas penais visam a garantir a estabilidade do próprio direito; "se as pessoas estiverem convencidas que o melhor é respeitar as normas, não seria preciso o direito penal para estabilizar os deveres".[38]

A perspectiva original de Jakobs faz com que o direito penal obrigatoriamente se relacione diretamente com os conflitos sociais. Segundo o autor, são essas expectativas sociais o marco inicial para as reformas sistemáticas da dogmática penal.

O indivíduo representa um papel central na sociedade, e este que é capaz, através de suas ações, de ser o destinatário da imputação penal. Somente com uma interpretação do que seja um comportamento infracional à norma é que será relevante, sob o prisma do direito penal, se tal causa ocasionou um risco objetivo para as estruturas de conservação da sociedade.

38. Cf. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*. Madrid: Colex. p. 59.

4.1 A dogmática penal funcional de Jakobs

A crítica central do funcionalismo em suas diversas concepções centraliza-se no sentido de que a dogmática penal, com as construções científicas anteriores, ficou privada do contato com a realidade social, posto que as suas teorias estavam centralizadas em determinados valores específicos[39] que delimitavam a fundamentação do sistema penal.

A substituição desses critérios por novos princípios oportunizou para o direito penal uma readaptação de seus postulados científicos, oportunizando um novo parâmetro de limite para o poder punitivo do sistema penal.

Uma parte teórica desta redefinição, sob a responsabilidade de Claus Roxin, solidificou-se nos princípios tradicionais de nossa doutrina, os quais os adaptou à nova realidade científica. Günther Jakobs, diversamente, fundamentou suas concepções em orientações filosóficas provenientes da Sociologia e da Psicologia.

Jakobs, representando a corrente radical do funcionalismo, seguindo as lições filosóficas de Luhmann (*teoria dos sistemas sociais*), iniciou o processo de renormatização da dogmática penal pelo raciocínio complexo e dinâmico dos princípios extraídos da sociedade. Vistos, haveria de se realizar um esforço do direito penal para manter em funcionamento sua nova estrutura.

A proposição acima inicia o novo processo funcional do direito penal elaborado por Jakobs, ou seja, o de não incriminar condutas que desarmonizem o sistema social na sua operacionalidade (lesividade social) na ótica dos processos naturalísticos ou individuais (valores pré-jurídicos isolados), mas sim os comportamentos que contradizem com o modelo definido pela norma.

Resta saber: qual o modelo definido pela norma? Jakobs define como modelo funcional de determinado sistema social (identidade social). O com-

39. Num primeiro momento por convenções culturais (moral e religião) e no segundo momento por critérios filosóficos (ontologia) e políticos.

portamento humano, para o autor, só será juridicamente relevante quando externar uma ruptura da ordem legal através de um comportamento que seja considerado passível da quebra das relações sociais de compromisso. Então o jurista tem que conhecer e identificar o indivíduo em seu contexto social e não apenas na sua subjetividade.

As modernizações da dogmática penal, sob o prisma sistêmico, estão intimamente relacionadas com a "reação punitiva como função de restabelecer a confiança e reparar ou prevenir os efeitos negativos que a violação da norma produz para a estabilidade do sistema e integração social".[40]

A expectativa de comportamento social vem a ser o ponto central para a estabilização do sistema. Qualquer sistema social só será estável quando estiver instituída a cultura que denomino de autoconhecimento: *saber e confiar no que o semelhante irá realizar.* A regularidade dos contatos sociais vem a ser o interesse específico do direito penal. Então, devemos procurar entender o que passa a interessar ao direito penal, que não tem nada a ver com as frustrações de expectativas fáticas da vida humana, mas sim com aquelas em que possam frustrar uma expectativa de comportamento asseverado pela norma penal.

A ótica proporcionada pelos estudos sociológicos de Jakobs está ocasionando na ciência penal inúmeros posicionamentos reestruturadores da dogmática. Assim, a nova perspectiva do direito penal vem a ser, como instrumento de prevenção positiva, a manutenção da validez formal como conseqüência extrema.

O grande diferencial da teoria de Jakobs vem a ser que o direito penal não se legitima pelo critério teórico material de bem jurídico, e sim pela estabilidade das expectativas essenciais diante de possíveis defraudações (infração penal como ato de significado).

O progresso da dogmática de Jakobs está intimamente relacionado com a imputação do atuar do agente.

40. Cf. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 535.

A definição do que seja uma ação relevante no sistema jurídico-penal está delimitada por alguns pontos já exteriorizados pela teoria da adequação social. O que Welzel delimitou foi o sentido de um comportamento humano que se enquadra literalmente na descrição típica, sendo que em determinados casos a ausência de relevância dele não produz nenhuma violação às questões ético-sociais, sendo, por conseguinte, considerados adequados socialmente; "a adequação social portanto é transportada do estudo da tipicidade para a ação".[41]

Assim, Jakobs considera a ação como um processo de natureza social e causal, acrescentando a ela o critério de evitabilidade[42] como condição individual que pertence ao comportamento, não em seu aspecto material de resultado, e sim sobre o ato de infringir a norma.

Jakobs neste ponto diverge de seu maestro (Welzel) no sentido de que o componente essencial da ação não está demarcado pela finalidade, e sim por condições de evitabilidade do atuar,[43] levando a soluções dos problemas insolúveis do finalismo, principalmente nas ações culposas.

O ponto de maior inovação na teoria de Jakobs sem dúvida está nas questões teórico-conceituais da imputação objetiva. Diverso de Roxin, Jakobs parte de uma construção de imputação objetiva a partir do comportamento humano, e não do resultado material produzido por ele (teoria do risco).

41. Cf. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Op. cit., p. 22.

42. Tal critério acrescentou inúmeras respostas ao que não foi suficientemente desenvolvido, principalmente pelo finalismo. Entende Jakobs que o autor de um comportamento ilícito não pode ser considerado apenas pelo seu psiquismo, mas sim pela sua motivação. Deduz-se que a motivação dá-se por um déficit objetivo de cumprimento para com a norma, pois se tem como ponto determinante que todo cidadão pode evitar o atuar ilícito. Assim o atuar não fundamenta o injusto, mas indica um indício de existência de uma falta de motivação de cumprir as normas. "O dolo e a culpa não fundamentam o injusto em condições de fatos psíquicos individuais, mas sim como expressão de um defeito, determinado segundo critérios objetivos, que se manifestam no indivíduo." Nesse sentido: JAKOBS, Günther. "El concepto jurídico-penal de acción". Trad. Manuel Cancio Meliá et al. *Estudios de Derecho penal.* p. 121; e *Tratado de derecho penal.* p. 173.

43. Cf. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Op. cit., p. 20.

Jakobs entende que, quanto mais afastado o direito penal das questões que definem o âmbito social do qual faz parte o indivíduo, fica praticamente inviável uma imputação penal do comportamento humano. O autor considera que todo o comportamento humano adequado socialmente não se pode imputar como injusto, e mesmo que tenha ocasionado danos "a realização de conduta socialmente adequada está permitida".[44]

O marco da imputação objetiva está na manutenção das expectativas da norma penal sancionadora. Como critério delimitador do fato lesivo, a imputação objetiva do comportamento elege quatro limites, sem os quais não há de se falar em lesão à norma. São eles: *risco permitido, princípio da confiança, proibição do regresso e competência da vítima.*[45]

O desenvolvimento da teoria da imputação objetiva por Jakobs visa oferecer uma reformulação na teoria do tipo objetivo, no sentido de reduzir a complexidade penal através de uma definição compatível com a constatação social, ou seja, a expectativa que o agente tem que preencher na sociedade.[46] Ocorrerá um delito quando houver uma falha desta comunicação entre os indivíduos, sendo que o direito penal deverá restabelecer no próprio plano da comunicação a vigência da norma perturbada como forma de confirmação de sua identidade.[47]

Igualmente a culpabilidade para Jakobs perdeu o seu critério normatizador ontológico, bem como o limite de responsabilidade penal. As prevenções gerais e preventivas deixam de ser os alicerces definidores da pena, em troca de uma prevenção identificada como positiva, ou seja, a sanção criminal como exercício direto de reconhecimento da fidelidade da norma.

44. Cf. JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 225.

45. Cf. JAKOBS, Günther. *Imputación objetiva en derecho penal.* Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Cuadernos Civitas. p. 103 et seq.

46. Idem, ibidem, p. 59-60.

47. Cf. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona.* p. 18-19.

Para Jakobs, a culpabilidade está intimamente próxima dos valores estruturais da sociedade. Daí a crítica à concepção do livre-arbítrio, visto que este conceito carece de quaisquer dimensões sociais.[48]

Em resumo Jakobs propõe uma concepção de culpabilidade baseada na imputação do autor como um ato de defraudar as expectativas da norma penal. Seu fim se orienta nas perspectivas de reparos no âmbito da responsabilidade, como finalidade de restabelecer a confiança da norma perturbada pela conduta delitiva.[49]

Reconhecendo Jakobs que a pena não repara danos, e sim, por sua natureza preventiva positiva, reside pela manutenção do sistema social, sua função científica está em reafirmar a vigência da norma (pena como serviço da fidelidade do direito penal).

Tal concepção é criticada pela doutrina. Segundo Alessandro Baratta, Jakobs não considera os valores pré-jurídicos dos quais determinam os critérios de extensão da resposta penal (intensidade), e sim os utiliza como regulamentação normativa do direito penal[50] Ainda, Roxin critica igualmente a concepção de Jakobs, afirmando que com o seu significado de restituir a identidade da sociedade tem como conseqüência a perda do poder limitativo dela[51] (o tema ainda é árido e passível de inúmeras interpretações científicas, o que projetará infinitas discussões acadêmicas).

Mesmo que criticada, a obra científica de Jakobs prima por sua originalidade em muitos aspectos, o que sem dúvida está atualmente proporcionando inúmeros debates científicos não só na Alemanha como também internacionalmente. A pretensão de Jakobs em renormatizar o sistema penal oferece um novo pa-

48. Cf. JAKOBS, Günther. *Derecho penal...*, cit., p. 584-85.

49. Cf. PENÃRANDA RAMOS, Enrique et al. "Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs". *Estudios de derecho penal* p. 48.

50. Cf. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 542.

51. Cf. ROXIN, Claus. *Política criminal y dogmática...*, cit., p. 74.

norama nos valores que há muito tempo estão instituídos no direito penal: *o repensar do que está edificado.*[52]

52. A ciência penal contemporânea legitima-se atualmente por correntes funcionais, com o propósito de expandir a aplicabilidade do sistema penal. Este sistema desenvolveu-se pela crise de identidade humanitária, pela falência da ideologia preventiva especial da pena e por problemas de imputação penal. A teoria funcional de Jakobs busca relegitimar o direito penal a partir de uma regulamentação positiva. As discussões científicas continuam a desenvolver-se sob a ótica principalmente da imputação objetiva e da culpabilidade, sem, contudo, atingir uma posição unânime. Uma certeza do funcionalismo está no ampliar das discussões dos conteúdos das categorias que identificam a dogmática penal com o aproximar prático. Sem desmerecer esse novo posicionamento, a metodologia funcionalista tem sido alvo de inúmeras críticas por parte da doutrina. Silva Sánchez elenca algumas dessas críticas, afirmando que este método é passível de determinar um critério científico reduzido, o que pode levar a dogmática a uma reconstrução arbitrária, contrária às garantias do Estado liberal de Direito (Cf. *Aproximación* p. 71; e "Introducción", *El sistema moderno de derecho pena:* cuestiones fundamentales. p. 21). Baratta vai mais além do que uma crítica formal. A teoria sistêmica de Jakobs parte de dois níveis, um interno e outro externo, para justificar sua posição. O marco interno está na objetividade do que vem a ser a finalidade da pena como concepção preventiva positiva. A pena como estabilidade de sistemas sociais não se projeta na identificação dos conflitos na sua origem, e sim onde se concretizam, levando à não-inovação de um sistema punitivo que pretende, sob outra ótica, estabilizar funções da norma, sem ter a visualização da origem social do problema. Tal constatação encaminha-se para o que hoje ocorre com as instituições penais no tocante ao descrédito que o sistema penal produz por não conseguir alcançar, com o delito, o restabelecimento de integração do indivíduo ou do próprio direito penal como instrumento estável na sua missão. No critério externo, o autor é duro em sua crítica ao pensamento de Jakobs, que substitui o princípio de prevenção especial pela prevenção geral positiva. A negação da ressocialização torna as normas constitucionais praticamente inócuas, como, por exemplo, o princípio da individualização ou dignidade do homem, visto o abandono do ato de reeducar. Não há um substituto concreto para esta posição, a não ser o retorno à natureza retributiva da pena, sem quaisquer instrumentos alternativos para a reintegração de autor, vitima e ambiente. Por fim, e o mais interessante sob o aspecto da sociologia do direito penal, vem a ser o processo de seletividade que se opera em qualquer sociedade. O visualizar da criminalidade sob o nível social, por si só, determina uma legitimação desigual do sistema punitivo, aliás como se opera atualmente. Uma resposta penal baseada apenas em critérios puramente normativos ou funcionais, com a total alienação subjetiva do homem (contradição da potencialidade com a realidade da situação humana), seguramente leva a uma linguagem abstrata, que jamais possibilitará uma identificação imparcial do que seja crime e seu autor como infração à norma. A manipulação de grupos privilegiados socialmente continuará a levar o direito penal a um processo seletista de tipificação criminal (cf. *Integración-prevención...*, cit., p. 544 et seq.). Em conclusão, o agente concebido como um controle social formal perderá seguramente seu papel de protagonista nas garantias diante do direito penal.

Obrigatoriedade do trabalho prisional, regime semi-aberto e trabalho externo em face da inexistência de colônia penal

João José Leal

Promotor de Justiça aposentado. Ex-Procurador-Geral de Justiça.
Professor do Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica
da Universidade do Vale do Itajaí – Univali-SC.

Sumário: 1. Execução penal e obrigatoriedade do trabalho prisional: 1.1 Doutrina predominante: legitimidade da obrigatoriedade; 1.2 Trabalho prisional como atividade facultativa; 1.3 Trabalho como valor social e princípios constitucionais; 1.4 Trabalho prisional é componente indissociável do processo de execução material da pena privativa de liberdade – 2. Trabalho externo nos regimes fechado e aberto; 2.1 Incompatibilidade do trabalho externo com o regime fechado; 2.2 Trabalho externo como fundamento do regime aberto – 3. Regime semi-aberto e trabalho externo: 3.1 Destinatários e estabelecimento penal de cumprimento do regime semi-aberto; 3.2 Posição do Código Penal sobre o regime semi-aberto e trabalho externo; 3.3 A Lei de Execução Penal e o trabalho externo em regime semi-aberto; 3.4 A doutrina sobre trabalho externo em regime semi-aberto – 4. Jurisprudência e o trabalho externo em regime semi-aberto com cumprimento de um sexto da pena – 5. Jurisprudência e o trabalho externo em regime semi-aberto sem o cumprimento de um sexto da pena – 6. Considerações finais.

Resumo: O presente artigo analisa a constitucionalidade das normas que estabelecem a obrigatoriedade do trabalho prisional e conclui que este, além de ter recepcionado pela Constituição Federal, é um componente indissociável do processo de execução material da pena privativa de liberdade.

A partir desta premissa de trabalho, o autor examina as normas de direito penal e de execução penal que disciplinam a questão relativa ao trabalho prisional. Considerando o trabalho externo incompatível com a execução da pena em regime fechado, o estudo focaliza essa forma de trabalho pelos presos em regime semi-aberto.

A idéia central deste estudo é a de que o trabalho externo, apesar da omissão da Lei de Execução Penal, é perfeitamente compatível com o regime semi-aberto. Como regra, deve sempre ser realizado no interior do estabelecimento próprio, que é a colônia penal agrícola ou industrial. No entanto, em face da falta deste tipo de estabelecimento (fato comum em nosso País), o trabalho externo deve ser autorizado ao condenado em regime semi-aberto, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena, exigência esta que somente se justifica em relação aos condenados em regime fechado ou que ali iniciaram o processo de execução penal.

Palavras-chave: Código Penal – Colônia penal agrícola – Colônia penal industrial – Estabelecimento penal – Execução penal – Lei de Execução Penal – LEP – Regime fechado – Regime prisional – Regime semi-aberto – Trabalho externo – Trabalho penitenciário – Trabalho prisional.

1. Execução penal e obrigatoriedade do trabalho prisional

1.1 Doutrina predominante: legitimidade da obrigatoriedade

A Lei de Execução Penal – LEP, além de visar à efetivação das disposições da sentença criminal, tem por objetivo ético-político o difícil e complexo

desafio de "proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado" (art. 1.º). No tocante ao trabalho penitenciário (interno ou externo), compreendido como *dever social e condição de dignidade humana*, estabelece a lei que ele terá "finalidade educativa e produtiva" (art. 28, *caput*).

A legitimidade das normas que estabelecem a obrigatoriedade do trabalho do preso, observadas suas aptidões e capacidade (arts. 34, § 1.º, 35, § 1.º e 36, § 1.º, do CP e 31 da LEP), é aceita pela maior parte da doutrina sem qualquer restrição.

Jason Albergaria entende que a idéia de trabalho como *dever social* "enfatiza a responsabilidade pessoal do preso, como a de todo homem, ao assumir seu posto na sociedade". Conclui que a "reinserção social do preso como objetivo da pena retirou do trabalho o seu aspecto de *castigo, opressão e exploração*" (*Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p. 54).

Odir Pinto da Silva e José Antônio Boschi assinalam que o trabalho prisional impede que o preso venha a desviar-se dos objetivos da pena "de caráter eminentemente ressocializador, embrenhando-se cada vez mais nos túneis submersos do crime" (*Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p. 39).

Para Júlio Mirabete, o trabalho prisional não constitui uma agravação da pena, "mas um mecanismo de complemento do processo de reinserção social" (*Execução penal*. Comentários à Lei 7.210, de 11.07.1984. São Paulo: Atlas, 1987. p. 109).

1.2 Trabalho prisional como atividade facultativa

Doutrina mais recente, no entanto, questiona a constitucionalidade do dispositivo que obriga o preso a trabalhar. Carmen Silvia Barros, com base nos dispositivos constitucionais que asseguram a liberdade de escolha de trabalho, ofício e profissão ou no que proíbe a pena de trabalho forçado (art. 5.º, XIII e XLVII, *c*), afirma que "o trabalho do preso só pode ter caráter facultativo". Entende a autora que, como parte do processo que objetiva a reinserção social do

preso, cabe ao Estado oferecer a oportunidade de trabalhar, mas no que diz respeito ao condenado "só pode ser uma oferta que ele é livre para aceitar ou não". Em nota de página, escreve de forma incisiva: "Trabalho obrigatório com o qual não consente o preso é, sem dúvida, trabalho forçado" (*A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: RT, 2001. p. 184).

Ao analisar o direito português e, embora reconhecendo a existência de um *dever fundamental* (constitucional) de trabalhar, que considera relevante para a posição jurídica do recluso, Anabela Miranda Rodrigues afirma inexistir uma "*consagração legal* de um dever específico de trabalhar". Defende a idéia de que existe sim um *direito* e não *um dever legal ao trabalho*. A autora, no entanto, reconhece que o trabalho penitenciário está consagrado na legislação da maioria dos países europeus "como um dever para os reclusos condenados" (*Novo olhar sobre a questão penitenciária*. São Paulo: RT, 2000. p. 100).

Há uma dificuldade aparente para se harmonizar a regra da obrigatoriedade do trabalho prisional com as normas constitucionais que asseguram a liberdade de escolha de uma atividade laboral e a que proíbe o trabalho forçado (art. 5.º, XIII e XLVII, *c*, da CF). Além disso, o art. 6.º, *caput*, consagra o trabalho como um *direito social* e não como dever do cidadão.

Pode-se, ainda, acrescentar o argumento de que, num Estado Democrático de direito, o preso, mesmo tolhido em sua liberdade física de locomoção, tem a liberdade de autodeterminar-se para o trabalho e decidir se quer ou não exercer uma atividade laboral no interior de um estabelecimento penal. Ao ser condenado a uma pena privativa de liberdade, o preço ético-jurídico a ser pago pelo *seu crime* consiste na perda de *sua liberdade física de locomoção*. Este seria o único bem jurídico legitimamente atingido pela sanção privativa da liberdade.

Além disso, o próprio Código Penal estabelece que o "preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade" (art. 38). Em conseqüência, poder-se-ia argumentar que, mesmo privado de sua liberdade de locomoção física, o preso conserva o direito de abster-se do trabalho penitenciário.

E mais: numa sociedade democrática e plural, desde que não prejudique interesses de terceiros ou perturbe o espaço de liberdade coletivo, o cidadão tem o direito de ser diferente, de optar por uma forma comportamental divergente daquela ditada pelos padrões ou paradigmas predominantes de normalidade ética. Nessa linha de raciocínio, poder-se-ia afirmar que a obrigatoriedade do trabalho prisional é, à luz do direito penal democrático, inadmissível, pois o preso pode optar por cumprir sua pena no interior da cela, sem causar qualquer problema relacionado com a disciplina prisional. Portanto, o poder estatal se ressentiria da indispensável legitimidade para acrescentar à resposta punitiva uma obrigação a mais a ser suportada pelo condenado.

1.3 Trabalho como valor social e princípios constitucionais

A nosso ver, a contradição, no entanto, inexiste. O fato de ser obrigatório, o moderno trabalho prisional não pode ser comparado à antiga prática penal do *trabalho forçado*. Este consistia na própria pena, enquanto o encarceramento representava tão-somente um indispensável instrumento de contenção do condenado, para que a pena corporal e profundamente cruel pudesse ser efetiva e compulsoriamente executada. A recusa do condenado em exercer o penoso trabalho acarretava o emprego dos meios violentos e dos suplícios que se fizessem necessários para a execução forçada do trabalho. A própria morte do condenado não era descartada.

Hodiernamente, a expressão *trabalho obrigatório* deve ser interpretada à luz dos princípios político-jurídicos que emanam da Constituição e do próprio sistema normativo infraconstitucional (Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal). Isto significa que, embora o direito estabeleça o dever ao trabalho prisional, o preso pode recusar-se a trabalhar e o aparelho estatal responsável pela condução do processo material de execução da pena privativa de liberdade não poderá utilizar legitimamente de qualquer meio ou instrumento

para compelir ao trabalho. A recusa ao trabalho, se injustificada, configura, é lógico, falta grave, e o condenado não terá o necessário mérito prisional para ser beneficiado com a progressão de regime e por institutos despenalizadores como a remição, comutação de pena, indulto ou livramento condicional. Será o preço jurídico a pagar por sua injustificada recusa a cumprir uma das regras mais relevantes da disciplina prisional e por sua opção de, voluntariamente, cumprir sua pena de forma diferente daquela estabelecida pela Lei de Execução Penal.

Ainda no campo dos princípios constitucionais, não se deve esquecer que um dos princípios fundantes da República Federativa do Brasil é o do *valor social do trabalho*, consagrado pelo inc. IV do art. 1.º da CF. Da mesma forma, a Carta Magna estabelece como fundamento da ordem econômica a *valorização do trabalho* (art. 170), enquanto a "ordem social tem como base o primado do trabalho" (art. 193). Ora, se o trabalho reveste-se de valor social e se a própria ordem social legitima-se a partir do trabalho, é lógico que o trabalhar constitui-se num inquestionável dever cívico de todo o cidadão. E se isto é válido para o cidadão livre, vale também para o cidadão-condenado da justiça criminal. Como assinala Anabela Miranda Rodrigues, "como qualquer cidadão, o recluso encontra-se vinculado ao dever fundamental de trabalhar" (op. cit., p. 100).

Cabe ressaltar que, além de estar positivada na maioria das legislações penais e penitenciárias das nações contemporâneas, a obrigatoriedade do trabalho prisional é prevista como uma das Regras Mínimas para o Tratamento do Presidiário (n. 71, 2) da ONU. Trata-se, portanto, de dever jurídico cuja fonte material transcende o plano do direito interno para se projetar como uma norma jurídica de natureza verdadeiramente internacional.

1.4 Trabalho prisional é componente indissociável do processo de execução material da pena privativa de liberdade

Cremos que toda essa polêmica ficaria superada se entendêssemos o trabalho prisional como um componente indissociável do processo de execução

material da pena privativa de liberdade. Na verdade, o penitenciarismo surgiu, no final do século XVIII, com uma proposta definida quanto ao fundamento e funções da pena: punir pelo crime praticado (função retributiva da pena) e recuperar moral e socialmente o condenado (fundamento utilitarista). Com base na ideologia liberal e cristã (principalmente a doutrina protestante) da época, acreditava-se no trabalho como um dever do cidadão e de todo o bom cristão. Somente os que exercessem trabalho produtivo poderiam ser considerados merecedores da condição humana de dignidade política e religiosa.

Por isso, o penitenciarismo foi concebido e praticado para associar, à perda da liberdade física (retributivismo), a oportunidade para a recuperação moral e social do condenado pelo trabalho prisional (utilitarismo). Assim, fica evidente que, desde a origem, a pena privativa de liberdade pressupôs a prática do trabalho como um de seus componentes indissociáveis.

Hoje, sabemos que a função recuperatória é altamente questionável quanto aos seus resultados práticos, enquanto a função retributiva perde força e, em seu lugar, acentua-se a função preventiva individual. Acredita-se que a pena justifica-se para evitar que o indivíduo infrator cometa mais crimes e para garantir-lhe, ao final do processo executório penal, o direito de inserção social. Mesmo assim, os estabelecimentos penais não podem deixar de oferecer aos condenados as condições mínimas de assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, conforme preconiza a ONU em suas regras mínimas para tratamento do presidiário e encontra-se positivado na própria Lei de Execução Penal (art. 11). Não obstante a grande frustração quanto aos resultados positivos da função ressocializadora da pena, é preciso manter a firme crença na necessidade de garantir-se ao preso a oportunidade de optar voluntariamente por uma futura reinserção social, que represente a expectativa de uma vida em liberdade com o mínimo de dignidade.

Se assim não fosse, os estabelecimentos penais não precisariam ser concebidos e construídos para o fim de oferecer, nas diversas áreas antes mencionadas, o mínimo de assistência ao preso. Em conseqüência, teríamos que admitir a vali-

dade de um retorno à função estritamente retributiva da pena e isto contraria o próprio processo histórico de humanização do sistema punitivo. Por isso mesmo a pena de prisão não pode ser dissociada da idéia de trabalho.

Portanto, se o trabalho prisional é parte integrante do processo de execução material da pena privativa de liberdade, não vemos razão para se questionar a sua legitimidade jurídica e, muito menos, a constitucionalidade das regras que estabelecem a sua obrigatoriedade. Se a própria Constituição admite a pena privativa de liberdade como uma das formas legítimas de resposta punitiva estatal (art. 5.º, XLVI, *a*) e se o trabalho é uma atividade inerente ao processo de execução da pena de prisão, não podemos negar validade à norma que prevê a obrigatoriedade do trabalho prisional. Este, a nosso ver, constitui-se num componente indissociável e numa prática inerente do moderno processo de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Cabe reiterar, no entanto, que não obstante a regra da obrigatoriedade, o preso pode se recusar ao trabalho prisional e preferir cumprir sua pena com infração a esta regra da disciplina prisional. Isto demonstra que se trata de um dever jurídico dotado da respectiva sanção, que se consubstancia na perda de benefícios legais previstos na legislação penal e de execução penal.

Por último, é preciso reconhecer que ao dever de trabalhar por parte do condenado corresponde o dever estatal de proporcionar ao preso a oportunidade de exercer, com dignidade, um tipo de trabalho compatível com sua aptidão física e intelectiva e que seja viável em face dos limites da realidade penitenciária.

2. Trabalho externo nos regimes fechado e aberto

2.1 Incompatibilidade do trabalho externo com o regime fechado

Quando nos referimos ao trabalho penitenciário, estamos tratando do trabalho interno, que é a regra nos regimes semi-aberto e fechado. Aliás, neste últi-

mo, como veremos adiante, não deveria ser admitida a modalidade do trabalho externo, que é o objeto específico de nosso estudo. A nosso ver, o trabalho externo somente tem sentido nos regimes semi-aberto e aberto. Este último, vale ressaltar, somente é concebível com base no trabalho externo.

Nosso Código Penal, a exemplo da grande maioria dos países modernos, adotou o *sistema progressivo* no que diz respeito ao processo executório da pena privativa de liberdade. Em conseqüência e dependendo do *quantum* aplicado na sentença condenatória e das condições jurídico-penais do condenado, a pena privativa de liberdade será cumprida de forma progressiva, iniciando pelo regime fechado, passando pelo regime semi-aberto até o regime aberto, antes do livramento condicional. No caso de falta disciplinar, cometida durante o processo de execução, em vez de progressão, poderá ocorrer a regressão ao regime mais grave.

O regime fechado, aplicado em regra aos condenados a uma pena de reclusão superior a 8 anos ou aos reclusos-reincidentes (neste caso não importa o *quantum* da pena aplicada), deve ser cumprido em penitenciária de segurança máxima ou média (arts. 33, § 1.º, *a*, do CP e 87 da LEP). O trabalho prisional diurno deve ser realizado no interior do estabelecimento penal, em oficinas ou locais especialmente preparados para tal fim.

Excepcionalmente, o trabalho externo é admitido "em *serviços ou obras públicas*", desde que tomadas as cautelas contra eventual fuga (arts. 34, § 3.º, do CP e 36, *caput*, da LEP). Para exercer o trabalho externo, o condenado deverá ter cumprido 1/6 de sua pena. Sua execução, no entanto, torna-se muito difícil e dispendiosa, pois requer o emprego de vigilantes ou guardas em número suficiente para garantir a segurança dos demais trabalhadores e funcionários da obra pública e para evitar possíveis evasões dos presos. Por isso, essa forma de trabalho extramuros praticamente não tem sido utilizada no Brasil.

Além do mais, é preciso ter em mente a realidade socioeconômica brasileira, marcada por uma massa de milhões de desempregados ou subempregados: seria um inconcebível contraste ocupar eventuais postos de trabalho externo com

a mão-de-obra penitenciária, deixando trabalhadores livres, cidadãos que não cometeram nenhum tipo de infração penal, sem emprego.

Por estas e outras razões, entendemos que o trabalho externo torna-se incompatível com a execução da pena em regime fechado e deveria ser admitido apenas nos regimes semi-aberto e aberto. Com isto, estaríamos evitando a possibilidade de nos deparar com cenas degradantes e plastificadas nas figuras de condenados em meio a outros "trabalhadores livres", mas todos trabalhando sob o olhar fiscalizador de agentes penitenciários e sob a mira de fuzis empunhados por guardiões de uma segurança imposta a céu aberto.

Basta lembrar da cena aviltante e atentatória à dignidade humana, veiculada pelos meios de comunicação social, dos condenados do Estado norte-americano do Alabama, quase todos negros e trajando uniforme branco, acorrentados e trabalhando ao longo de rodovias sob a vigilância implacável de guardas armados com fuzis e metralhadoras. Expressão de uma obsessiva cultura da severidade punitiva, que massificou a prisão como instrumento de controle social – a população carcerária dos últimos anos tem atingido a assombrosa cifra de 2 milhões de internos –, a prática de acorrentar condenados para trabalhar em obras externas ao presídio, profundamente repugnante e degradante, não é exclusividade da justiça criminal daquele Estado, mas uma prática comum, lamentavelmente, em outros Estados norte-americanos.

2.2 Trabalho externo como fundamento do regime aberto

Quanto ao regime aberto, a execução da pena "baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado" (art. 36 do CP). O trabalho externo, em atividade pública ou privada desvinculada da administração penitenciária, constitui-se no fundamento dessa forma de cumprimento da pena privativa de liberdade. Na verdade, sem a prestação efetiva de trabalho externo, com liberdade e em condições de igualdade com os demais trabalhadores, desaparece o pressuposto do regime aberto.

Portanto, o trabalho externo é inerente ao regime aberto.

3. Regime semi-aberto e trabalho externo

3.1 Destinatários e estabelecimento penal de cumprimento do regime semi-aberto

Se a pena aplicada for de detenção superior a 4 anos e primário o condenado; se este for reincidente e a pena de detenção, seja qual for o seu *quantum*; se for de reclusão superior a 4 e não superior a 8 anos, desde que não reincidente o condenado, em todos estes casos o regime inicial será o semi-aberto (art. 33, *caput*, e § 2.º, *b*, do CP), que deve ser cumprido em *colônia penal agrícola ou industrial ou estabelecimento similar* (art. 33, § 1.º, *b*, do CP).

Neste regime, o condenado cumpre sua pena sem ficar submetido às regras rigorosas do regime fechado, isto é, sem ficar sujeito ao isolamento penitenciário. Por isso, a *colônia penal* é estabelecimento que não possui dispositivos e equipamentos ostensivos de segurança contra fuga do condenado: grades, muros, cercas, vigilância ostensiva com guardas armados etc. As colônias penais podem ser classificadas como *estabelecimentos penais abertos*, principalmente as agrícolas, onde os condenados trabalham a céu aberto, nos afazeres próprios da agricultura ou da pecuária. As atividades são ali desenvolvidas sem a vigilância ostensiva de funcionários ou guardas. O cumprimento da pena se desenvolve num regime de confiança entre o condenado e o pessoal da administração penitenciária, regime este que deve caracterizar-se como uma categoria intermediária entre o fechado e o aberto. A disciplina prisional deve ser observada pelo condenado sem a necessidade de mecanismos rígidos de controle, como no caso do regime fechado.

"Estando o condenado internado numa colônia penal, o trabalho prisional deve ali ser realizado. Esta é a regra e isto torna prejudicada toda e qualquer discussão a respeito do trabalho externo." No entanto, no caso de inexistência de colônia penal, fato comum na práxis da execução penal brasileira, cabe ressaltar que o regime semi-aberto não pode ser cumprido em penitenciária, que é o esta-

belecimento penal adequado para o cumprimento de pena reclusiva em regime fechado. Tampouco em "pavilhões", "alas" ou espaços anexos de uma penitenciária. Isto também parece não comportar qualquer dúvida.

3.2 Posição do Código Penal sobre o regime semi-aberto e trabalho externo

Ao traçar as regras gerais de direito material sobre o regime semi-aberto, o § 2.º do art. 35 do CP estabelece que o "*trabalho externo é admissível*, bem como a freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior". Verificamos que a norma penal, ao criar o direito, não estabelece qualquer condição objetiva de ordem temporal para o seu exercício pelo condenado. E é regra elementar de hermenêutica que onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete restringir em prejuízo do indivíduo.

Dessa forma, pode-se concluir que o direito penal vigente, levando em consideração os males inevitáveis causados pelo encarceramento, as dificuldades verificadas em nosso País para a construção e manutenção de estabelecimentos penais adequados em conformidade com a lei positiva e, em especial, visando efetivar a *harmônica integração social do condenado*, autoriza o trabalho externo em regime semi-aberto. Quanto a esse direito do condenado não há qualquer divergência na doutrina ou na jurisprudência. A divergência se manifesta apenas no tocante aos requisitos e às hipóteses em que o trabalho externo pode e deve ser autorizado.

3.3 A Lei de Execução Penal e o trabalho externo em regime semi-aberto

Ao fixar as regras para a disciplina do trabalho externo, a Lei de Execução Penal admite esta modalidade laboral para os condenados em regime fechado, "desde que tomadas as cautelas contra a fuga" (art. 36, *caput*). O dispositivo se-

guinte (art. 37) estabelece que o trabalho externo depende de aptidão, disciplina e responsabilidade, "além do cumprimento mínimo de *um sexto da pena*". Uma correta interpretação lógico-sistemática conduz ao entendimento de que estes dois dispositivos são aplicáveis unicamente ao trabalho externo dos condenados em regime fechado. Isto porque, pela natureza mais rigorosa quanto à disciplina prisional e à liberdade de locomoção, a regra nesse regime consiste em se cumprir a pena de forma segregada do meio externo, no interior de um estabelecimento penal dotado de mecanismos ostensivos contra a fuga.

Portanto, no regime fechado, a regra é o trabalho interno e a exceção o trabalho externo ao estabelecimento penal. Conforme assinalamos antes, cremos que o trabalho externo é incompatível ou, ao menos, inviável com o regime fechado.

Quanto ao trabalho externo dos condenados em regime semi-aberto, a Lei de Execução Penal não estabelece qualquer condição ou requisito para o exercício desse direito. Aliás, a Lei de Execução Penal é omissa na disciplina do trabalho externo em regime semi-aberto. Não cremos que o direito contido no art. 36 da LEP seja aplicável, por meio de um oblíquo processo de interpretação, às hipóteses de trabalho externo dos presos em regime semi-aberto. Parece-nos que as regras ali positivadas referem-se exclusivamente aos casos de trabalho externo dos presos em regime fechado e, portanto, não há como serem aplicadas aos presos em regime semi-aberto, que justifica um tratamento menos rigoroso.

Tanto é que, nos artigos já mencionados e nos arts. 122 a 125, que tratam da *saída temporária*, direito este assegurado aos condenados em regime semi-aberto, não há qualquer referência à saída para o exercício de trabalho externo.

Diante da omissão da Lei de Execução, mas tendo-se em vista a norma expressa de direito material (art. 35, § 2.º, do CP), torna-se indiscutível o direito do preso, em regime semi-aberto, ao trabalho externo, direito este que precisa ser judicialmente garantido, para que a justiça seja efetivada em nível de execução penal.

3.4 A doutrina sobre trabalho externo em regime semi-aberto

Diante da taxatividade da norma contida no art. 35, § 2.º, do CP, os doutrinadores têm posição unânime em reconhecer o direito ao trabalho externo pelo condenado em regime semi-aberto (JESUS, Damásio. *Direito penal.* São Paulo: Saraiva, 1991. vol. 1, p. 462; TELES, Ney Moura. *Direito penal.* São Paulo: Atlas, 1998. vol. 2, p. 52. MIRABETE, *Manual de direito penal* – Parte geral. São Paulo: Atlas, 1998. p. 259; COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal* – Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 259; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* – Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 297; LEAL, João José. *Direito penal geral.* São Paulo: Atlas, 1998. p. 333). Em síntese, entendem esses autores que a lei positiva é expressa ao garantir o direito ao trabalho externo pelo condenado em regime semi-aberto.

Por outro lado, há entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o trabalho externo somente pode ser autorizado ao condenado em regime semi-aberto, após o cumprimento de um sexto da pena. A nosso ver a exigência desse requisito só tem sentido e procedência jurídica quando o condenado iniciar a execução da pena em regime fechado e, por mérito, progredir para o regime semi-aberto. Nesta hipótese, o condenado já terá cumprido um sexto da pena e, assim, poderá satisfazer esse requisito objetivo para ser beneficiado com o trabalho externo.

No entanto, se o condenado iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto e preencher os requisitos de ordem subjetiva (boa conduta social, personalidade sensível à função motivadora da norma penal e compatível com o trabalho fora do estabelecimento penal, garantia de trabalho externo lícito e adequado à condição de trabalhador-condenado), *cremos que poderá exercer trabalho externo desde os primeiros dias do processo executório penal*, sem ter de cumprir um sexto da pena. Basta inexistir colônia penal ou vaga neste estabelecimento. A razão é simples: ao cumprir um sexto de sua pena e apresentar mérito prisional, quando o condenado exercitar o seu direito subjetivo já não mais será apenas para

o trabalho externo em regime semi-aberto, mas para a progressão ao regime aberto, bem mais favorável. Portanto, não tem sentido a exigência desse lapso temporal em relação aos condenados em regime semi-aberto.

Vale ressaltar, mais uma vez, que o art. 35, § 2.º, do CP, não estabelece nenhum requisito, seja de ordem objetiva ou subjetiva, para a concessão do trabalho externo no regime semi-aberto. Por sua vez, como o requisito contido no art. 37 da LEP só se refere ao trabalho externo no regime fechado, acreditamos que a exigência desse lapso temporal é inaplicável ao regime semi-aberto. Não nos parece admissível que a norma de conteúdo material, asseguradora de um direito que trata da liberdade, seja inútil, vazia de conteúdo e despida de qualquer aplicabilidade. Além disso, não seria admissível, como a melhor interpretação para a questão em exame, que o disposto no art. 37 da LEP, que é norma procedimental e está inserida numa seção disciplinadora do trabalho externo em regime fechado, prevaleça sobre o disposto no art. 35, § 2.º, do CP, que é norma substantiva. Seria admitir-se uma inversão nos valores da hierarquia normativa consagrada por nosso sistema jurídico.

Em conclusão, cremos que a questão pode ser assim resumida: existindo vaga em Colônia Agrícola ou Industrial ou *estabelecimento similar* (art. 33, § 1.º, *b*, do CP e 91 da LEP), o trabalho no regime semi-aberto deve ser realizado no interior desse estabelecimento penal. *Esta deve ser a regra. Somente em caso excepcional poderia ser justificado o trabalho externo.*

Na hipótese de inexistência de vaga ou da própria colônia penal – o que é muito comum em nosso País –, *cremos que o condenado em regime semi-aberto deve ser autorizado a exercer trabalho externo, sem a necessidade de cumprimento de um sexto da pena.* O que não é admissível é denominar "pavilhões", "espaços anexos" ou "alas" de penitenciárias com o rótulo oficial de colônia penal agrícola ou industrial, para ali improvisar um espaço penal destinado aos condenados em regime semiaberto. Lamentavelmente, é o que vem ocorrendo em muitos Estados brasileiros, o que representa um verdadeiro "desvio de execução" (art. 185 da LEP), institucionalizado com a chancela de muitos juízes da execução penal.

4. Jurisprudência e o trabalho externo em regime semi-aberto com cumprimento de um sexto da pena

Os tribunais convergem no sentido de admitir o direito ao trabalho externo em favor do condenado em regime semi-aberto. A divergência limita-se unicamente à questão do requisito temporal de cumprimento mínimo de um sexto da pena. Algumas decisões fixaram-se na necessidade deste requisito de ordem objetiva – entre outros de natureza objetiva ou subjetiva (condições de trabalho no estabelecimento, oportunidade de trabalho externo, circunstâncias judiciais favoráveis etc.) – para a concessão dessa modalidade laboral mais benéfica.

No entanto, já verificamos que a exigência de cumprimento de um sexto da pena somente tem lógica e revela-se justo para os condenados que iniciam o cumprimento da pena em regime fechado e, apresentando mérito prisional, progridem para o regime semi-aberto. Parece claro que somente tem sentido a exigência de cumprimento de um sexto da pena se for computado para esse fim o tempo cumprido no regime anterior.

Para a jurisprudência, esse requisito de ordem temporal pode ser cumprido no regime fechado, de tal modo que, quando o condenado chegar ao regime semi-aberto, já tenha direito ao trabalho externo, desde o início. A esse respeito vale consultar as seguintes decisões: STJ: RHC 1.857-RJ, 5.ª T., rel. Min. Cid Scartezzini, *DJU* 16.12.1991, p. 185; do TJRS: *RJTJRS* 195/68.

Consolidando esse pensamento pretoriano, o STJ firmou posição sumular assim enunciada: "Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado" (Súm. 40).

Essa posição pretoriana sobre a matéria é válida, mas não resolve o nó da questão. Afinal, se o condenado inicia o cumprimento da pena em regime semi-aberto, deve cumprir um sexto da pena para ter direito ao trabalho externo?

5. Jurisprudência e o trabalho externo em regime semi-aberto sem o cumprimento de um sexto da pena

A boa lógica jurídica aponta no sentido de que, se o condenado iniciar o cumprimento de sua pena em regime semi-aberto e preencher os requisitos de ordem subjetiva (boa conduta social, personalidade sensível à função motivadora da norma penal e compatível com o trabalho fora do estabelecimento penal, garantia de trabalho externo lícito e adequado à condição de trabalhador-condenado), poderá exercer trabalho externo desde os primeiros dias do processo executório penal. A condição fundamental para que seja assegurado este direito ao condenado é a inexistência de colônia penal ou falta de vaga neste estabelecimento legalmente indicado para a execução da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto. Se assim não for, conforme já nos já manifestamos antes, "inútil e desnecessária seria a norma contida no art. 35, § 2.º, do CP, pois a exigir-se o cumprimento de um sexto da pena, nesse momento da execução penal, o condenado já terá adquirido o direito à progressão para o regime aberto".

Havendo estabelecimento adequado e a necessária vaga, além da oportunidade de exercício de trabalho interno, é lógico que não há qualquer sentido em se falar de direito ao trabalho externo.

Fundamentando-se nos princípios orientadores da função preventiva e reabilitadora da pena criminal e superando essa aparente antinomia entre os arts. 35, § 2.º, do CP e 37 da LEP, os tribunais têm admitido o direito ao trabalho externo aos condenados que iniciam a execução em regime semi-aberto, sem necessidade de cumprimento de um sexto da pena. São decisões que poderíamos classificá-las como pontuais, mas que parecem apontar para a consolidação de uma posição sobre a matéria. A seguir estão relacionadas algumas decisões que consagram essa orientação jurisprudencial.

Da lavra do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, como relator, temos o entendimento que "a execução da pena no regime inicial, *semi-aberto*, confere ao

condenado o direito de conviver em sociedade, como no *trabalho externo*" (RHC 649-RJ, *DJU* 27.05.1991, p. 6.974).

Decidindo matéria semelhante, a 5.ª T. do STJ, sendo relator o Min. Gilson Dipp, firmou posição no sentido de que "admite-se o trabalho externo a condenado ao regime semi-aberto, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena, em função das condições favoráveis verificadas" (HC 11.845-RS, *DJU* 10.04.2000, p. 105). Do mesmo tribunal e relator, merece referência a decisão que admitiu o trabalho externo a condenado ao regime semi-aberto, *sem exigência do cumprimento de um sexto da pena*, diante das condições pessoais favoráveis e do "critério de razoabilidade que sempre se faz necessário na adaptação das normas de execução à realidade social e à sua própria finalidade" (STJ, 5.ª T., rel. Gilson Dipp – HC 8.725-RS, *DJU* 28.06.1999, p. 130). Dessa mesma Corte Superior, ver ainda decisões tomadas no REsp 182.467-DF, *DJU* 05.06.2000, p. 190 e no RHC 9.347-RJ, 5.ª T., rel. Min. Felix Fischer, *DJU* 08.03.2000, p. 133.

Entendimento semelhante tem sido adotado por tribunais estaduais, valendo ser referidas as seguintes: "A autorização para trabalho externo a sentenciado a regime semi-aberto não equivale a concessão transversa de prisão-albergue. Assim preenchidas as condições subjetivas previstas no art. 37 (aptidão, disciplina e responsabilidade), da Lei 7.210/84, deve ser concedido o benefício" (TACrimSP: *RT* 634/310). "O trabalho externo é admissível em favor do sentenciado no regime semi-aberto, *não se lhe exigindo o cumprimento mínimo de 1/6 da pena imposta*" (TJAC: *RT* 776/621). O TJRS também já decidiu que o trabalho externo no regime semi-aberto *não está condicionado ao requisito temporal de cumprimento de um sexto da pena* (*RJTJRS* 157/86 e151/90).

Finalmente, vale ressaltar também o teor da decisão proferida pela 2.ª Câm. Crim. do TJSC, em data de 08.05.2001, que, apesar de precedente em contrário daquela Corte de Justiça, deferiu o direito ao trabalho externo a condenado por homicídio simples, *mesmo sem o cumprimento de um sexto da pena* (Recurso de Agravo 00.018428-4). Com a nova posição jurisprudencial, o tribunal reconhe-

ceu a prevalência da norma de direito material positivada no § 2.º do art. 35 do CP, sobre aquela prevista no art. 37 da LEP, que é regra meramente processual. Assumiu também o compromisso claro com o princípio da harmônica integração social do condenado, previsto no art. 1.º da LEP.

6. Considerações finais

Do estudo que realizamos sobre a obrigatoriedade do trabalho prisional e, de forma mais específica, sobre as regras jurídicas que disciplinam o trabalho externo no regime semi-aberto, chegamos a algumas conclusões que a seguir serão destacadas.

1. As normas contidas no CP (arts. 34, § 1.º, 35, § 1.º, e 36, § 1.º, do CP) e na LEP (art. 28), estabelecendo a obrigatoriedade do trabalho prisional, nos regimes fechado, semi-aberto e aberto, estão em consonância com recomendação contida nas regras mínimas para o tratamento do presidiário, aprovadas pela ONU.

2. Essas normas foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 e, portanto, não contrariam princípios ali consagrados: individualização da pena; dignidade da pessoa humana; liberdade de escolha de profissão, ofício ou atividade, entre outros. Na verdade, as normas que obrigam ao trabalho prisional podem ser consideradas como a expressão das normas constitucionais que consagram o "valor social do trabalho" e o trabalho "como primado da ordem social".

3. Essas normas se identificam, também, com a legislação penitenciária da maioria das nações contemporâneas e representam o compromisso ético-político com a adoção, no plano do direito interno, das Regras Mínimas para o Tratamento do Presidiário (art. 71, 2). Por isso, podemos afirmar que a norma que estabelece a obrigatoriedade jurídica ao trabalho prisional, além de se encontrar alicerçada em princípios constitucionais, repousa numa autêntica fonte material de direito internacional.

4. Cremos que o trabalho prisional é um componente indissociável do processo de execução material da pena privativa de liberdade e sua obrigatoriedade decorre do dever maior de o condenado se submeter ao cumprimento da própria sanção e ao regime disciplinar que lhe é inerente.

5. O trabalho externo, pelas condições em que necessariamente se desenvolve, é incompatível com o cumprimento da pena em regime fechado. O Estado tem o dever de criar as condições materiais necessárias para oferecer ao preso a oportunidade de adequado exercício de trabalho no interior da penitenciária. Este é o preço político-jurídico a ser pago pela adoção do sistema penitenciário progressivo.

6. O trabalho externo, no entanto, é essencial ao regime aberto. Sem a garantia de exercício de trabalho externo, nas mesmas condições dos demais trabalhadores, não há que se falar em regime aberto.

7. No regime semi-aberto, pressupondo-se a existência de estabelecimento penal adequado – colônia penal –, o trabalho interno deve ser a regra. No entanto, o trabalho externo não só é legalmente admissível (art. 35, § 2.º, do CP), como perfeitamente compatível com este regime penitenciário, haja vista em regra o perfil favorável de seus condenados.

8. A Lei de Execução Penal, no entanto, só se refere expressamente ao trabalho externo no regime fechado, admitindo-o de forma excepcional e sujeito a determinadas condições e requisitos (arts. 36 e 37). Um desses requisitos é o que exige o cumprimento mínimo de um sexto da pena.

9. Parte da doutrina e da jurisprudência entende que, também no regime semi-aberto, o trabalho externo só será admissível se o condenado cumprir um sexto da pena. Cremos que a exigência desse requisito de ordem temporal somente se justifica se o condenado progredir do regime fechado para o semi-aberto.

10. O condenado em regime semi-aberto deve cumprir a pena em "colônia penal agrícola ou industrial *ou estabelecimento similar*". Este é mandamento

contido na norma legal. "Estabelecimento similar", no entanto, não deve ser sinônimo de "pavilhão", "ala" ou "espaço" anexo de uma penitenciária ou de cadeia pública.

11. A nosso ver, o condenado que iniciar o cumprimento de sua pena em regime semi-aberto poderá exercer trabalho externo sem o cumprimento de um sexto da pena. Para tanto, basta inexistir colônia penal ou vaga nesse estabelecimento. Embora a doutrina consultada seja omissa sobre a matéria, as decisões dos tribunais parecem se encaminhar para consolidar esse entendimento.

12. O cumprimento de pena em regime semi-aberto que não seja colônia penal ou estabelecimento penal rigorosamente semelhante constitui *desvio de execução* e atenta contra o princípio da individualização da pena. Em conseqüência, deve ser evitado pelos operadores jurídicos que atuam na área da execução penal.

A atuação criminal do Ministério Público: entre a tradição e a efetividade

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves
Procurador da República em São Paulo.
Mestre e Doutorando em Direito Constitucional
pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Sumário: 1. Apresentação – 2. A Constituição Federal e a legitimação das sanções penais – 3. Os Poderes da República e a aplicação das sanções penais: 3.1 O Poder Legislativo; 3.2 O Poder Judiciário; 3.3 O Poder Executivo – 4. Momentos da atuação criminal do Ministério Público: 4.1 A prevenção; 4.2 A atuação fiscalizatória do Ministério Público; 4.3 A atuação repressiva do Ministério Público: 4.3.1 A polícia judiciária e o inquérito policial; 4.3.2 A atuação e estruturação em face do Poder Judiciário – 5. Inovações são possíveis – 6. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: O texto analisa a forma como a Constituição deu novos contornos à instituição do Ministério Público, aprofundando-se, especificamente, na atuação criminal, analisada em todos os seus aspectos.

Palavras-chave: Ministério Público – Constituição – Ação penal – Atuação preventiva e repressiva.

1. Apresentação

É comum a assertiva de que a história do Ministério Público brasileiro se divide em duas partes: *antes* da Constituição Federal de 1988 e *depois*. Esta partição tem, porém, algo de inexato, do mesmo modo que todos os marcos do sur-

gimento de eras novas também têm. A Constituição não se destacou pela "invenção" de atribuições e prerrogativas para o Ministério Público, embora isto tenha também ocorrido,[1] mas por acolher itens já previstos na legislação ordinária ou práticas já consagradas, dando-lhes sua proteção. A lei da ação civil pública, por exemplo, que concedeu ao Ministério Público a possibilidade de promover a tutela de interesses coletivos e difusos, é de 1985.

Entretanto, é inegável que, do ponto de vista *simbólico*, a Constituição de 1988 representou este marco divisor. Do artigo e meio[2] que lhe dedicava a Constituição de 1969,[3] foi o Ministério Público guindado à função essencial à administração da justiça, com garantias e vedações parelhas com as dos juízes. A proibição de representar em juízo os interesses dos entes estatais, bem como, para seus novos membros, de exercer a advocacia, trouxe uma lapidação de seu perfil institucional. Por fim, a constitucionalização de suas atribuições – sem prejuízo de outras, compatíveis, que poderão ser atribuídas por lei[4] – implicou transformar o *Parquet* em ator essencial ao Estado Democrático de Direito no Brasil, como, de resto, explicita o art. 127: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

1. A privatividade da ação penal é um exemplo, posto que existia antes o chamado procedimento "judicialiforme", que permitia aos juízes ou delegados de polícia dar início à ação penal pela prática de contravenções penais (conforme art. 531 do CPC).

2. Na verdade, três artigos, os de n. 94, 95 e 96. A organização da instituição era remetida a lei complementar, de iniciativa do Presidente da República. O próprio texto constitucional definia apenas a regra de indicação do Procurador-Geral da República, fixava o ingresso nos cargos iniciais através de concurso público e definia a estabilidade, após dois anos de exercício, permitida a demissão apenas por sentença judiciária ou através de processo administrativo, assegurada a ampla defesa. Não havia inamovibilidade: o Procurador-Geral poderia remover os membros, por conveniência do serviço.

3. Entendemos que a Constituição de 1969 não foi uma simples *emenda* à Constituição de 1967, mas texto novo.

4. A ressalva constitucional que permite à lei conceder novas atribuições ao Ministério Público apenas se estas forem "compatíveis" é um dos argumentos pelos quais se defende que, em mandados de segurança, o texto do art. 10 da Lei 1.533/51 não pode obrigar o órgão ministerial a dar um "parecer" sobre a controvérsia, exceto se esta se referir a interesses sociais ou individuais indisponíveis.

É verdadeiro, por igual, que depois de 1988 o Ministério Público – em todas as esferas federativas – tornou-se mais atuante do que em qualquer período anterior da história do País. Poucas atividades da vida social se viram fora de sua presença, ora protetiva, ora fiscalizatória, ora repressiva. O feixe de garantias constitucionais e a firmeza de atuação deram ao Ministério Público prestígio ímpar perante a sociedade civil e, também, inconformismos. Há ocasiões em que se acusa a instituição de ser, ou pior, de arvorar-se, em "quarto poder".[5]

Significativa parte deste labor e prestígio vieram da atuação em causas cíveis. Eles foram suficientes para superar a antiga e imediata identificação dos órgãos ministeriais como promotores da ação penal. Se a atuação cível era feita de forma residual, o manejo das ações civis públicas e de improbidade explorou terra nova, evitando condutas socialmente lesivas e responsabilizando seus autores, pessoas físicas e jurídicas, incluídas, entre estas os entes estatais.

Ronaldo Porto Macedo Júnior dá conta deste novo perfil do Ministério Público em matéria cível e diz que: "(...) o resultado de sua atuação deixava de ser sentido apenas para as partes de um processo envolvendo interesses individuais, como em regra ocorria na maioria dos casos em que atuava como *custos legis*, e passava a ser sentido diretamente pela sociedade. Por meio dos inúmeros inquéritos civis e ações civis públicas passava-se a questionar uma série de práticas de extrema relevância envolvendo grandes interesses econômicos de grupos privados e também do próprio Estado. A atuação ministerial passava a afetar diretamente uma série de políticas públicas e direitos sociais".[6]

O sucesso desta atuação ministerial pode ser auferido – *a contrario senso* – pela edição de leis como a de n. 9.494/97, que restringiu a eficácia da sentença

5. Como se a complexa estruturação das sociedades atuais pudesse ser explicada simplesmente acrescentando novos "poderes" àqueles já divisados por Montesquieu, sem perquirir, ao contrário do que faz Loewenstein (*Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1983), se a teoria toda ainda encontra suporte. Ademais, estranho seria este "poder" que mais promove e requer do que requisita.

6. *Ministério Público II* – Democracia. São Paulo: Atlas, p. 109.

proferida nas ações civis públicas para os limites de competência do órgão prolator e pela recente Lei 10.628/2002, que concede, a despeito de previsão constitucional, foro por prerrogativa de função também para aqueles que vierem a ser responsabilizados em ações de improbidade (Lei 8.429/92). Quando menos, o Ministério Público incomodou o *status quo*, levando seus arautos a modificações corretivas da lei.

Vários fatores ajudam a explicar esses bons resultados. São apontados a seguir alguns que apresentam maior pertinência com o escopo deste trabalho. O primeiro deles é a consolidação do conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, superando a vetusta classificação dos interesses como meramente públicos ou privados. Intérpretes qualificados das demandas sociais que se apresentam nesta sorte de interesses, os órgãos do Ministério Público puderam contribuir diretamente para seu respeito e efetividade.

Outro fator é que, nesta atuação, por muitas vezes se pôde prescindir da condução da demanda até o Poder Judiciário, resolvendo-se controvérsias através de instrumentos como as recomendações e os compromissos de ajustamento, trazidos pelo art. 5.º, § 6.º, da Lei da Ação Civil Pública. Esta possibilidade em nada diminuiu a garantia do acesso ao Judiciário, diante de lesão ou ameaça a direito, mas permitiu que soluções compromissórias e comparativamente mais rápidas fossem adotadas para a proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Sem qualquer pretensão de enumeração conclusiva, é possível observar que, nesta área temática cível, o Ministério Público pôde granjear, por igual, maior interação com a sociedade civil, como associações de defesa do consumidor e do meio ambiente, organizações não-governamentais de assuntos variados, entidades de classe e sindicatos.

O último fator que se pretende apontar aqui (embora, na realidade, sejam muitos) é a postura inovadora e criativa, adotada pelos órgãos ministeriais quando da tutela de interesses coletivos e difusos, construída menos a partir de fórmu-

las rígidas e mais a partir dos problemas postos diante da atuação ministerial. Sem um modo *tradicional* de fazer as coisas, esta ênfase na *solução dos problemas* se colocou como poderoso auxílio à efetividade da atuação ministerial.

Quando, entretanto, a Constituição relacionou as atribuições do Ministério Público, pôs, já no primeiro inciso do art. 129, a de "promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei". Foi esta atuação, vinculada historicamente ao próprio surgimento do Ministério Público, a primeira a ser lembrada e a única para a qual se assinou a característica da privatividade.

Sem embargo, se é essa atuação criminal que pode ensejar a maior interferência estatal na liberdade e na propriedade individual, ao lado de ser a mais tradicional função cominada ao Ministério Público, é ela que, aparentemente, menos ganhou com os influxos da Constituição de 1988. A sensação da *impunidade*, a despeito do uso que tantas vezes é feito pela mídia sensacionalista, encontra suporte na verificação de que as sanções penais parecem ter, quando de sua aplicação, uma clara preferência pelas classes sociais desfavorecidas.

O escopo deste breve estudo é perquirir se, de alguma maneira, o fato de ser a atribuição mais antiga confiada ao Ministério Público e, portanto, *tradicional*, contribui para uma menor *efetividade* desta atuação criminal e se alguns dos instrumentos usualmente empregados na atuação *cível* poderiam ter lugar, também, na atuação *criminal*.

Por *atuação tradicional* se pretende afirmar não só sua antigüidade, mas, em especial, sua metodologia, a forma de organização das atividades ministeriais que a ampara, a relação do Ministério Público com as entidades governamentais – entre elas a polícia – e o sistema normativo que a conduz.

Por *efetividade* se entende o resultado útil desta atuação, no sentido de prevenir a ocorrência de crimes, aplicar aos seus autores e partícipes as sanções previstas em lei e contribuir para firmar, no corpo social, o conceito de que as condutas conforme o direito é que devem reger a sociedade (prevenção geral positiva).

Não se confunde efetividade, portanto, com a política de utilização indiscriminada, desproporcional ou meramente simbólica das sanções penais, como panacéia para problemas sociais os mais diversos, ora chamada, de forma crítica, de *direito penal máximo*. A efetividade das sanções penais é pensada nos marcos do Estado Democrático de Direito trazido pela Constituição Federal de 1988, com todas as garantias individuais e limitações à atuação dos poderes públicos.

A nota marcante dessa efetividade, porém, é que não se pode pretender que a *impunidade*, ou o *tratamento favorecido dos crimes praticados predominantemente por determinadas classes sociais* ou a *omissão do Estado na aplicação da lei penal* encontrem sede constitucional.

Há diferenças, nestes tópicos de análise, entre o Ministério Público Federal e o dos Estados, e entre estes. São diferenças de história, composição, matéria e *tradição*. Sem embargo, não são de molde a impedir o reconhecimento de problemas comuns. A situação especificamente versada neste estudo – *tradição* e *efetividade* – é daquelas nas quais as variações entre os ramos do *Parquet* não são significantes, embora, algumas vezes, se apontem soluções melhores ou piores já adotadas por um ou alguns deles.

Adverte-se que não se trata de estudo empírico ou sociológico, informado por dados estatísticos relativos à aplicação da lei penal. Sem desmerecer a importância que um estudo desta natureza teria para confirmar ou não a *hipótese* aqui adotada – a de que esta efetividade é baixa – o escopo do presente estudo é mais modesto.

Trata-se de perquirir, apesar das inúmeras dificuldades, inclusive legais, se sopros de inovação – como uma atuação centrada na resolução de problemas – poderiam contribuir para conseguir melhores resultados na atuação ministerial em matéria penal.

A busca pela eficácia das sanções penais se coloca como um dos desafios centrais para a construção do Estado Democrático de Direito no País. Quando o

Estado não consegue aplicar a lei, a sensação de insegurança, por um lado, e por outro, a sensação da impunidade contribuem para a imposição da *lei do mais forte* ou, no outro extremo, para a realização da *justiça com as próprias mãos*. Nenhuma destas situações contribui para a construção de uma sociedade igualitária, justa e respeitadora dos direitos fundamentais.

2. A Constituição Federal e a legitimação das sanções penais

Cabe inicialmente verificar se esta atuação criminal encontra – e em qual medida – proteção constitucional. Diante de doutrinas penalísticas como o *abolicionismo penal*, exemplo da chamada *crise de legitimidade do direito penal*, importa verificar se o pretendido aumento da efetividade ministerial na atuação criminal realiza ou se divorcia da Constituição.

Poucas cartas constitucionais têm, como a nossa, tantos *mandados de criminalização*. Francesco C. Palazzo, comparando as Constituições da Alemanha, Itália e Espanha, atribui a esta última o uso mais significativo do que chama de "cláusulas expressas de criminalização (*Verfassungsrechtliche Pönalisierungsgebote*), apontando a seguir a existência de *três cláusulas explícitas*: "(...) a primeira, relativa à tutela do ambiente natural (art. 45/3); a segunda, à tutela do patrimônio histórico, cultural e artístico dos povos da Espanha; a terceira, concernente a abusos, por parte de órgãos públicos, quanto aos poderes de suspensão de determinados direitos fundamentais (...)".[7]

Nossa Carta Constitucional foi muito mais longe e trouxe uma quantidade muito maior de cláusulas expressas de criminalização. A lei deverá, nos termos da Constituição, prever a punição de discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5.º, XLI), da tortura, do tráfico ilícito

7. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 103-104.

de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo, dos crimes hediondos (art. 5.º, XLIII), da retenção dolosa de salários (art. 7.º, X), da usura (art. 192, § 3.º), de condutas contra o meio ambiente (225, § 3.º) e de abusos, violência e exploração contra a criança e o adolescente (art. 227 § 4.º). Outras vezes, ainda como mandados de criminalização, mas oferecendo quase que um *início de descrição típica*, nossa Carta Maior fala nos crimes de racismo e na ação de grupos armados, civis ou militares, contra a Ordem Constitucional e o Estado Democrático (art. 5.º, XLII e XLI).

Deste modo, a *crise de legitimidade* do direito penal como instrumento de controle social encontra, no Brasil, superação pela positivação constitucional das sanções penais como instrumento de preservação de direitos e liberdades fundamentais.[8]

3. Os Poderes da República e a aplicação das sanções penais

3.1 O Poder Legislativo

Não seria adequado estudar a postura do Ministério Público no ângulo proposto – *tradição* e *efetividade* – sem mencionar os limites externos para sua atuação, ou seja, condicionamentos vindos dos Poderes da República, que podem favorecer ou desfavorecer a efetividade de sua atuação. Há muito que, simplesmente, não depende de uma nova postura administrativa ou ideológica do *Parquet*, mas de providências advindas de outras instituições.

A lei, por exemplo, é um parâmetro inafastável, desde que constitucional. Só a lei define crimes e penas. Ademais, o Ministério Público, como toda atividade administrativa, está jungido aos limites da lei e entre suas principais funções está justamente zelar pelo seu cumprimento.

8. A este respeito, em sentido divergente, o trabalho de Janaína C. Paschoal, *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*, São Paulo: RT, 2003.

Impende, em primeiro lugar, afirmar que os *mandados de criminalização* não podem ser ignorados pelo Poder Legislativo, sob pena de omissão inconstitucional. Foi a situação, por exemplo, do crime de tortura, cuja definição típica demorou quase dez anos após a edição da Carta Política, até o surgimento da Lei 9.455/97. É a situação – que persiste – do terrorismo e da ação de grupos armados civis e militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático – pois insuficiente e incompatível com a nova ordem constitucional a Lei 7.170/83, cognominada "Lei de Segurança Nacional" – e com as discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, apenas parcialmente regradas por leis como a do abuso de autoridade (Lei 4.898/65) e dos crimes resultantes de raça e cor (Lei 7.716/89).

Quanto às leis editadas, a confusa, não-seqüencial e não-sistemática atuação do legislador em matéria penal dificulta apontar qualquer sentido ou objetivo geral em sua obra. Há leis que trouxeram importantes inovações, ferindo dogmas e tradições. Este foi o caso da Lei 9.099/95, que ao oferecer tratamento diferenciado para infrações de menor potencial ofensivo, mitigou o tradicional princípio da obrigatoriedade da ação penal, deu relevo para a composição dos prejuízos da vítima e indicou um trâmite processual expedito. Entretanto, faltou, a seguir, readequação das penas de crimes previstos no Código Penal ou nas leis esparsas que, embora se subsumissem aos critérios de admissibilidade dos juizados especiais criminais (pena não superior a um ano de privação da liberdade, por exemplo) não poderiam ser considerados de *menor potencial ofensivo*.[9] O que se descobriu, entretanto, é que esta lei contribuiu para uma melhor aplicação da lei penal para aqueles crimes, diminuindo as "cifras negras" e contribuindo, destarte, para a efetividade da aplicação das sanções penais.

9. Como justificar que os crimes de abuso de autoridade, previstos na Lei 4.898/65, tenham como pena máxima seis meses de detenção? Ou que a forma básica do crime de maus-tratos tenha pena não excedente de 1 ano? Esta providência, de rever as penas para assegurar que exista *proporcionalidade* entre as sanções e a lesividade das condutas, teve sua urgência ressaltada pela Lei 10.259/2001, que trouxe um ainda mais favorável conceito de infração de menor potencial ofensivo (crimes cujas penas não superem dois anos). Entendemos que esse critério destoa dos limites da auto-

Diferente situação se desenha com a miríade de leis *ad hoc*,[10] que concedem, por exemplo, parcelamentos e benesses em relação aos crimes contra a ordem tributária, dificultando sobremaneira a *prevenção geral positiva* que justifica as sanções penais. Por que agir conforme o direito se, mais ali adiante, uma lei concederá uma anistia, uma nova hipótese de extinção da punibilidade ou uma sanção brandíssima?

Aqui é a lei, e não qualquer atuação ou omissão do Ministério Público, que implica redução da efetividade das sanções penais.

Idênticos problemas encontramos em diplomas antigos e, em muitos aspectos, já desatualizados, como o Código de Processo Penal, cujas normas mostram-se pouco confortáveis diante da nova criminalidade organizada e financeira. Basta analisar as regras relativas à concessão de fiança e os requisitos para a concessão da liberdade provisória para se alcançar que os crimes que se teve em mente quando da edição do Código não guardam similitude com o tráfico internacional de drogas, a lavagem de dinheiro, os crimes contra a ordem tributária e o sistema financeiro nacional.

O que dizer diante da plêiade de recursos que contribuem não para a ampla defesa, mas para a não-aplicação da lei penal? Embora se refira à "velha criminalidade", o *protesto por novo júri* exemplifica bem esta situação.

rização constitucional, que exige um mínimo respeito ao conteúdo semântico da expressão "menor potencial ofensivo". Como considerar a fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança como infração de menor potencial ofensivo? Nestas hipóteses, a aplicação das Leis 9.099/95 ou 10.259/2001 conduziria a uma situação de inconstitucionalidade. Cabível, destarte, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, para evitar a aplicação destas leis a crimes que não podem, por nenhum critério de razoabilidade, serem considerados de menor potencial ofensivo.

10. A Lei 9.964/2000, que instituiu o Programa Refis, é um exemplo acabado do problema, não tanto pelo longo parcelamento que ofereceu, indistintamente, a inadimplentes e sonegadores do Fisco, mas pela "suspensão da pretensão punitiva estatal" em relação aos crimes contra a ordem tributária e a possibilidade de extinção da punibilidade, depois que o longo parcelamento – se quitado, felizmente – chegar ao fim. Recentemente, a Lei 10.684, de 30.05.2003, apelidada de "Refis II", ofereceu tratamento ainda mais favorável.

Existem leis complementares especificamente voltadas para a regulação do funcionamento dos ramos do Ministério Público, atendendo ao disposto no art. 128, § 5.º, da Constituição: "Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público (...)". Em razão disto se editou, no âmbito federal, a LC 75, de 1993, a Lei Orgânica do Ministério Público da União.

Por sua vez, o art. 61, II, *d*, da Constituição fixa, como de iniciativa privativa do Presidente da República, a edição de lei sobre "organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios", o que se fez com a Lei 8.625/93.

O cotejo entre as leis anteriormente mencionadas ora aponta soluções mais avançadas numa, ora noutra. A LC 75/93 regula o controle externo da atividade policial e oferece catálogo de prerrogativas para a atuação funcional dos órgãos do Ministério Público um pouco mais dilargado do que o da Lei 8.625, por incluir acesso incondicional a bancos de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública e vedar, por parte de qualquer autoridade, exceção de sigilo (de informações, registros, dados ou documentos). Por sua vez, a Lei 8.625/93 trouxe a previsão dos Centros de Apoio Operacional, ausentes na LC 75/93 e que relevantes serviços têm prestado aos Ministérios Públicos Estaduais.

3.2 O Poder Judiciário

É cediço que, para a imposição das sanções penais, imprescindível se faz o acesso ao Poder Judiciário, pois ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. A atuação judiciária se caracteriza, entretanto, pela *inércia*,[11] ou seja, pela necessidade de provocação dos jurisdicionados, re-

11. Em sentido contrário, a opinião de Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, para quem "a partir do momento em que a Constituição de 1988 conferiu ao juiz os poderes de determinar, com

quisito essencial para a *imparcialidade* das decisões. Estas características fulminam, a nosso ver, tratativas no sentido da instauração em nosso País de um *juizado de instrução*, em moldes europeus.

Desta forma, ao contrário do que ocorre com medidas de tipo cível, que podem ser objeto de composição extrajudicial, as sanções penais só podem ser implementadas com recurso ao Poder Judiciário.

Não há de esperar, evidentemente, que este Poder se comprometa, de qualquer maneira, com políticas cujo objetivo seja aumentar a efetividade de sanções penais. Não se espera do Judiciário qualquer engajamento temático, como seria, por exemplo, o da *luta contra o crime*. Isto não lhe cabe: implicaria inconstitucional parcialidade e prejudicaria seu papel de guardião de direitos. Outrossim, no exercício de sua função típica de dirimir controvérsias (como a da sociedade em face do acusado), o Poder Judiciário pode comprometer a efetividade das sanções penais se se rende à *morosidade*, se não se organiza adequadamente do ponto de vista administrativo, se não oferece treinamento a seus magistrados e funcionários, se não busca a eficiência ou não se compromete com os objetivos fundamentais de nossa República.

O Ministério Público se coloca, ao menos em relação a varas criminais, como o maior *cliente* do Poder Judiciário e não há qualquer ferimento à sua imparcialidade se sua organização administrativa levar em consideração especificidades da atuação ministerial. Se seu principal cliente vai às compras de automóvel, não age contra seus interesses ou características o comerciante que proporciona um bom espaço para o estacionamento.

3.3 O Poder Executivo

A efetivação administrativa do *jus puniendi* estatal é confiada a órgãos diversos, que integram o Poder Executivo. Entre eles, a polícia e o Ministério Pú-

exclusividade, as medidas restritivas de direitos e liberdades no processo penal, abandonou, completamente, o dogma da inércia da jurisdição". *Igualdade no direito processual penal brasileiro*, p. 130-131.

blico.[12] É o chamado *sistema acusatório*, embora nossa legislação, como se demonstrará, reserve grande espaço para a atuação judiciária.

Ao lado do Ministério Público, apenas o acusador privado. A este, porém, a Constituição previu apenas a possibilidade de atuação subsidiária – ao menos nas ações penais públicas. Do Ministério Público falar-se-á em seguida. Agora importa verificar como outras instâncias administrativas colaboram, ou não, para a efetividade da sanção penal.

Da miríade de exemplificações que poderiam ser feitas, selecionamos duas. A primeira é a estruturação da polícia preventiva e da polícia judiciária. De há muito se requer que a polícia tenha recursos humanos e materiais para o exercício de suas funções, bem como um treinamento que a habilite para exercer eficientemente seu papel de prevenção ou apuração de crimes, respeitando, ao mesmo tempo, os direitos fundamentais de todos. Sem embargo do papel que se atribua ao Ministério Público para, em certos casos, dispensar a atuação da polícia – e dos inquéritos policiais – e agir diretamente, isto não implica substituição da função policial. Investigações mal conduzidas são um poderoso inimigo da eficácia na aplicação das sanções penais e um incentivo às *cifras negras*. Carreiras mal remuneradas ou estruturadas são um incentivo para corrupções e ilegalidades.

O segundo exemplo é atinente ao papel do Poder Executivo de construir e manter estabelecimentos prisionais adequados. *Adequação*, aqui, significa respeito aos termos da Constituição e das leis, em questões como a da *suficiência*, da *diversidade* (estabelecimentos para os diversos regimes prisionais, por exemplo), do *respeito aos direitos dos presos*, da *segurança* e da preparação para a liberdade.

A ausência de instalações deste tipo em quantidade suficiente e condições condignas, ao contrário do que sustenta uma certa visão sensacionalista, contri-

12. Integrante, portanto, do Poder Executivo e não "quarto" ou "quinto" poder. O estabelecimento das garantias constitucionais, como a autonomia financeira e funcional, e mesmo sua caracterização como "função essencial à Justiça", reforçam esta pertinência, ainda que nas lindes de uma divisão das funções estatais mais intrincada do que a preconizada por Montesquieu.

bui para a impunidade. Deixa-se, tantas vezes, de fixar uma pena privativa de liberdade em razão das condições destes cárceres.

Estas meras referências a atuações dos poderes da República servem para situar o espaço dentro do qual a discussão do tema proposto – *tradição e efetividade* – se reporta estritamente ao Ministério Público. Indicam o que *não* está em sua alçada fazer. O *Parquet*, malgrado a pecha de "quarto poder", não edita leis, não comina sanções, não chefia as polícias, não constrói ou mantém estabelecimentos prisionais, não responde pela administração ou pelas políticas públicas. Não é poder. A garantia da autonomia financeira e administrativa não lhe confere esta condição.

Entretanto, não sendo poder, cabe-lhe a função de *fiscalizar o poder*. Esta fiscalização se dá em todos os ramos de sua atuação, inclusive na área criminal, que não se limita à promoção da ação penal, ou ao controle externo da atividade policial.

4. Momentos da atuação criminal do Ministério Público

É comum imaginar-se que a atuação ministerial em matéria criminal ocorre sempre *após o cometimento das infrações penais*. Seria, portanto, uma atuação no sentido repressivo. Todavia, a evitação dos crimes não pode ser confiada apenas à polícia preventiva, nem se coloca exclusivamente como problema de segurança pública. Tampouco pode ser indicada apenas como uma característica do chamado *poder de polícia*, que, em maior ou menor grau, é competência administrativa genérica. Ao contrário, temos a evitação de crimes como *função institucional do Ministério Público*. Destarte, incumbem ao Ministério Público na área criminal tarefas de *prevenção* de infrações penais, *fiscalização* dos demais órgãos estatais vinculados ao exercício do direito de punir estatal e de *promoção* (da ação penal).

4.1 A prevenção

A prática de crimes não pode ser considerada como forma de lesão exclusiva de direitos individuais. Bem ao contrário, para além dos chamados "crimes

vagos", já conhecidos pela doutrina penalística como aqueles que têm a coletividade como vítima, os crimes lesionam ou expõem a risco itens como a vida, a segurança, a tranqüilidade, a liberdade de ir e vir, a liberdade de empresa, o bem-estar e a paz social, implicando, destarte, a lesão a direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos. Basta deparar com a impressionante capacidade financeira e de intervenção social do chamado "crime organizado", notadamente do tráfico ilícito de entorpecentes, para verificar que o crime traz conseqüências muito maiores do que a singela lesão ou exposição a risco de bens jurídicos individuais.

Em face disso, e das atribuições constitucionais de defesa desses direitos, da promoção da ação penal pública, de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionais, de exercer controle externo da atividade policial e de promover o inquérito civil público para a defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, arts. 127, *caput*, e 129, I, II, III e VII), não pode se furtar o Ministério Público a colaborar também com a tarefa de prevenir a ocorrência de crimes.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei 8.625/92 – expressamente o autoriza, incluindo entre as atribuições dos órgãos ministeriais "VII – sugerir ao Poder Competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas e propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade". De igual modo, a LC 75/93, em seu art. 6.º, autoriza o Ministério Público a "XX – expedir recomendações, visando a melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis".

A conjugação dos mencionados dispositivos autoriza que o Ministério Público interceda perante agentes públicos e privados no sentido de evitar que, com a prática de crimes, haja lesão a interesses sociais e individuais homogêneos. Destarte, não é uma atividade exclusiva de fiscalização, pois envolve, também, proposições

políticas e de inovação administrativa e não apenas acompanhamento da legalidade da atuação de outros órgãos. Não se trata, no caso, de aguardar a ocorrência do resultado criminoso, pois este ensejará uma atuação de tipo *repressivo*, com características próprias, nos quais a lesão ou ameaça a direito já não podem ser revertidas.

Deve o Ministério Público colaborar, direta ou indiretamente, no sentido de minorar a ocorrência ou influência de aspectos criminógenos – como a ausência de equipamentos sociais em bairros periféricos – expedindo *recomendações* e realizando, se necessário, *compromissos de ajustamento* com instituições, pessoas e órgãos capazes de diminuir as oportunidades, incentivos e ocasiões para a prática de crimes.

Um exemplo, ocorrido no âmbito do Ministério Público Federal em São Paulo, é ilustrativo desta atuação preventiva. Diante da elevada quantidade de roubos praticados contra carteiros na região metropolitana de São Paulo, o *Parquet* gestionou junto à Polícia Federal a instalação de uma delegacia especializada na apuração deste tipo de crime e, bem assim, junto aos bancos e instituições financeiras para que não prosseguissem enviando talonários de cheques e cartões de crédito sem a adoção de providências especiais. Esta atuação, partilhada com a Polícia Federal, logrou importante êxito na redução daqueles crimes.

Exigir do Estado a instalação de equipamentos públicos (escolas, oficinas, hospitais, teatros, espaços de lazer, creches...) é uma atuação no sentido de *prevenir* a ocorrência de crimes, porque retira um dos grandes incentivos ao recrutamento de jovens para a criminalidade. Tal exigência poderia se valer de instrumentos como gestões administrativas, recomendações, compromissos de ajustamento e da ação civil pública.

É certo que se poderia objetar que não se trataria, na verdade, de uma atuação criminal, mas *cível*. Assim, entretanto, não nos parece. Não é o uso de um dispositivo legal ou outro que determina a natureza de determinada atuação. A menção ao crime de desobediência constante de um ofício proferido por um órgão ministerial que lida com assuntos da cidadania não tem o condão de alterar este modo de atuação. A possibilidade de que um Procurador da República ou

Promotor de Justiça com designação criminal se valham da Lei da Ação Civil Pública tampouco altera a natureza desta atuação. De todo modo, ainda que se reconheça o caráter civil desta opção, em nada difere daquelas que, na atuação *repressiva*, é comumente associada ao crime, como as medidas acautelatórias não-privativas da liberdade (buscas e apreensões, por exemplo).

De toda maneira, a rigidez desta diferenciação *cível-crime* é justamente um dos aspectos nos quais a tradição se opõe à efetividade da atuação ministerial, sem qualquer proteção adicional a direitos fundamentais de quem quer que seja.

Revista-se ela de natureza penal ou cível, o fato é que esta atuação preventiva não pode deixar de lançar mão de todo o instrumental legal à sua disposição. A especialização de áreas de atuação não pode funcionar como óbice para a efetividade da atuação criminal, mas como contribuição a ela.

Se pode objetar, por igual, que não se trata de uma atuação preventiva do Ministério Público, mas fiscalizatória. Tratar-se-ia de verificar se os poderes, em especial o executivo, estão ou não cumprindo suas funções. Este entendimento, entretanto, esmaece o aspecto *propositivo* desta atuação ministerial, que não se cinge a verificar o que não foi feito, ou a legalidade do que se fez, mas pode contribuir para a solução de problemas.

4.2 A atuação fiscalizatória do Ministério Público

Esta atuação encontra sede direta no art. 129, II e VII. O zelo pelos direitos assegurados na Constituição permite ao Ministério Público efetuar controle externo não apenas da polícia, mas de todas as instituições públicas ou privadas que atuem em áreas de repercussão pública.

A atuação fiscalizatória[13] é abrangente e importante, incluindo não só o controle da atuação do Poder Judiciário, nas correições e nos processos em que

13. Tivemos ocasião de sustentar, analisando o perfil das comissões parlamentares de inquérito, que "controle" é termo genérico que abrange tanto a "fiscalização" quanto a "investigação": "Algu-

intervém o Ministério Público, mas controle de toda a atuação estatal relacionada ao exercício do *jus puniendi*, como a seguir se mencionará.

É cediço que, sem embargo de atuar como *dominis litis* nos processos criminais a que dá início, oferecendo a denúncia, o Ministério Público não se demite da função de fiscal da lei em todos os processos – inclusive nos propostos pelo mesmo órgão – inquéritos e expedientes investigativos. A lei processual penal exige a oitiva ministerial para inúmeros eventos ocorridos durante a investigação ou na instrução criminal, muito embora, por vezes, não traga expressamente a exigência da *prévia oitiva ministerial*, que entendemos a única compatível com a regra constitucional supramencionada.[14]

A Lei das Execuções Penais, por exemplo, guinda o Ministério Público a principal fiscal da legalidade do cumprimento das penas e das formas pelas quais estas se vêem cumpridas. A firme busca do decreto condenatório, quando é assim firmada a *opinio delicti*, não pode implicar, de forma alguma, o esmorecimento da exigência de respeito às regras constitucionais e legais relativas ao cumprimento das penas. A desobediência a elas, se pode implicar responsabilidade do Estado, não pode ser coonestada pelo órgão ministerial, a quem cabe o exercício de todas as medidas para assegurar o respeito aos direitos assegurados na Constituição (por

mas funções congressuais são orientadas para a verificação da pertinência de certas atuações com a Constituição e as leis de regência. É assim quando o Congresso examina as contas do Presidente da República e aprecia os relatórios sobre a execução dos planos de governo (art. 48, IX), convoca os Ministros para informar das atividades de suas pastas (art. 50) ou, com o auxílio do Tribunal de Contas, procede à fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da União e de suas entidades da administração direta e indireta (arts. 70 et seq.). Estas são atividades de controle. Por vezes, entretanto, há a necessidade de um especial processo de obtenção de informações, a ser deliberado pelo Congresso e suas casas, sobre fatos que não são ordinariamente submetidos ao exame congressual, podendo ensejar a identificação de responsabilidade. Estas são atividades de investigação. O termo fiscalização, portanto, é genérico". *Poderes de investigação das comissões parlamentares de inquérito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, p. 57.

14. Assim não se exige prévia oitiva ministerial para a concessão de fiança (art. 333 do CPP), para a declaração *ex officio* da extinção da punibilidade (art. 61 do CPP) ou em caso de *habeas corpus*. Nessas hipóteses, porém, deve-se proceder à oitiva ministerial, na condição de *custos legis*, o que em nada prejudica direitos do investigado ou réu.

exemplo, o respeito à integridade física e moral, art. 5.º, XLIX, que não parece compatível com *estes estabelecimentos penais* que o Brasil possui).

No mesmo sentido, a atuação ministerial relativa à fiscalização do cumprimento das medidas de segurança[15] e das medidas socioeducativas.

Outra atividade *fiscalizatória* é o controle externo da atividade policial. Ele tem sido um foco de grandes resistências à atuação ministerial e um dos itens nos quais menos se avançou, desde a Constituição. Há resistências doutrinárias – como a que sustenta que este controle cinge-se à suficiência da instrução dos inquéritos policiais ou aos prazos para sua conclusão – e corporativas, através da qual os dados são ocultados ao Ministério Público e as atividades de fiscalização dificultadas. Há resistências corporativas, sustentando a inaptidão ou o despreparo dos promotores e procuradores para se assenhorearem dos assuntos e táticas policiais. Por fim, há a resistência de pior feição, posto que vinda exatamente do órgão a quem se cometeu este controle. É a resistência do *status quo* e da omissão, na qual muitas vezes, em razão da pletora de atividades, da boa relação interpessoal ou do caráter incômodo desta atribuição, o Ministério Público simplesmente deixa de tornar efetivo este controle.

Entretanto, controle e responsabilização são conceitos inafastáveis da idéia de república,[16] e o constituinte fez uma opção inequívoca ao confiar estes procedimentos ao Ministério Público. Poderia tê-lo cometido ao Poder Legislativo, através do Tribunal de Contas, ou ao Poder Judiciário, através de suas correições. Preferiu o Ministério Público.

15. O art. 67, par. ún., da Lei das Execuções Penais dispõe que o Ministério Público visitará, mensalmente, todos os estabelecimentos penais e o art. 82 menciona que eles se destinam "ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso e ao egresso". Os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico devem, portanto, ser visitados mensalmente pelo *Parquet*. Disposição análoga consta do Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 200, XI. No mesmo sentido, o art. 25, VI, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

16. Tanto assim que entendemos estritamente necessário o estabelecimento de mecanismos de controle *externo* da própria atuação ministerial.

Deste modo, entendemos que todas as polícias relacionadas no art. 144 – federal, rodoviária federal, ferroviária federal, civil e militar[17] – devem receber fiscalização ministerial.

É certo que o texto constitucional diz que o controle será exercido nos termos da Lei Complementar respectiva. No caso do Ministério Público da União, é a LC 75/93, que tem aplicação subsidiária aos Ministérios Públicos estaduais. Ela dispõe, em seu art. 9.º, que o órgão do *Parquet* terá livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais e acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial, que ele poderá representar a autoridade competente para a adoção de providências para sanar omissões indevidas ou corrigir ilegalidades e abusos de poder, requisitar inquérito policial sobre omissão ou fatos ilícitos praticados no exercício da atividade policial e promover a ação penal por abuso de poder.

A Lei 75/93 a um só tempo prestigiou os órgãos de controle interno da polícia (ao mencionar a representação para a autoridade competente ou a requisição de inquérito policial) e respeitou a organização hierárquico-administrativa das polícias, ao se referir ao acesso aos documentos relativos à atividade-fim policial (que é justamente destinada a instruir a *opinio delicti* ministerial). Sem embargo, ao prever a possibilidade de adotar "medidas judiciais e extrajudiciais" (art. 9.º, *caput*) e ao se referir, em termos genéricos, às ilegalidades ou abusos de poder (art. 9.º, III) amparou a possibilidade de um controle amplo da atividade policial, alcançando não apenas o andamento de inquéritos, mas omissões e atuações que possam implicar ilegalidades ou abusos de poder.

Não temos dúvida em sustentar, destarte, que este controle, embora orientado pela atividade-fim da polícia, inclui desde o uso dos recursos humanos, financeiros e materiais na prevenção e repressão do crime, até o planejamento das atividades, sua efetividade, qualidade, conformidade com a legislação e omissões.

17. Os corpos de bombeiros, não obstante mencionados também neste art. 144, não exercem atividade policial, embora estejam vinculados às polícias militares. É apenas nos termos desta vinculação que se submetem ao controle externo ministerial.

Não cabe limitá-lo, portanto, ao controle de inquéritos policiais, nem se submete às regras de distribuição dos tais inquéritos, devendo ser realizado não apenas pelos órgãos ministeriais individualmente, mas de forma institucionalizada, com periodicidade, objetivos, assessoria técnica e divulgação dos resultados, preservado, quando necessário, o sigilo. Sem deixar de lado a possibilidade de expedição de recomendações ou de celebração de termos de ajustamento de condutas.

Nesse mesmo sentido, Hugro Nigro Mazzili leciona que "não foi intuito do constituinte criar hierarquia ou disciplina administrativa, subordinando a autoridade policial aos agentes do Ministério Público. Entretanto, não se pode afastar a conveniência de estabelecer uma forma de corregedoria do Ministério Público em relação à polícia, nos moldes que a exercia o Poder Judiciário antes da atual Constituição".[18]

Esta é a contribuição que a Constituição espera do Ministério Público no sentido de assegurar uma polícia cidadã e eficiente.

É certo, porém, que a atividade fiscalizatória do Ministério Público, em atuação criminal, não se restringe à polícia, mas deve abranger todos os órgãos e instituições de alguma forma vinculados à prevenção ou repressão de crimes (e, portanto, formuladores de políticas criminais), posto tratar-se de órgãos do Poder Público que devem respeitar os direitos assegurados na Constituição (art. 129, II).

4.3 A atuação repressiva do Ministério Público

Aqui, o coração da tradição. O Ministério Público, *dominus litis*, bate às portas do Poder Judiciário para que este, praticado o crime, aplique a lei penal, assegurada a ampla defesa. É a *denúncia*, de regra informada pela precedente atuação da polícia judiciária, através do *inquérito policial*. O Ministério Público decide a sorte dos inquéritos, analisa a suficiência ou insuficiência da instrução destes para a formação de sua opinião e pode devolvê-los à polícia ou promover seus

18. *Introdução ao Ministério Público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 124.

arquivamentos (funcionando o judiciário apenas como instância de controle). Ao agir, submete sua pretensão o processo inquisitivo e o judicial a um estrito controle da legalidade, sentando-se à direita dos juízes na audiência (uma situação de inspiração religiosa) sem admitir que os fins justifiquem os meios.

4.3.1 A polícia judiciária e o inquérito policial

Embora a lei processual penal estatua que "qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de informação", art. 27, e que "o órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal (...)", art. 38, ou que "se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los", art. 47, a tradição e muitas decisões atribuem ao órgão ministerial uma *inércia* assemelhada à dos juízes, analisando imparcialmente o labor instrutório da polícia. Esta costuma ser acionada mesmo que os fatos tenham sido, originalmente, endereçados ao próprio Ministério Público, através das chamadas "representações" – na verdade, juridicamente, *delatio criminis*.

A possibilidade de realização direta de investigações ou diligências investigatórias pelo Ministério Público é objeto de acesa polêmica, muitas vezes alimentada por questões corporativas. Envolve a relação entre Ministério Público e polícia judiciária e o poder/dever de apurar a autoria e materialidade de infrações penais. Trata da relação entre o inquérito policial – tido como o instrumento por excelência da investigação policial, nos termos do Código de Processo Penal – e a titularidade da promoção da ação penal pública, assinada ao *Parquet* pela Constituição Federal, "na forma da lei" (art. 129, I).

Em campo de controvérsia, logo se apresentam opiniões que, num ou noutro sentido, oferecem solução não-conciliatória, seja recusando ao *Parquet* qualquer possibilidade de investigações diretas, seja concedendo-lhe a mais ampla possibilidade, a despeito da atuação da polícia judiciária.

Argumenta-se com o disposto no art. 144 da CF que comete à Polícia Federal o exercício *com exclusividade* das funções de polícia judiciária da União, assim como à polícia civil as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Aponta-se a discrepância no tratamento constitucional do inquérito civil público e do inquérito policial. O primeiro é previsto como função institucional do Ministério Público, *para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos* (art. 129, III). Já em relação ao inquérito policial se diz apenas que cabe ao *Parquet* "requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais" (inc. VIII).

Ingrediente necessário para o debate é o comando constitucional de que o Ministério Público exercerá o *controle externo da atividade policial.* Este dever é lembrado ora como prova de que não cabe aos promotores e procuradores realizar investigações, mas controlar aquelas feitas pela polícia, ora como demonstração de que, em termos da ação penal, apresenta-se o Ministério Público como titular dos mais amplos direitos investigatórios, até em face da atividade policial.

Cabe mencionar, por outro lado, que as investigações sobre fatos criminosos de nenhuma maneira se circunscrevem a estas duas entidades, Ministério Público e polícia judiciária. Basta, para exemplificar, lembrar dos poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito, das funções da Receita Federal e dos Estados, do Banco Central e das atividades de *controle interno* da administração pública, incluindo as corregedorias.

A existência de leis ordinárias que, ao contrário do Código de Processo Penal, cometem ao Ministério Público ampla e direta atividade investigativa, como

fazem a Lei Eleitoral (n. 4.737/65) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), fornece novos elementos para o debate.

O tema versado supõe ainda análise do delicado problema da legitimidade da prova, se obtida em atividade investigatória do Ministério Público. Se o *Parquet* não pode investigar, qual será o valor das provas por ele obtidas? Ingressam no debate, portanto, de maneira necessária, não apenas o Poder Judiciário, perante o qual o processo será deduzido, mas, principalmente, a pessoa ou as pessoas investigadas ou denunciadas a partir das informações obtidas pelo Ministério Público.

O ponto central da controvérsia, destarte, é a relação entre a liberdade individual e as medidas de defesa social, diante da prática de crimes, a cargo de uma ou de outra instituição pública, com assento constitucional.

É incontroverso que o sistema adotado pelo Código de Processo Penal está baseado na apuração criminal realizada pela polícia judiciária, através do inquérito policial. Diz o art. 6.º deste diploma que: "Logo que tiver conhecimento da prática de infração penal, a autoridade policial deverá: I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e a conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV – ouvir o ofendido; VI – ouvir o indiciado (...); VII – proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VIII – determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII – ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX – averiguar a vida pregressa do indiciado (...)".

A atuação ministerial é tratada como supletiva, fixando o art. 16 que ele não poderá requerer a devolução dos autos de inquérito à polícia, senão para diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia. Sem embargo, a lei processual permite ao Ministério Público requisitar a instauração do inquérito poli-

cial, art. 5.º, II, ou dispensá-lo, art. 39, § 5.º. Ele é indicado como destinatário inicial de documentos ou papéis relativos a crimes, se descobertos por juízes ou tribunais, no exame de autos, art. 40, bem como titular concorrente do direito de receber *notitia criminis*, nos casos de ação penal pública, podendo qualquer do povo provocá-lo diretamente, art. 27.

É desta forma que se procura condicionar a atuação da instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, que detém a privatividade da promoção da ação penal pública, à polícia judiciária e ao inquérito policial.[19]

O caráter desta "inércia" ministerial é reforçado pela ausência de recursos humanos e materiais para proceder-se a investigações e pela interpretação que se faz do já citado art. 144, IV, da Constituição.

Sem advogar que passem agora os órgãos ministeriais a agir como se fossem delegados de polícia ou investigadores – e prestigiando a atuação séria da polícia e a necessidade de seu reequipamento humano e material – importa considerar que, ao depender estritamente dos inquéritos policiais para seu agir, demite-se o Ministério Público de qualquer pretensão de planejar e direcionar sua atuação.

A apontada "exclusividade" da Polícia Federal para funcionar como polícia judiciária da União não se opõe ao Ministério Público, mas aos demais ramos da polícia de natureza federal (a rodoviária e a ferroviária) ou às polícias estaduais. Esta exclusividade não pode ser interpretada sem considerar que a finalidade própria da polícia judiciária é justamente trazer ao Ministério Público elementos sobre a materialidade e autoria de crimes que permitam, a este, a promoção da ação penal.

Nossa resposta é que pode o Ministério Público proceder a investigações e *deve* fazê-lo sempre que esta solução se mostrar a mais consentânea com a regra

19. Isto numa situação em que a própria polícia, num certo sentido, "desistiu" do inquérito policial, por considerá-lo moroso ou burocrático e exigir prova pré-constituída. Daí a adoção de "termos de investigação provisória", "expedientes investigativos" e outros, cujo mal não está na celeridade e informalidade, mas na ausência de submissão a controle.

da economicidade e razoabilidade no dispêndio de recursos públicos ou pairar dúvida de que, por questões corporativas ou políticas, o fato poderá não ser investigado a contento pela polícia. Se basta a requisição de um documento para instruir uma representação e formar a *opinio delicti*, o acionamento da polícia fere a economicidade no trato com a coisa pública. Sem embargo, se houver necessidade de produção de prova pericial ou a oitiva de muitas testemunhas, a investigação ministerial é que poderá, diante da ausência de recursos para tanto, implicar demora ou gasto excessivo.

A atuação "automática" dos órgãos ministeriais de requisição de inquéritos policiais é mais uma das formas de atuação tradicional que deve ser revista. Esta é uma das opções que pode adotar diante de peças de informação ou notícia de crime e supõe um juízo sobre a impossibilidade de pronto oferecimento da denúncia, sobre a inconveniência da complementação de elementos probatórios através da própria atuação ministerial e sobre a atuação expedita e isenta da polícia judiciária.

Claro está que o reconhecimento desta possibilidade de proceder a investigações, ainda que em caráter não rotineiro, não demite o órgão ministerial de respeitar todas as garantias individuais das pessoas investigadas. Não há "competências" sem os correspondentes "ônus".

Fora da zona de confronto, a solução que melhores resultados apresenta é o trabalho conjunto do Ministério Público e da polícia, em casos que justifiquem uma atuação mais rápida e efetiva do Estado ou se insiram num planejamento criminal formulado por ambas as instituições. Como leciona Carlos Frederico Coelho Nogueira, "em nosso País ainda vige o mesmo sistema estanque do direito imperial, em que o delegado de polícia e o promotor de justiça atuam separadamente, muitas vezes com sérios prejuízos à persecução penal e aos mais elevados interesses da sociedade, sem falarmos da injustificável rivalidade e do surgimento de interesses e manifestações de caráter corporativo, emanadas de ambas as instituições, que somente vêm em desprestígio da atividade persecutória cri-

minal, prejudicando a busca da verdade material, um dos principais escopos do processo penal".[20]

E à efetividade das sanções penais, acrescentamos nós.

4.3.2 A atuação e estruturação em face do Poder Judiciário

Os órgãos do Ministério Público se organizam à imagem e semelhança do Poder Judiciário (outra evocação religiosa) e a partir dele. A LC 75/93, art. 70, dispõe que "os Procuradores da República serão designados para oficiar junto aos juízes federais e junto aos Tribunais Regionais Eleitorais, onde não tiver sede a Procuradoria Regional da República". Esta regra, a necessidade de realização de audiências e a *tradição* levam à distribuição dos processos e inquéritos aos órgãos ministeriais de acordo com os critérios adotados pelo Poder Judiciário. À garantia do "juiz natural", acrescentou-se a do "promotor natural", inicialmente, para coibir ingerências abusivas das Procuradorias-Gerais na atuação dos promotores e procuradores – normalmente afastando promotores atuantes de casos com interesses políticos –, depois como mitigação dos princípios institucionais da unidade e indivisibilidade funcionais.[21] Curiosamente, o "promotor natural" nasce não do conhecimento inicial do fato criminoso – que enseja as primeiras medidas do órgão ministerial respectivo –, mas da distribuição do feito a uma das varas criminais, com o seu rol de promotores ou procuradores designados e com o número do processo a cada um deles correspondente.

20. *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. I, p. 118.

21. Em sentido contrário, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, para quem "o princípio do promotor natural não se opõe à unidade e indivisibilidade do Ministério Público, pois que as manifestações dos diversos órgãos do *Parquet* são plurais, mas todas ocorrem em nome do Ministério Público". "Princípio do promotor natural". *Ministério Público II* – Democracia, p. 148. Importa ressaltar na área de interesse deste estudo que, para a autora, esse princípio não impede a existência de grupos especiais e designações feitas pelo Procurador-Geral, desde que essas "sejam baseadas nas leis orgânicas e visem à afirmação do próprio princípio, bem como sejam conhecidas previamente pelos cidadãos" (op. cit., p. 148).

Temos que esta forma de estruturação não é a melhor. O atendimento a especificidades como a realização de audiências não pode implicar a estruturação de todo o Ministério Público criminal nos moldes de um poder que, inerte, aguarda as demandas irem até ele e se organiza em função disto. Se for pensada a atuação criminal também em seus aspectos preventivos e fiscalizatórios, não diretamente dirigidos ao Poder Judiciário, fica evidente a inadequação deste critério. Em certo sentido, ele faz que estas outras formas de atuação sejam *supletivas*, quando não devem sê-lo, necessariamente.

5. Inovações são possíveis

Um problema sério desta criticada *ancilaridade* ministerial em face do Poder Judiciário é que os órgãos ministeriais passam a ser responsáveis não por um *caso*, mas por um *número*. Pouco importando que tipo de atuação antecedeu à distribuição do feito ao Judiciário, será a organização deste que implicará a atribuição do promotor, muitas vezes alguém que só naquele momento vem a conhecer o assunto. Torna-se muito difícil, portanto, o planejamento da atuação, desde seu momento inicial até a fase processual, o conhecimento da sentença e o recurso, se necessário. Torna-se difícil a fixação de objetivos e a cobrança de resultados. A responsabilidade, pelo êxito ou pelo insucesso, torna-se fluida, difusa.

Aqui a *tradição* opõe-se frontalmente à *efetividade*. Dispondo de recursos humanos e materiais sempre limitados, melhor serviço à sociedade presta o Ministério Público quando fixa para si mesmo, ao longo de cada ano, os objetivos que pretende alcançar com a conjugação de suas atividades criminais preventivas, fiscalizatórias e repressivas. Quais condutas criminosas merecerão sua especial atenção, pois não é possível dá-la a todas; que ilegalidades pretende especificamente combater, pois não é possível combater a todas.

A Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, LC Estadual 734/93, prevê um *Plano Geral de Atuação* (arts. 96 et seq.), subdividido em programas de atuação das promotorias de justiça, a atuação integrada destas e, ainda, proje-

tos especiais. Ronaldo Porto Macedo Júnior, estudando este plano geral de atuação, pontifica que "1. O Promotor de Justiça sempre atua segundo algum critério de prioridade, mesmo quando se nega a defini-lo racionalmente e com clareza; 2. O Ministério Público somente será capaz de bem desempenhar o seu novo perfil constitucional se souber escolher e fazer valer as prioridades por ele definidas" e que estes planos de atuação "não violam a independência funcional e liberdade de convicção do Promotor de Justiça".[22]

Por sua vez, a LC 75/93 menciona que um regulamento organizará a estrutura básica do Ministério Público da União, bem como de suas unidades de lotação e administração. Assim foi editada a Portaria 358, de 02.06.1998, para estes fins. Ela menciona que às Procuradorias da República nos Estados competirá "V – orientar e consolidar a elaboração de planos e projetos de trabalho, propondo alternativas, estratégias e metodologias gerais e específicas para viabilização da programação estabelecida no âmbito da Procuradoria da República no Estado". Esta competência é dada às Secretarias Estaduais, órgãos administrativos vinculados aos Procuradores-Chefes. Ou seja, não é uma tarefa confiada aos próprios Procuradores. Talvez por isso este planejamento não tem sido feito no âmbito do Ministério Público Federal, em matéria criminal, fora situações localizadas e específicas. Não há uma atuação nacional uniformizada, com objetivos e métodos comuns. Entretanto, a LC 75/93 permite, em seu art. 62, que as Câmaras de Coordenação "VI – resolvam sobre a distribuição especial de inquéritos, feitos e procedimentos, quando a matéria, por sua natureza ou relevância, assim o exigir".

Um dos aspectos, ainda na esfera do *Parquet* federal, é que, enquanto os assuntos cíveis mereceram subdivisão em quatro câmaras de coordenação (nos termos do Regimento Interno), apenas uma delas é destinada à matéria criminal e de controle externo da atividade policial.[23]

22. "Vinculatividade dos planos de atuação do Ministério Público". *Ministério Público...*, cit., p. 137.

23. Situação já levada às instâncias de decisão do Ministério Público Federal pela Procuradora da República Denise Neves Abade, de São Paulo.

Além da criação de novas câmaras em matéria criminal, as Procuradorias dos Estados deveriam se organizar também em *ofícios*. Ofício dos crimes contra a Administração Pública, ofício dos crimes contra o patrimônio, ofício dos crimes contra os costumes, ofício dos crimes contra a ordem tributária etc. Cada qual com seu planejamento; cada qual divulgando seus resultados e dificuldades; orientando sua atividade para a *solução dos problemas*. Isto não precisaria de lei: é organização administrativa interna.

Esses ofícios criminais se destinariam a planejar e acompanhar a atuação ministerial, tanto preventiva quanto fiscalizatória, quanto repressiva, lançando mão de todos os instrumentos legais para este mister. Não se vislumbra razão pela qual não possam os promotores ou procuradores criminais instaurar inquéritos civis públicos, promover ações civis públicas, expedir recomendações e firmar compromissos de ajustamento. Como sugerido anteriormente, uma limitação das atribuições que permita aos setores temáticos se valerem unicamente das leis e procedimentos rotulados da mesma maneira, como "penais" ou "cíveis", não consulta à efetividade de determinada atuação. É só um entrave burocrático, uma homenagem adicional à organização administrativa que se orienta para o Poder Judiciário.

Entendemos que a ação de grupos ministeriais especializados, como o Gaeco, do Ministério Público do Estado de São Paulo, voltado contra o crime organizado, tem sido eficaz porque, ao se desvincular do burocrático seguimento da estrutura judiciária, permite uma atuação *a partir dos casos*, com metas a alcançar e resultados demonstráveis para analisar.

Outra vantagem desta forma diversa de estruturação é a facilidade dela advinda de atuações conjuntas, com a polícia e outros órgãos governamentais, figura conhecida pela expressão "força-tarefa", que pode trazer bons resultados.[24]

24. Desde que não se procure importar modelos incompatíveis com a realidade brasileira, como as "task forces" norte-americanas, pensadas num sistema no qual o Ministério da Justiça, ou o equivalente, tem poder hierárquico sobre todos os componentes do grupo.

Conseqüência criticável desta eleição do Poder Judiciário como molde organizativo e até ideológico é um certo isolamento do Ministério Público criminal perante outros órgãos estatais e perante a sociedade civil. A estreita coordenação que se vê na área cível entre o Ministério Público e diversos representantes da sociedade, irmanados na luta por um objetivo comum, é estranha à área criminal. Quando se vê contatos entre os promotores criminais e as associações de vítimas de crimes, associações de bairros ou entidades públicas e privadas voltadas para a prestação de serviços sociais que contribuem para minorar as oportunidades para o crime? Ao contrário do Poder Judiciário – inerte por feição constitucional –, estas entidades atuam propositivamente, como pode fazer o Ministério Público.

Até a realidade de *clientes* do Ministério Público, ou seja, instituições que comumente levam até ele *representações criminais*, não é conhecida do *Parquet* criminal.

6. Conclusões

Sem pretensão de realizar estudo aprofundado, foram apontadas neste trabalho algumas situações e procedimentos *tradicionais* que têm dificultado a *efetividade* da atuação criminal do Ministério Público. Foram eles: *i)* a pequena atuação preventiva; *ii)* a não-realização do controle externo da atividade policial, nos moldes preconizados pela Lei 75/93; *iii)* a estruturação à semelhança do Poder Judiciário; *iv)* a fixação do *promotor natural* de acordo com os números de distribuição e não com os casos criminais concretos; *v)* a falta de atuação coordenada com outros órgãos estatais, como a polícia, a Receita Federal e o Banco Central; *vi)* a falta de planejamento e alocação de recursos humanos e materiais na busca de resultados.

Quiçá, ao discutir livremente possibilidades novas de atuação, possa o setor criminal manter suas tradições no que elas têm de melhor – o respeito à Constituição e às leis – e criar novos procedimentos que se apresentem os melhores resultados.

Bibliografia

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2001.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. "O princípio do promotor natural". In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; VIGLIAR, José Marcelo Menezes (Coord.). *Ministério Público II* – Democracia. São Paulo: Atlas, 1999.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Poderes de investigação das comissões parlamentares de inquérito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel Ciencia Política, 1983.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. "Ministério Público brasileiro: um novo ator político". In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; VIGLIAR, José Marcelo Menezes (Coord.). *Ministério Público II* – Democracia. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. "Vinculatividade dos planos de atuação do Ministério Público". In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; VIGLIAR, José Marcelo Menezes (Coord.). *Ministério Público II* – Democracia. São Paulo: Atlas, 1999.

MAZZILLI, Hugro Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Penal*. São Paulo: Edipro, 2002. vol. I.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.

Resquícios inquisitórios na Lei 9.034/1998*

Marcos Alexandre Coelho Zilli

Juiz de Direito. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra em convênio com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Mestre e Doutorando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Sumário: 1. Introdução – 2. Sistemas acusatório e inquisitório: uma delimitação conceitual: 2.1 Caráter distintivo – 3. Atuação instrutória do juiz: 3.1 Afirmação do princípio publicístico; 3.2 A busca pela verdade atingível; 3.3 A iniciativa instrutória do juiz; 3.4 Atuação investigativa *versus* iniciativa instrutória; 3.5 A afirmação do sistema acusatório pela Constituição Federal de 1988 – 4. O papel do juiz à luz da Lei 9.034/1995: 4.1 O fenômeno da macrocriminalidade; 4.2 Atuação investigativa: o juiz inquisidor – 5. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: A iniciativa instrutória do julgador é perfeitamente compatível com um processo penal de índole acusatória – compreendido com a não-coincidência subjetiva entre as funções de acusar e julgar –, desde que respeitados os ditames do devido processo penal.

Aliás, a necessidade de um melhor acertamento fático possível é condição essencial para um equilíbrio entre o exercício do poder-dever punitivo e o resguardo da liberdade jurídica, havendo de ser concretizado com obediência ao contraditório e à ampla defesa, afastando-se qualquer comprometimento da imparcialidade do juiz.

O que não se admite na cartilha acusatória é a atuação investigativa do juiz representada por seu envolvimento na apuração fática anterior à formalização de

* Trata-se de trabalho apresentado no Curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

uma acusação. Nesse, há o comprometimento de sua imparcialidade, na medida em que a sua iniciativa não foi direcionada a um bom julgamento, mas sim à construção de uma hipótese acusatória.

Nesses termos, a Lei 9.034/1998, quando autoriza o juiz a buscar elementos probatórios no âmbito do inquérito policial, independentemente de provocação, aproxima-se de uma estrutura inquisitória de persecução à medida que, justamente por centralizar nas mãos do mesmo sujeito funções separadas pelo processo histórico – acusar e julgar.

Palavras-chave: Iniciativa instrutória do juiz – Princípio publicístico – Sistema acusatório – Sistema inquisitório – Verdade material – Verdade processual.

1. Introdução

Uma apreciação crítica sobre os dispositivos normativos da Lei 9.034/1998 referentes à atuação do juiz na atividade probatória é a pretensão primária deste trabalho. Por conseguinte, não serão alvo das discussões aspectos outros – não menos polêmicos – tais como a ausência de definição jurídica apropriada do que venha a ser organização criminosa. É certo que as limitações estabelecidas não esvaziarão o tema, sobretudo em face de sua atualidade. De fato, o maior ou menor envolvimento do juiz na colheita do material probatório tem sido alvo de calorosas discussões doutrinárias, muitas das quais, lamentavelmente, contaminadas por argumentos prevalentemente emocionais.

No âmbito da elevada argumentação, posicionam-se aqueles manifestamente contrários a um comportamento mais ativo do juiz ao longo da persecução penal, justamente por vislumbrarem um recrudescimento a padrões inquisitórios. Argumentam, nessa linha, que os poderes outorgados ao juiz na apuração das atividades relacionadas às organizações criminosas teria rompido com a pureza de um processo penal acusatório, abraçado pelo legislador constituinte.[1] Já em

1. Nesse sentido, é o magistério de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, *Crime organizado*. Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal, São Paulo: RT, 1995: "(...) o

sentido oposto, inserem-se aqueles que, amparados por experiências alienígenas de combate aos modernos fenômenos de macrocriminalidade, propugnam pelo estabelecimento de meios e modos mais eficazes de persecução penal.

Nessa seara, qualquer estudo exige uma adequada fixação conceitual, especialmente no que se refere à propalada sistematização do processo penal nos tradicionais modelos inquisitório, acusatório e misto. Estabelecer os pontos distintivos entre essas formatações é, portanto, premissa mais do que necessária a fim de avaliar até que grau os poderes conferidos ao juiz, pela Lei 9.034/1995, seriam instituidores, efetivamente, de uma roupagem inquisitória.

2. Sistemas acusatório e inquisitório: uma delimitação conceitual

2.1 Caráter distintivo

Há reconhecida dificuldade em fixar o real caráter distintivo entre o modelo acusatório e o inquisitório, sobretudo em face da proliferação dos aspectos comparativos, o que acaba por pulverizar e dificultar um exame crítico.

legislador, a pretexto de resguardar o sigilo probatório (sigilo este decorrente da tutela da privacidade das pessoas), acabou criando – e dizemos isto com a *devida vênia* – uma monstruosidade, qual seja, a figura do *juiz inquisidor* (...)" (p. 103). Acrescentam os autores: "O que o legislador autor da Lei 9.034/95 quis foi, da noite para o dia, restabelecer o sistema inquisitório de triste memória, isto é nos albores do século XXI, seu desejo é o que a praxe judicial seja a da Idade Média. Que retrocesso! É mais prova de que o poder político acha-se desenganadamente perdido em frente do fenômeno da criminalidade, principalmente organizada. Não sabe o que fazer e acaba por estabelecer em lei o que está no âmago mais recôndito da nossa herança primitivista-atávica. Em pleno Estado Constitucional e Democrático de Direito, o tentar restabelecer uma praxe medieval denota o primitivismo com que lidamos com esse grave problema social e comunitário que se chama 'crime'" (p. 107-108). Finalizam os autores: "A lei, ao atribuir ao juiz a tarefa de colher provas fora do processo, quebrou o princípio da imparcialidade e, assim, violou o devido processo legal previsto no art. 5.º, LIV. Também por isso é inconstitucional. A radical mudança da posição constitucional do juiz brasileiro, não fosse derivada de uma disposição inconstitucional e, portanto, inválida, configuraria, como já afirmamos, um clamoroso retrocesso. Seria um caminhar na contra-mão da História. A tendência moderna não é transformar o juiz em protagonista principal da colheita de provas. Exatamente o oposto vem ocorrendo. O juizado de instrução napoleônico está em descrédito e decadência" (p. 114).

De qualquer modo, para os fins aqui propostos, assume-se que a separação equilibrada de poderes entre os vários sujeitos processuais constitui o marco fundamental de um processo penal acusatório. Assim, se de um lado figura o acusador que, no exercício de um poder postulatório, aponta e persegue o provável autor ou partícipe da infração penal, do outro figura o acusado, que exerce o direito de defesa, resistindo, processualmente, à acusação. E intermediando ambos, posiciona-se, de forma imparcial, o juiz: detentor do poder decisório.[2] Como decorrência lógica do equilíbrio e divisão de poderes processuais, não há coincidência subjetiva entre o órgão acusador e o julgador, exercendo cada qual os poderes inerentes às suas funções.

Já em contrapartida, no modelo inquisitório, a concentração de poderes processuais nas mãos de um único órgão é o seu marco essencial. Perseguir, acusar e decidir são atividades exercidas pelo mesmo sujeito: o inquisidor. A persecução penal é, pois, eminentemente oficial, vale dizer, exercida por funcionários delegados pelo titular do poder central. Sua principal meta é a busca de uma verdade histórica,[3] não importando, para tanto, os meios e os modos utilizados para o cumprimento de tal mister.

Intermediando ambos, posiciona-se o sistema comumente rotulado por misto que bem reflete o caráter híbrido assumido por grande parte dos ordenamentos jurídicos processuais penais após a expansão napoleônica. O descontentamento com as formas essencialmente inquisitórias, expresso durante o Ilumi-

2. Nesse sentido, assinala Julio Bernardo J. Maier, *Derecho procesal penal argentino*, Buenos Aires: Hammurabi, 1989, vol. B, t. I, p. 207: "La característica fundamental del enjuiciamento acusatorio reside en la división de los poderes que se ejercen en el proceso, por un lado el acusador, quien persiegue penalmente y ejerce el poder requirente, por el outro el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionam unos a otros".

3. Por verdade histórica entende-se a reconstrução de um acontecimento pretérito. Esta é, aliás, a tônica do processo penal. Embora a verdade, usualmente indicada pela doutrina, como material dificilmente seja atingida, os interesses públicos característicos do processo penal – poder-dever punitivo e liberdade jurídica –, são mais bem conjugados ao se estabelecer como meta a maior aproximação possível e permitida da exatidão fática.

nismo, e posteriormente concretizado na legislação revolucionária francesa, traduziu uma mudança radical de rota na tentativa de buscar, no sistema inglês, inspiração para mudanças da legislação processual penal até então predominante na Europa Continental. De qualquer modo, e com maiores ou menores variações, o sistema que se convencionou denominar misto incorporou aspectos tanto do inquisitório como do acusatório, motivo pelo qual é preferível denominá-lo inquisitório reformado. Na verdade, trata-se da subsistência do inquisitório que recebeu uma roupagem emprestada pelo acusatório.[4]

3. Atuação instrutória do juiz

3.1 Afirmação do princípio publicístico

Ao assumir a indeclinável função de proteção da paz pública por intermédio do resguardo de determinados bens, valores e interesses socialmente relevantes – bens jurídicos[5] –, o Estado estabelece e impõe uma punição

4. Aliás, como bem anota João Mendes de Almeida Júnior, *O processo criminal brazileiro*, 3. ed. aum., Rio de Janeiro: Baptista de Souza, 1920, vol. 1, certos aspectos próprios do sistema inquisitório não podiam ser simplesmente esquecidos, justamente por representarem, à época, um avanço no resguardo de maior justiça e liberdade. "O sistema inquisitório contém elementos que não podem ser repelidos, tanto assim que foi, nos séculos XIII a XVIII, uma garantia de justiça e liberdade. Quando o homem de condição humilde estava exposto às arbitrariedades dos fortes, ricos e poderosos, não lhe era fácil comparecer ante as justiças senhoriais para acusar sem rebuço, sem constrangimento e sem o temor e a quase certeza da vingança; o direito canônico, opondo ao procedimento acusatório o procedimento inquisitório, foi o protetor da fraqueza perseguida e o adversário da força tirânica; se os abusos desnaturam a instituição, causando mais tarde males superiores aos benefícios, isso não exige a abolição do sistema e sim a criação de cautelas para o seu aproveitamento. Foi por isso que, desde o século XVIII, as nações em sua maioria trataram de adotar um sistema misto, em que os direitos individuais se harmonizassem com as exigências da defesa social, em que nenhum dêstes sistemas, quer o inquisitório quer o acusatório, ficasse entregue a suas próprias tendências" (p. 229).

5. Ao analisar a proteção de bens jurídicos efetuada pelo direito penal, observa Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal*. Parte general, 3. ed., trad. para o espanhol por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1978, vol. 1, p. 9-10: "En toda norma jurídico-penal subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad que son, por tanto, merecedores de protección através del poder coactivo del Estado re-

variável de acordo com o grau de lesividade – ou de potencialidade da lesão – da conduta conflituosa. Esse poder punitivo configura, portanto, uma das facetas do poder estatal. O *ius puniendi*, ou o poder-dever de punir de titularidade do Estado,[6] é posto em prática quando, no plano material, for verificado um fato[7] que preencha os requisitos necessários para a configuração de uma conduta como delituosa.

Trata-se, todavia, de um poder limitado que não pode ser utilizado indiscriminadamente, sob pena de promover mais desequilíbrio social. Mesmo detendo a titularidade do poder de coação, a ação do Estado encontra-se circunscrita à barreira representada pelo respeito à liberdade jurídica[8] daquele que se vê apontado como o autor/partícipe de uma conduta delituosa. O poder-dever punitivo não é, pois, auto-executável. E é exatamente nessa idéia que se insere o processo penal como um instrumento necessário e indispensável para que o Estado efetive seu poder-dever punitivo. Vale dizer, qualquer perseguição do agente – *ius persequendi* ou *persecutionis* – fica dependente da configuração anterior do poder-dever punitivo. E a efetivação da perseguição exterioriza um outro poder-dever do Estado e este, vinculado à realização, ao cumprimento e à obediência

presentado pela pena pública". Mas o mesmo autor assinala que o direito penal não se presta, apenas, à proteção de bens jurídicos, mas também, de valores ético-sociais da ação, naquelas condutas, por exemplo, geradoras de uma situação de perigo aos bens jurídicos (p. 10-11).

6. Conforme magistério de Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 7.

7. Genericamente, fato indica qualquer acontecimento natural, jurídico ou humano. Assim, enquanto o fato natural advém da natureza, independentemente da vontade humana, o jurídico é o que produz efeitos jurídicos. Ver, nesse sentido, Álvaro Villaça Azevedo, "Fato (direito civil)", *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 36, p. 304-305. No direito penal, fato é o comportamento humano típico, antijurídico e culpável. Em outras palavras, "a somatória da ação praticada pelo agente e o seu resultado jurídico penalmente relevante" (Maria Thereza Rocha de Assis Moura. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 28).

8. Conforme definido por Joaquim Canuto Mendes de Almeida, em "A liberdade jurídica no direito e no processo", *Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo*, São Paulo: Resenha Universitária, 1976, p. 290, a liberdade jurídica consiste na "prerrogativa de não vir a ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer 'aquele algo' senão em virtude de lei, e de julgado".

daqueles atos previstos em lei que conduzam à imposição definitiva da conseqüência jurídico-penal.[9]

E é justamente nesse diapasão que a liberdade jurídica restará assegurada, com a certeza de que a sanção penal somente será aplicada após regular e imprescindível processo – *nulla poena sine iudicio*.[10] O processo penal representa, então, uma "intensa confrontação com o poder soberano do Estado",[11] pois é este o único legitimado a impor as sanções penais.[12] A jurisdição – função de dizer o direito – é, então, o "poder-dever de realizar justiça estatal",[13] "em que se consubstancia o poder conferido a determinados agentes estatais para solucionar os conflitos de interesses que lhes sejam submetidos à apreciação, assim também para fazer cumprir suas próprias resoluções".[14]

Um conflito de interesses de alta relevância social é, pois, a tônica do processo penal. De um lado, posiciona-se o Estado, titular do poder-dever punitivo e destinatário do dever de respeito à liberdade jurídica. Do outro, situa-se o acu-

9. Como anota Clariá Olmedo, em *El proceso penal*: su génesis y primeras críticas jurisdiccionales, Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 5: "el hecho penalmente incriminado produce un daño público, por lo cual también ha de ser pública su persecución. La persona a quien se atribuya esa conducta punible no podrá someterse voluntariamente a soportar la pena, porque la aplicación y el cumplimiento de esta sólo puede ser obra del Estado por intermedio de los órganos competentes".

10. Rogério Lauria Tucci. Op. cit., p. 14.

11. "El proceso penal representa para la mayor parte de los ciudadanos la más intensiva confrontación con el Poder soberano del Estado. Sólo en el proceso penal se aplica verdaderamente el derecho penal material, es decir, se impone la consecuencia jurídica 'pena' amenazada en los tipos penales (o también una medida de corrección y de seguridad)" (Klaus Tiedemann. "El derecho procesal penal". *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Trad. para o espanhol por Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Ariel, 1989. p. 133).

12. Nesse sentido, observa Giovanni Leone, em *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli: Eugenio Jovene, 1961, p. 7: "Il ricorso, pertanto, alla funzione giurisdizionale in materia penale non può essere appreso come una eccezione o come un caso patologico della vita del diritto; bensì come la normale attuazione, anzi come l'única attuazione possible del nucleo sanzionatorio della norma penale".

13. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: RT, 1975. p. 7.

14. Rogério Lauria Tucci. "Jurisdição penal". *Revista de Processo* 27/69, São Paulo: RT, ano VII, jul.-set. 1982.

sado, titular da liberdade jurídica e destinatário do dever de cumprir a sanção penal definitivamente estabelecida após regular processo. As peças, assim justapostas, fornecem a certeza de que o interesse prevalente no processo penal é de natureza pública, o que permite afirmar que o princípio que o alimenta é o publicístico – recomposição da ordem social e observância da liberdade jurídica do indivíduo.[15]

Ou seja, o processo penal presta-se não só "para tornar efetiva a aplicação das normas de direito material" – perseguição, punição e infligência do correlato sofrimento ao criminoso –, mas também, "e precipuamente, para impedi-las todas, referentemente a quem não tenha praticado a infração penal que se lhe quer imputar".[16] Impor a sanção penal a quem seja o real autor/partícipe da infração penal e impedir a aplicação desta àqueles inocentes é a atuação processual inerente ao Estado que chamou para si a responsabilidade de resguardar a ordem social. Uma inversão dos fatores dessa equação implica em desequilíbrio e descrédito. Afinal de contas, o interesse do Estado não está centrado, apenas, na imposição da pena, mas, sim, na realização da "justiça penal, que tanto pode estar na condenação do criminoso, se *realmente* o tiver sido, como na declaração da legitimidade de seu ato, se não tiver sido criminoso".[17]

3.2 A busca pela verdade atingível

Um equilíbrio entre forças potencialmente antagônicas – poder-dever punitivo e liberdade jurídica – somente poderá ser obtido se, e quando, buscar-se uma aplicação correta do ordenamento jurídico penal – normas incriminadoras e

15. Conforme magistério de Rogério Lauria Tucci, em *Princípios e regras orientadoras do novo processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 34-69, merecendo destaque o seguinte trecho: "Assim, manifesta-se no processo penal o proclamado caráter publicístico, quer no tocante à realização do interesse punitivo do Estado, quer quanto à índole instrumental limitativa de qualquer restrição indevida à liberdade do ente humano".

16. Idem, ibidem.

17. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973. p. 117-118.

não incriminadoras –, mediante um exame cuidadoso do fato narrado e trazido a julgamento.[18] É justamente nesse sentido que se insere a tão propalada idéia de busca pela verdade no âmbito do processo penal.

Para tanto, assinala-se que a apuração de uma "verdade" somente seria factível "mediante atribuição de *inquisitividade* à atuação dos agentes estatais da persecução penal e ao poder de direção conferido ao órgão jurisdicional na *instrução criminal*(...)".[19] Não se trata, contudo, de uma verdade "real", "material" ou "objetiva".[20] Com efeito, a obtenção da "verdade plena" configura um mito que não se sustenta diante da realidade imposta pela obediência aos métodos de acertamento regrados por um Estado de Direito. A reconstrução processual-histórica, quando muito, permitirá o descortinamento de aspectos da verdade, situados, assim, em um ponto possível de ser atingido nesse caminhar.

Portanto e sem jamais olvidar do esforço que deve permear todo o processo penal de "reconstrução retrospectiva de um evento real, cuja valoração, observados certos critérios, conduz à imposição de uma dada sanção",[21] deve-se ter a consciência de que o que se descobre é "uma verdade obtida por vias formalizadas",[22]

18. Francisco Muñoz Conde, em *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 19, afirma que a aplicação das normas jurídicas aos fatos é o resultado de um silogismo no qual a premissa maior é constituída pela descrição típica, a subsunção fato-descrição a premissa menor e a conclusão, a imposição da conseqüência jurídico-penal ao autor ou partícipe do fato delituoso. "La aplicación de las normas jurídicas a la realidad se suele describir como resultado de un silogismo en el que la premisa mayor la constituye una nonna jurídica completa: la inclusión de un 'caso' de la realidad en el supuesto de hecho de esa norma jurídica, la premisa menor; y la conclusión, la aplicación a esse caso de la consecuencia jurídica prevista en la norma".

19. Rogério Lauria Tucci. *Direitos...*, cit., p. 36.

20. Antonio Magalhães Gomes Filho. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997. p. 42.

21. Francisco das Neves Baptista. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 67.

22. Como assinala Winfried Hassemer, em *Fundamentos del derecho penal*, trad. para o espanhol de Francisco Muñoz Conde e de Luiz Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch, 1984, p. 190: "El derecho procesal penal plantea al juez una atera que no puede realizar: averiguar la verdad, pero no a cualquier precio. El preciso son los derechos de la persona que sirve de medio de prueba y tales derechos 'cuestan' la completa averiguación de la verdad. (...) Lo que el juez descubre no es la verdad material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir, la *verdad forense*, y es a ésta la que se dirige la comprensión escénica en el proceso penal".

ou seja, uma verdade processual.[23] E esse relativismo inerente à chamada verdade processual não impede, repita-se, que se estabeleça, como meta, a descoberta da verdade.[24] Afinal, "não se poderia conceber uma sentença justa que não estivesse amparada pela preocupação de uma verificação correta dos fatos".[25] A meta de busca da verdade deve estar explicitada, todavia, "na idéia de certeza subjetiva".[26]

3.3 A iniciativa instrutória do juiz

A bem da verdade, o processo penal acaba se tornando um longo caminho trilhado, tanto pelo julgador, como pelas partes processuais, de modo que ao final da trajetória um estado subjetivo venha a ser alcançado, esgotando-se a instância com o pronunciamento judicial.

Deve, portanto, ser o julgador munido de um poder que o autorize a trilhar, do início ao fim, o caminho. E, nesse sentido, consistindo a sua

23. Como observa Luigi Ferrajolli, em *Derecho y razón* – Teoría del grantismo penal, trad. espanhola de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradilos Basoco e Rocío Canarero Bandrés, 3.ed., Madrid: Trotta, 1998, p. 50-51: "(...) la verdad procesal, que también puede ser concebida como una verdad aproximativa respecto del ideal ilustrado de la perfecta correspondencia. Este ideal permanece nada más que como un ideal. Pero éste es precisamente su valor: es un principio regulativo (o un modelo límite) en la jurisdicción, así como la idea de verdad objetiva es un principio objetivo (o un modelo límite) en la ciencia".

24. Conforme leciona Francisco Muñoz Conde, op. cit., 97: "Esto no quiere decir, sin embargo, que el proceso penal tenga que renunciar, por principio y desde un principio, a la búsqueda de la verdad material entendida en su sentido clásico como *adecuatio rei et intellectu*, sino solamente que tiene que atemperar esa meta a las limitaciones que se derivan no sólo de las proprias leyes del conocimiento, sino de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y las normas, formalidades e 'impurezas' del proceso penal".

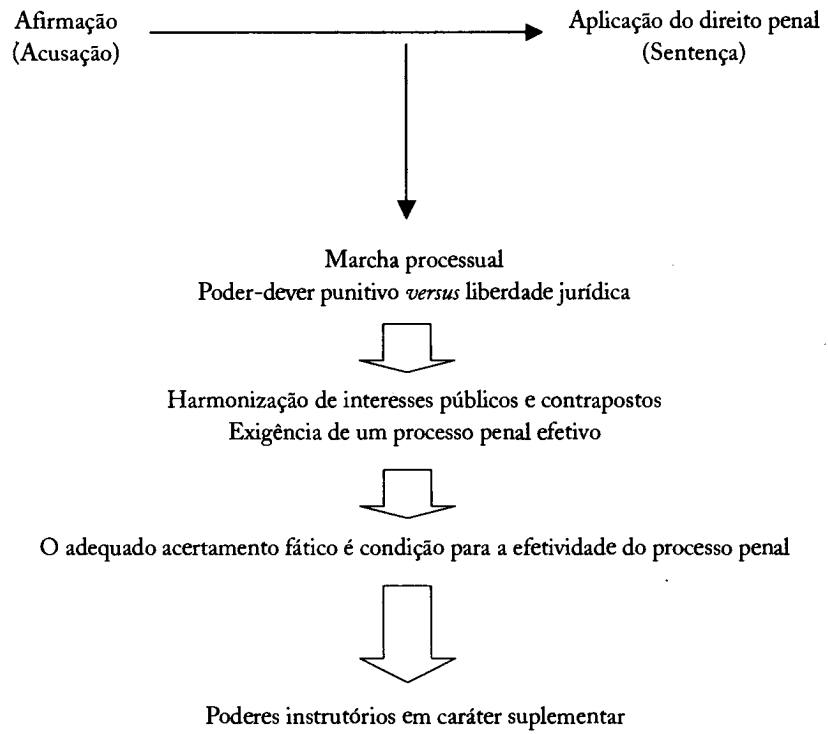
25. Antonio Magalhães Gomes Filho. Op. cit., p. 54. Aliás, percebe-se claramente a política estatal de preservação de uma aproximação máxima da verdade por intermédio do processo, ao considerar penalmente puníveis condutas que ataquem os interesses da administração da justiça. É o caso, entre outros, dos crimes de comunicação falsa de crime ou de contravenção (art. 340 do CP), de auto-acusação falsa (art. 341 do CP), falso testemunho ou falsa perícia (art. 342 do CP) e fraude processual (art. 347 do CP).

26. Hermann Bekaert. *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1972, p. 14.

atividade primordial a de aplicar o direito objetivo, o apuramento fático insere-se no poder jurisdicional em uma evidente relação de continente e conteúdo. Ou seja, o exercício eficaz do poder jurisdicional, desejo natural do Estado, sobretudo quando envolvidos bens jurídicos eleitos por ele próprio como de alta relevância, supõe uma correta aplicação do ordenamento jurídico, o que somente será alcançado com a perfeita delimitação fática sobre a qual incidirá o mandamento normativo. Qualquer displicência por parte de quem foi munido de parcela do poder estatal representará, em última análise, descaso com os interesses públicos, vale dizer, a liberdade jurídica do cidadão e o bem jurídico protegido pela norma penal atacada, cuja tutela é resguardada pelo poder-dever punitivo.

É importante notar que esse "poder" de apuramento fático não será exercido de maneira preponderante e sufocadora de qualquer atuação das partes processuais. Se assim o fosse, representaria verdadeira atividade quando, na realidade, está inserido no poder jurisdicional como elemento que lhe é inerente. Trata-se, não se olvide, do conteúdo e não do continente. Afinal, o caminhar processual penal é realizado em conjunto e em cooperação com as partes processuais. Se a essas é defeso caminharem sozinhas, tampouco será conveniente a figura de um julgador solitário em sua jornada.

Esse apuramento fático é, portanto, concretizado por intermédio de iniciativas que, longe de exprimirem comportamentos reiterados, indicam atuação esporádica e suplementar, dando-se prevalência para um contraditório efetivo e real a cargo dos sujeitos parciais. A iniciativa estará voltada à busca dos elementos úteis, senão indispensáveis, para um preciso acertamento fático, tomando por base uma afirmação inicial delineada pela acusação. Não se trata, pois, de tarefa investigativa, mas sim instrutória. Teríamos, esquematicamente:



3.4 *Atuação investigativa* versus *iniciativa instrutória*

Na linha de raciocínio exposta, forçoso é convir extrapolar o âmbito da iniciativa instrutória do juiz, a busca, por conta própria, em uma fase preliminar à formalização da acusação, de dados fáticos, atividade muito mais consentânea com as funções daquele que persegue e acusa.

Com efeito, em um processo prevalentemente democrático, os papéis de seus sujeitos são mais bem delineados e divididos, o que importa em distinção entre dois termos intrinsecamente distintos: instruir e investigar. Ora, enquanto na investigação o foco está voltado à pesquisa de um fato que poderá redundar ou não na formalização de uma acusação, na instrução deparamo-nos

com uma atividade naturalmente decorrente e circunscrita pelos termos de uma formalizada imputação e reputada, ademais, como necessária para avaliar-se a veracidade ou não desta.

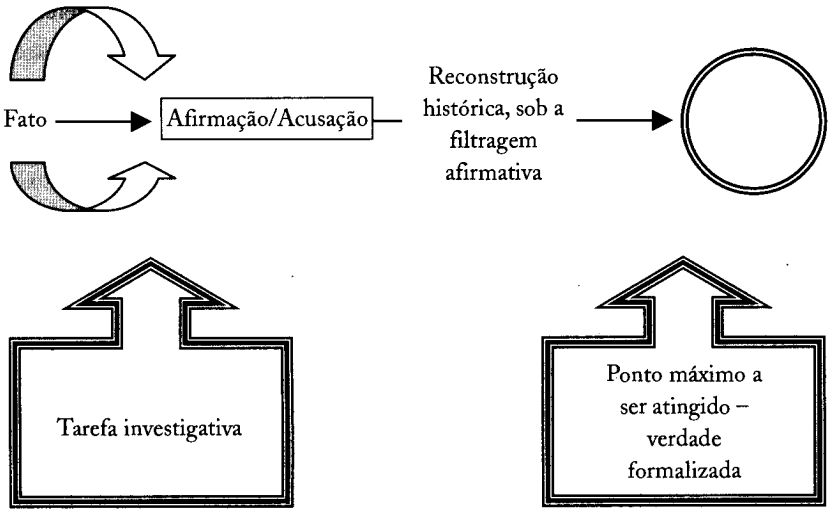
Assim, é que "a *investigação* consiste no indagar, de modo metódico e continuado, a respeito de certa noticiada ocorrência. Quem investiga só rastreia o fato – que lhe pareceu ilícito e típico –, suas circunstâncias, bem como possível autoria. A *investigação*, ou averiguação, pode levar a uma *proposição* simples; cabendo à *instrução* concluir se verdadeiro ou falso o mero *enunciado*. Em regra e por isso, a *investigação* antecede à *instrução preliminar*. Já, em ambas as fases da persecução penal, a *instrução* mostra-se como atividade – que a *proposição*, simples ou qualificada, provocou –, dirigida e tendente a colher ou produzir prova, sobre a existência de fato, que se desenha ilícito e típico; e ainda, lhe indicar o agente, ou agentes".[27]

Assim, quando o juiz se põe a apurar um fato, não limitado ainda pela descrição formalizada que se subsume a uma previsão típica, ilícita e culpável, acaba por desviar-se do papel a ele originariamente traçado, qual seja, de aplicação do direito e de solução dos conflitos penais, imiscuindo-se na atividade que se esperaria fosse exercida, apenas, pela acusação, o que acaba aproximando o quadro daquele de inspiração inquisitória.

Diversamente, se estivermos inseridos em um roteiro já delimitado por força de uma acusação formalizada, a atuação do juiz, quando direcionada à complementação ou mesmo ao esclarecimento de pontos apresentados ou surgidos como duvidosos, longe de ser tida como investigativa, representará um degrau natural e inerente ao pleno exercício do poder jurisdicional. Cuidar-se-á de um movimento direcionado à busca de um melhor acertamento

27. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. "Breves notas sobre o Anteprojeto de Lei, que objetiva modificar o Código de Processo Penal, no atinente à investigação policial". *Revista Cejap* 2/9-10, Campinas: Millenium, set. 2000.

fático, apresentado e justificado aos sujeitos parciais como necessário para bem se avaliar a veracidade, a falsidade ou até mesmo a dúvida da proposição inicialmente apresentada.[28] Trata-se, assim, de um movimento necessário e plenamente compatível com qualquer modelo que se imprima ao processo penal – acusatório, inquisitório ou misto. Se pudéssemos reduzir a observação em termos esquemáticos, teríamos:



3.5 *A afirmação do sistema acusatório pela Constituição Federal de 1988*

É fato ter o Código de Processo Penal de 1941 surgido em meio a um contexto histórico, marcado por uma crescente centralização política e pelo triunfo

28. Conforme observado por Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, op. cit., n. 20: "Proposição consiste em enunciado declarativo, que tanto pode ostentar-se verdadeiro, como falso ou duvidoso. É havida, também, qual expressão, ou afirmação verbal do juízo, a respeito de algo, de alguém, ou de uma relação".

dos ideais autoritários, como produto jurídico do Estado Novo.[29] Mas é certo, igualmente, ter essa rota sofrido sensível alteração em seu rumo por conta da implementação de uma nova ordem constitucional.

De fato, ao fixar, como privativa do órgão acusador público – e, portanto, distinto do julgador – a promoção da ação penal de iniciativa pública, sacramentou a Constituição Federal um modelo de roupagem acusatória para o processo penal, separando claramente a titularidade subjetiva das funções de acusar e de julgar. Resta vedada, portanto, a possibilidade do juiz vir a exercer poderes inerentes ao exercício da acusação, entre os quais o de investigar.

4. O papel do juiz à luz da Lei 9.034/1995

4.1 O fenômeno da macrocriminalidade

Reconhece-se, modernamente, a ineficácia do emprego de métodos tradicionais de combate da macrocriminalidade. De fato, nesta a violência física não é o seu único marco característico. Os agentes atingem seus intentos por intermédio de condutas fraudulentas e dissimulatórias, ancorando-se, no mais das vezes, em suas posições econômicas, políticas ou sociais. Envolve, no mais das vezes, altas cifras, gerando, por conseqüência, prejuízos à economia do Estado. Desvia recursos que poderiam estar sendo alocados para programas sociais, causando, ainda, em nível internacional, insegurança e descrédito quanto ao funcionamento do mercado. Trata-se, pois, "de uma delinqüência em bloco, conexo e compacto (...) de modo pouco transparente (como no caso do crime organizado) ou sob o rótulo da atividade econômica lícita (crime do colarinho branco)".[30]

29. Como assinala Boris Fausto, em *História do Brasil*, 6. ed., São Paulo: USP, 1999, p. 366: "O Estado Novo concentrou a maior soma de poderes até aquele momento da história do Brasil independente. A inclinação centralizadora, revelada, desde os primeiros meses após a Revolução de 30, realizou-se plenamente".

30. Hekelson Bitencourt Viana da Costa. "Lavagem de dinheiro". *Revista de Informação Legislativa*, n. 150, ano 38, abr.-jun. 2001.

O enfrentamento desse fenômeno é, todavia, fonte de grandes controvérsias, sobretudo diante da imperiosa necessidade de se compor, harmonicamente, interesses profundamente antagônicos: o exercício do poder-dever punitivo estatal e a liberdade jurídica mediante observância do devido processo legal. As recentes inovações legislativas bem refletem essa problemática.

Incentivado pelo sucesso do que se convencionou denominar "operação mãos limpas", implementada na Itália, sobejamente divulgada e explorada pela mídia, acabou o legislador nacional trilhando passos assemelhados, o que resultou na promulgação da Lei 9.034/1995,[31] recentemente alterada pela Lei 10.217/2001 – responsável que foi pela definição dos procedimentos de investigação e formação de provas para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, quais sejam: a) ação controlada consistente no retardamento da intervenção policial; b) acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais;[32] c) captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e seu registro e análise; e d) a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes.

4.2 Atuação investigativa: o juiz inquisidor

Nesse quadro e sob o pretexto de resguardar o sigilo decorrente da preservação constitucional da intimidade, determinou o legislador que o acesso a dados

31. A lei em tela teve como base tanto o Projeto de Lei 3.516 de 1989 de responsabilidade do Deputado Michel Temer, como o substitutivo apresentado pelo Senado Federal (Projeto 3.516-B). O uso de justificativas, permeadas pela emoção, resta evidente ao se analisar a discussão travada na Câmara dos Deputados Federais, em torno dos projetos. De fato, naquela ocasião asseverou o Deputado Miro Teixeira: "Portanto, Sr. Presidente, este é o parecer. E poderemos celebrar, pelo acordo da Liderança feito em torno deste texto, um grande momento desta Casa, numa hora em que a sociedade brasileira reclama velocidade na utilização de instrumentos para combater uma criminalidade que não tem código de ética, não tem limites, não tem territorialidade demarcada pelos códigos, uma criminalidade que avança e que tolhe o cidadão no seu direito de ir e vir – repito – enquanto o Estado fica à mercê de uma legislação processual arcaica e superada" (*Diário do Congresso Nacional*. Seção I, abr. 1995, p. 5.632).

32. Conforme preceitua o art. 2.º, III: "o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais".

fosse efetivado pessoalmente pelo juiz, aquém caberia, ainda, lavrar um auto circunstanciado a ser conservado fora dos autos e em local seguro, sem a intervenção do cartório ou dos serventuários, mas apenas das partes legítimas.[33]

Entretanto, quando essa busca não provocada concretizar-se na fase preliminar da persecução penal, certamente estar-se-á extrapolando os limites da função jurisdicional. Haverá, aqui, a bem da verdade, o exercício de uma atividade investigativa que, como visto, é mais consentânea com a função daquele encarregado de formalizar uma acuação por intermédio de uma afirmação. Plenamente coerentes são, dessa feita, as observações que vêem, nessa previsão, resquícios inquisitórios incompatíveis com um processo penal prevalentemente democrático, no qual os papéis de seus sujeitos estão mais bem divididos e delineados. O grande equívoco da previsão legal reside, pois, na tentativa de equiparação da atuação judicial, em sede preliminar da persecução penal, com aquela possível de ser instrumentalizada ao longo da ação penal, o que reflete a confusão entre dois termos intrinsecamente distintos: investigação e instrução.

Dessa forma, a busca pessoal de dados, tal como delineada pela Lei 9.034/1995, durante a fase judicial e ainda que não provocada, desde que suplementar à

33. Conforme estatuído pelo art. 3.º e parágrafos: "Nas hipóteses do inc. III do art. 2.º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça". § 1.º: "Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo". § 2.º: "O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo, para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão *ad hoc*". § 3.º: "O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação". § 4.º: "Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz". § 5.º: "Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça".

atuação natural dos sujeitos parciais, não pode, por si só, ser considerada atentatória ao modelo acusatório. A bem da verdade, o perigo de recaídas inquisitórias reside no uso para fins investigativos da medida que, sem dúvida, compromete a imparcialidade do juiz notadamente por ficar este exposto à atmosfera invariavelmente parcial dos resultados obtidos por uma investigação, voltados, lembre-se, à estruturação de uma afirmação acusatória.

Entretanto, quando assim procede na tentativa de buscar esclarecimentos para pontos indispensáveis à formação de sua convicção, estará o juiz concretizando uma iniciativa instrutória compatível com o modelo que se intitule de acusatório tanto quanto seja respeitado o devido processo legal. E não haverá incompatibilidade com a imparcialidade. Aliás, há grave equívoco por parte daqueles que assim entendem. Em realidade, a incerteza quanto aos resultados que serão obtidos pela realização de um meio de prova, por si só, fragiliza qualquer assertiva que procure ver em tal atuação um comprometimento da imparcialidade. Aliás, as suspeitas de eventual parcialidade devem decorrer de condutas objetivamente indicativas de um comprometimento da natural eqüidistância do julgador, e não em virtude de simples conjecturas tomadas como premissas inabaláveis que apenas traduzem medos irrefletidos e contaminados por pré-conceitos.

Mas, a par de tais considerações, outro resquício inquisitório da lei em tela repousa no exagerado trato da restrição da garantia da publicidade dos atos processuais. Afinal, o respeito intransigente ao devido processo legal é fator mais do que indispensável a toda e qualquer iniciativa instrutória. E, nesse aspecto, não se pode vislumbrar uma busca de dados efetuada pessoalmente pelo juiz que não seja acompanhada pelos sujeitos parciais. Tampouco é admissível qualquer limitação de acesso ao resultado da diligência representado pela lavratura do respectivo auto. A bem da verdade, o sigilo que deve ser preservado dirige-se a terceiros não envolvidos no processo e não, por óbvio, aos sujeitos parciais, que dele tomam parte e diretamente sofrerão os efeitos da tutela jurisdicional.

5. Conclusões

A partir do exposto, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

a) Centralizando os aspectos distintivos do sistema acusatório e inquisitório, pode-se afirmar haver no primeiro uma divisão equilibrada entre os papéis desempenhados pelos sujeitos parciais, afastando-se, assim, a coincidência subjetiva entre as funções de acusar e julgar. Diferentemente, no sistema inquisitório, acusação e decisão estão concentradas nas mãos de um único sujeito, qual seja: o inquisidor.

b) O processo penal envolve um conflito de interesses de alta relevância. De um lado, encontra-se o exercício do poder-dever punitivo que é deflagrado por conta da prática de um comportamento típico, antijurídico e culpável. De outro, insere-se a preservação da liberdade jurídica. Por serem públicos, a fórmula adotada deve representar a busca por um equilíbrio entre as forças antagônicas. A aplicação do direito, essência da atividade jurisdicional, pressupõe e exige um adequado acertamento fático.

c) Sob esse prisma, quando o julgador inicia, independentemente de provocação, a busca por um elemento probatório, concretiza a imperiosa necessidade de aproximação máxima possível de uma verdade processual. Essa iniciativa, contudo, em um processo penal democrático, não é antecedente e tampouco sufocadora da atuação dos sujeitos parciais. Ao contrário, é suplementar, estando, pois, condicionada aos parâmetros de um devido processo. Plenamente realizável, portanto, em um modelo acusatório.

d) Por isso mesmo, a iniciativa instrutória do juiz não se confunde com atuação investigativa. Nesta, não há uma prévia afirmação que se procura confirmar ou não. Aliás, buscam-se elementos que permitam deduzir uma afirmação, sendo pois, tarefa muita mais consentânea com a função de acusar do que a de julgar. Dessa forma, quando o juiz põe-se a investigar acaba por concentrar em suas mãos poderes que, em uma relação equilibrada, própria do modelo acusatório, deveriam estar separados.

e) A Lei 9.034/1995, embora sob o pretexto de combate ao fenômeno da macrocriminalidade, estabelece a possibilidade do juiz, no inquérito policial, buscar pessoalmente dados que venham sustentar futura acusação. Quando realizada independentemente de prévia provocação estará, na verdade, concretizando poderes investigatórios que são absolutamente estranhos à função de dizer o direito aplicável. Todavia, quando inserida na fase judicial e, portanto, já delimitada por uma afirmação (acusação), desde que limitada aos parâmetros de um processo penal democrático que pressupõe uma maior participação dos sujeitos parciais, não estará jungida a uma roupagem inquisitória.

f) Toda e qualquer iniciativa instrutória do julgador deve vir amparada pelos ditames do devido processo legal. E, nesse sentido, a restrição da publicidade dos atos processuais, por mais grave que se apresente a definição jurídica atribuída, nunca deverá obstar o acompanhamento dos atos pelos próprios sujeitos processuais parciais. Trata-se do indispensável critério legitimador interno do processo penal, no qual o juiz é seu principal sujeito concretizador.

Bibliografia

ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. *A prova por indícios no processo penal.* São Paulo: Saraiva, 1994.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. "Fato (direito civil)". *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 36.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BEKAERT, Hermann. *La manifestation de la vérité dans le procès pénal.* Bruxelles: Émile Bruylant, 1972.

CONDE, Francisco Muñoz. *Búsqueda de la verdad en el proceso penal.* Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil.* 6. ed. São Paulo: USP, 1999.

FERRAJOLLI, Luigi. *Derecho y razón* – Teoría del grantismo penal. 3. ed. Trad. espanhola de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradilos Basoco e Rocío Canarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. *Crime organizado:* enfoques criminológico, jurídico e político-criminal. São Paulo: RT, 1995.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal.* São Paulo: RT, 1997.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal.* Trad. Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal.* Parte general. 3. ed. Trad. para o espanhol por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1978. vol. I.

LEONE, Giovanni. *Trattato di diritto processuale penale.* Dottrine generali. Napoli: Eugenio Jovene, 1961.

MAIER, Julio Bernardo J. *Derecho procesal penal argentino.* Buenos Aires: Hammurabi, 1989. vol. B, t. I.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. "A liberdade jurídica no direito e no processo". *Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo.* São Paulo: Resenha Universitária, 1976.

———. *Ação penal:* análises e confrontos. São Paulo: RT, 1938.

———. "O princípio da verdade real". *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.* São Paulo: RT, ano LII, p. 116-138, 1957.

———. *Princípios fundamentais do processo penal.* São Paulo: RT, 1973.

———. *Processo penal, ação e jurisdição.* São Paulo: RT, 1975.

MENDES DE ALMEIDA JR., João. *O processo criminal brazileiro.* 3. ed. aum. Rio de Janeiro: Baptista de Souza, 1920. vol. 1.

OLMEDO, Clariá. *El proceso penal:* su génesis y primeras críticas jurisdiccionales. Buenos Aires: Depalma, 1985.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. "Breves notas sobre o anteprojeto de lei, que objetiva modificar o Código de Processo Penal, no atinente à investigação policial". *Revista Cejap*, Campinas: Millennium, n. 2, p. 3-26, set. 2000.

———. "O juiz penal e a pesquisa da verdade material". In: PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Processo penal e Constituição Federal.* São Paulo: Acadêmica, 1993.

———. "Processo penal como dever do Estado". *Jornal do Advogado*, n. 65, São Paulo, 1979.

TIEDMANN, Klaus. "El derecho procesal penal". *Introducción al derecho penal y al derecho procesal.* Trad. para o espanhol por Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Ariel, 1989.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1993.

———. "Jurisdição penal". *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano VII, p. 69-85, jul.-set. 1982.

———. *Princípios e regras orientadoras do novo processo penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VIANA DA COSTA, Hekelson Bitencourt. "Lavagem de dinheiro". *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 150, abr.-jun. 2001.

Delincuencia y Sistema Penitenciario en México

Elena Azaola
Profesora e Investigadora de la Division de Estudios Juridicos – Centro de Investigacion y Docencia Economicas – CIDE, Mexico.

Marcelo Bergman
Profesor e Investigador de la Division de Estudios Juridicos – Centro de Investigacion y Docencia Economicas – CIDE, Mexico.

Sumario: 1. Introducción – 2. Los centros penitenciarios – 3. Incremento de la población carcelaria – 4. Factores que inciden en el incremento de la población penitenciaria – 5. Una perspectiva comparada – 6. Algunos aspectos de la incidencia delictiva – 7. Principales problemas de los centros penitenciarios – 8. Otras instituciones del sistema de seguridad y justicia – 9. Conclusiones – Bibliografía.

Resumen: Este trabajo describe los rasgos y los problemas que caracterizan al sistema penitenciario mexicano y efectúa un análisis del papel que desempeña dentro del conjunto de las instituciones que tienen por objeto combatir la criminalidad. Se abordan los cambios en la actividad delictiva que han tenido lugar en el país durante la última década y las acciones que llevan a cabo las instituciones de seguridad y justicia para contenerla. Se incluyen los principales resultados y conclusiones de una encuesta levantada a 1,615 internos en establecimientos penitenciarios de tres entidades de la República Mexicana.

Palabras-clave: Sistema penitenciario – Delincuencia – Prisión.

1. Introducción

Este trabajo se propone describir los rasgos más significativos que caracterizan al sistema penitenciario mexicano y efectuar un análisis del papel que este sistema desempeña dentro del conjunto de las instituciones que tienen por objeto hacer frente a la criminalidad en el país. Nos interesa específicamente conocer, dentro de las diferentes funciones que le son asignadas a este sistema, cuáles son las que cumple medianamente y las que deja de lado o no logra encarar.

Se abordan, asimismo, los cambios más relevantes que se observan en la actividad delictiva que ha tenido lugar en el país durante la última década y las acciones que llevan a cabo las instituciones de seguridad y justicia para contenerla, así como los principales problemas que enfrentan las instituciones penitenciarias.

Para elaborar este trabajo hemos compilado una serie de datos de distintas fuentes tanto primarias como secundarias. Hacemos uso de información estadística de fuentes oficiales,[1] así como también presentamos algunos resultados de una encuesta que recientemente levantamos a 1,615 internos en establecimientos penitenciarios de tres Estados de la República Mexicana.[2] Se incluyen las principales conclusiones que se obtuvieron de la encuesta, uno de cuyos propósitos fue recabar la percepción que la población en prisión tiene acerca de la capacidad disuasiva de las fuerzas de seguridad, así como del desempeño de las instituciones de procuración y administración de justicia en México.

2. Los centros penitenciarios

En la República Mexicana existen un total de 447 establecimientos penitenciarios que, de acuerdo con el tipo de autoridad que los tiene a su cargo, se distribuyen de la siguiente manera:

1. Cuando no se cita otra fuente, la información proviene de la Secretaría de Seguridad Pública.

2. La encuesta se levantó, mediante procedimientos de muestreo aleatorio, durante el primer semestre de 2002 en 15 centros penitenciarios. Incluyó a un total de 1,615 internos: 1,010 en el

5	federales
330	estatales
103	municipales
9	gobierno del Distrito Federal
447	

La población de los establecimientos penitenciarios varía significativamente de un centro a otro. Los del Distrito Federal son los más poblados ya que dos de sus centros cuentan con casi 8 mil internos. Le siguen los centros estatales que, en la mayoría de los casos, cuentan con una población que varía entre 500 y cinco mil internos, siendo lo más frecuente que tengan un promedio aproximado de mil. Por su parte, los centros federales cuentan con cerca de 500 internos mientras que los municipales son los de menor población.

En cuanto a su nivel de seguridad, tres de los centros federales, que se ubican en los Estados de México, Jalisco y Tamaulipas, son de alta seguridad. Existe, por otro lado, un centro de baja seguridad, en tanto que el resto de los centros penitenciarios son de seguridad media.

La composición de la población penitenciaria por sexo es de 96% hombres y 4% mujeres, proporción que se ha mantenido constante a lo largo de las últimas décadas y que es similar a la que existe en países con un nivel de desarrollo similar al de México (Azaola, 1998).

Del total de la población interna 57% ha obtenido sentencia en tanto que 43% son reos sin condena, porcentaje que se ha mantenido más o menos constante a lo largo de la última década. En este aspecto México se aparta de la mayoría de los países latinoamericanos que tienen porcentajes más elevados de presos sin condena.

Distrito Federal, 512 en el Estado de México y 93 en el de Morelos. En conjunto, la población penitenciaria de estas tres entidades es, en números redondos, de 35 mil internos que representa la quinta parte de la población penitenciaria total del país (177 mil internos). Los resultados *in extenso* de la encuesta pueden consultarse en: M. Bergman, E. Azaola, A. L. Magaloni y L. Negrete, 2003.

En cuanto al fuero, 26% de los internos a nivel nacional se encuentran acusados por delitos del fuero federal mientras que 74% por delitos del fuero común, porcentaje que tampoco se ha alterado significativamente durante la última década. Cabe señalar, sin embargo, que, debido al tráfico de drogas, los Estados de la frontera norte cuentan con una proporción significativamente más elevada de internos por delitos del fuero federal como puede apreciarse en el cuadro siguiente al comparar dichas entidades (Baja California, Sonora, Tamaulipas, Chihuahua) con el resto de la República.

Población penitenciaria en algunos Estados de la República Mexicana según fuero, 2001

Entidad	Población penitenciaria	Fuero común	Fuero federal (%)
Distrito Federal	22,371	18,878	3,493 (16%)
Baja California	11,855	7,235	4,620 (39%)
Sonora	11,409	6,536	4,873 (43%)
Estado de México	10,807	9,705	1,102 (10%)
Veracruz	9,050	7,929	1,121 (12%)
Tamaulipas	8,741	4,797	3,944 (45%)
Michoacán	8,083	6,176	1,907 (24%)
Jalisco	7,153	5,778	1,375 (19%)
Chihuahua	6,714	3,747	2,967 (44%)
Sinaloa	6,373	3,946	2,427 (38%)
Tlaxcala	603	s.d.	s.d.
Campeche	1,063	s.d.	s.d.
Aguascalientes	1,068	s.d.	s.d.
Baja California Sur	1,069	s.d.	s.d.

Fuente: Órgano Administrativo Descentralizado Prevención y Readaptación Social, Secretaría de Seguridad Pública, noviembre, 2001.

Por lo que se refiere a la composición de la población interna por tipo de delito, el siguiente cuadro muestra los datos que recabamos en la encuesta, que son similares a los de otras entidades del país excepto las del norte de la República que tienen una proporción más elevada de delitos relacionados con el tráfico de drogas.

Población interna por tipo de delito

Estado	Delitos contra la propiedad	Delitos violentos	Tráfico Drogas	Otros*	Total
D.F.	33%	50%	6%	11%	100%
Edo. de México	21%	64%	5%	10%	100%
Morelos	16%	46%	22%	16%	100%
% Total	26%	54%	8%	12%	100%

(*) Incluye delitos sexuales, de cuello blanco y otros.

Fuente: Encuesta en prisiones, CIDE, 2002.

3. Incremento de la población carcelaria

Durante la última década, la población en prisión se ha incrementado en México a un ritmo sin precedente. En efecto, como lo muestra el cuadro siguiente, en poco más de diez años la población en prisión se ha duplicado, lo que nunca antes había ocurrido en un periodo tan corto. De hecho, México tiene hoy en día una tasa de 175 presos por 100 mil habitantes mientras que, hace diez años, tenía una de 104 por 100 mil.

Población penitenciaria en México, 1992-2003 – (en miles de personas)

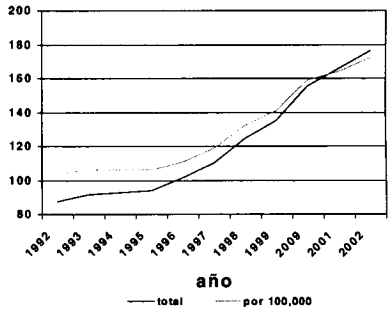
Año – Población	Año – Población
1992 – 87.7	1998 – 124.7
1993 – 91.6	1999 – 135.3
1994 – 92.7	2000 – 155.1
1995 – 93.5	2001 – 165.6
1996 – 101.2	2002 – 176.4
1997 – 109,9	2003* – 177.5

(*) Hasta abril de 2003.

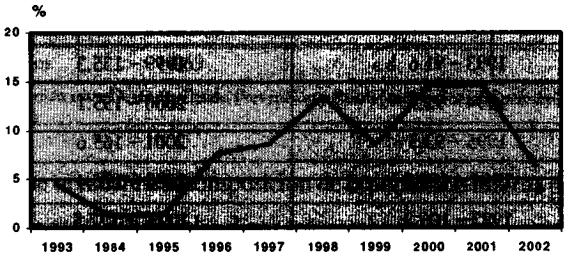
Fuentes: Secretaría de Gobernación 1992-2000; Secretaría de Seguridad Pública 2001-2003.

El gráfico siguiente muestra el ascenso de la población penitenciaria tanto en términos absolutos como por 100,000 habitantes. Como se observa, dicha población se incrementó a un ritmo de 9% de anual en promedio. El crecimiento más pronunciado se observa de manera constante a partir de 1996. Sólo en 2002 pareciera que el ritmo de crecimiento habría comenzado a descender, posiblemente debido a la sobrepoblación de los establecimientos penitenciarios.

Población interna



Tasa anual de incremento en la población interna



Las prisiones mexicanas tienen hoy en día un sobrecupo, en promedio, de 35%; sin embargo, hay Estados cuya población penitenciaria supera en más del 100% su capacidad instalada. Particularmente difícil por su superpoblación es, de acuerdo con la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la situación de las prisiones en: Baja California, Nayarit, Chiapas, Sonora, Tamaulipas, Oaxaca, Puebla y el Distrito Federal. Abordaremos algunos de los factores que inciden en el significativo incremento que ha tenido la población penitenciaria durante la última década.

4. Factores que inciden en el incremento de la población penitenciaria

Entre los factores que han incidido en el incremento del cien por ciento que ha tenido la población penitenciaria del país entre 1992 y 2003, cabe referir los siguientes:[3] a) incremento en los índices delictivos; b) reformas a los códigos que han endurecido las penas y, c) medidas administrativas que prolongan la estancia en prisión. Analizaremos brevemente cada uno de ellos.

a) *Incremento en los índices delictivos.* El número de delitos que se denunciaron en el país aumentó de 809 mil delitos en 1991 a un millón 517 mil en 2001, lo que representa un incremento del 88% en sólo diez años. En cuanto al número de delitos denunciados por cada mil habitantes, el punto máximo se alcanzó en 1997 con 16.18, bajando a 14.26 en el 2000 y volviendo a subir a 15.1 en el 2002. Las entidades con los índices de delincuencia más elevados, son: Baja California, Distrito Federal y Quintana Roo.

Vale la pena señalar que este incremento en el número de delitos denunciados ha tenido lugar a pesar de que, de acuerdo con todas las encuestas de victimización que se han levantado, el porcentaje de delitos que no se denuncian

3. En algunas entidades el incremento ha sido todavía mayor. En el Distrito Federal, por ejemplo, la población en prisión se triplicó entre 1993 y 2002 al pasar de 7,800 internos a 23,000 (Tenorio, 2002b).

también se habría incrementado año con año durante los últimos siete años. En efecto, de acuerdo con estas encuestas, entre 70 y 80% de los delitos que han tenido lugar durante dicho periodo no han sido denunciados a las autoridades.[4]

De igual modo conviene tomar en cuenta que 93% de los delitos quedan impunes dado que sólo 7% de los delitos que son denunciados dan lugar a que se inicie un proceso ante el poder judicial (Secretaría de Seguridad Pública, 2003; Zepeda, 2002).

b) *Reformas que han endurecido las penas.* Otro factor que ha contribuido a incrementar la población de las prisiones, es el de las reformas a los códigos penales que tuvieron lugar a partir de 1994 mediante las cuales se tipificaron como graves una gran cantidad de delitos dando por resultado que se elevaran las penas. Asimismo, diversos delitos quedaron exentos de la posibilidad que se otorgaran beneficios de preliberación a quienes los cometieran, incrementándose considerablemente su permanencia en prisión. Es el caso de los delitos contra la salud (tráfico de drogas) para los que no se admite reducción alguna de la pena impuesta por los jueces.

c) *Medidas administrativas.* De igual forma, debe tomarse en cuenta que quienes finalmente resuelven sobre la permanencia de los internos en prisión no son los jueces sino el personal técnico de los centros penitenciarios que cuenta con amplias facultades para conceder o negar los beneficios de preliberación. Ello ocasiona que las penas efectivas no necesariamente guarden proporción con la gravedad del delito y que los beneficios se otorguen de manera arbitraria e inoportuna, sobre todo si se considera que dicho personal tiene a su cargo la revisión de muchos más expedientes de los que puede tramitar. Es el caso, por ejemplo, del Distrito Federal donde cada uno de los funcionarios facultados para conceder beneficios tiene entre 400 y 2,000 expedientes a su cargo, lo que explica que no logren otorgarlos oportunamente.

4. Nos referimos a las encuestas que han levantado el periódico *Reforma*, la Revista *Este País*, el Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad y la empresa ACNielsen.

No existen estudios que demuestren cuál de estos u otros factores tienen un mayor impacto sobre el crecimiento de la población penitenciaria. Los datos apuntan, no obstante, a que más que un crecimiento de flujo nos encontramos frente a un típico aumento de stock. Es decir, la evidencia inicial apunta a que la población creció más por la extensión de las condenas que por el número de ingresos.

Al respecto, puede observarse el cuadro siguiente elaborado a partir de las estadísticas judiciales del periodo 1998-2000.[5] Éste contiene el número de sentencias condenatorias por año y tipo de delito. A pesar que durante dicho periodo la población penitenciaria aumentó en más del 20%, no obstante el número total de condenas sólo creció 1.8%. Si bien las sentencias condenatorias por delitos violentos y por delitos contra la salud tuvieron un significativo incremento por encima del promedio (9%), los datos muestran que, en la mayoría de los delitos, las condenas no han aumentado en proporción con el crecimiento de las denuncias ni con el de la población en prisión.

Sentenciados por tipo de delito, 1998-2000

	1998	1999	2000	Total
Delitos por drogas	7 684	7 487	8 719	23 890
Uso de armas de fuego		1 687	1 879	3 566
Homicidio	5 006	4 988	4 938	14 932
Lesiones	20 918	22 316	22 809	66 043
Violación	2 513	2 596	2 589	7 698
Abuso sexual	438	564	762	1 764
Robo	41 991	43 463	41 133	126 587
Fraude	1 791	1 618	1 592	5 001
Daños en propiedad	6 074	5 979	5 859	11 838
Despojo	2 027	1 509	1 628	5 164
Allanamiento	1 823	1 775	1 837	5 435
Amenazas	910	951	937	2 798
Uso arrmas prohibidas	11 267	10 538	8 404	30 209
Otros	18 278	19 233	19 496	57 007
Total	120 720	124 704	122 582	368 006

5. Recién a partir de 1998 se cuenta con datos judiciales con este nivel mínimo de desagregación.

Las estadísticas judiciales también muestran que entre 1998 y 2000 se incrementó el número de sentencias condenatorias de 3 años o más y se redujeron las de 3 años o menos (Inacipe, 2003). A pesar de que un estudio más analítico queda pendiente, los datos anteriores muestran que el aumento de las conductas delictivas no se refleja en el número de aprehensiones ni en el de sentencias condenatorias. El endurecimiento de las penas por parte de los jueces podría, de manera indirecta, ser un resultado del crecimiento de la criminalidad.

5. Una perspectiva comparada

El crecimiento de la actividad delictiva, en general, y el de la población penitenciaria, en particular, son procesos comunes a la región latinoamericana. El incremento de la criminalidad es particularmente notorio en las grandes urbes (Wacquant, 2000).

Lo anterior puede apreciarse en el cuadro siguiente que muestra un incremento de 56.4% en promedio de la población penitenciaria para todos los países latinoamericanos, con excepción de Venezuela, durante el periodo 1992-1999.[6] Si bien el crecimiento de la población penitenciaria de México se halla muy cerca del promedio durante el periodo considerado, México cuenta, sin embargo, con una de las tasas de encarcelamiento por 100 mil habitantes más altas de Latinoamérica, sólo superada por Chile y Colombia entre los países que cuentan con un similar nivel de desarrollo.

6. La excepción de Venezuela se explica por los programas masivos de preliberación y condonación de penas que tuvieron lugar durante dicho periodo (Ungar, 2003).

Incremento de la población penitenciaria en Latinoamérica, 1992-1999

País	Población total en prisión 1992	1996	1999	Incremento 1992-99 %	Internos por 100,000 habs.
Argentina	21,016	34,228	38,604	84	107
Bolivia	s.d.	6,235 (1997)	8,315	33	102
Brasil	114,377	148,760	194,074	70	113
Chile	20,989	23,567	30,852	47	205
Colombia	33,491	46,747	57,068	70	153
Costa Rica	3,346	4,722	8,526	155	229
República Dominicana	10,800	10,387	14,188	31	170
Ecuador	7,998	10,957	8,520	7	69
El Salvador	5,348	7,996	6,868	28	109
Guatemala	n/a	6,387	8,169	28	69
Honduras	5,717	9,480	10,869	90	172
México	87,723	101,200	139,707	59	143
Panamá	4,428	7,322	8,517	92	303
Paraguay	s/d	3,427	4,088	19	75
Perú	17,350	23,174	27,452	58	107
Uruguay	3,037	3,268	4,012	32	123
Venezuela	s.d.	22,791	14,196	-38	60

Fuente: Datos elaborados con base en Ungar, 2003.

Desde otro ángulo, México tampoco escapa a la media latinoamericana respecto a la sobrepoblación en sus prisiones y al nivel deplorable de los servicios institucionales. Aunque más adelante se analizarán detalladamente estos temas para el caso de México, el cuadro siguiente ofrece una perspectiva regional del problema. Como puede apreciarse, tanto el nivel de los servicios, como el de los derechos mínimos que pueden garantizarse a los internos, son sistemáticamente violados sin que exista ningún incentivo social o institucional para poder remediar esta situación.

Sobrepoblación, porcentaje de internos sin sentencia y costo por interno en las prisiones de América Latina[7]

País	Sobrepoblación %	Internos sin sentencia %	Costo por interno (US dls)
Argentina[8]	140% (promedio)	70% (promedio)	Varía por provincia
Bolivia	162%	70%	$ 26 por interno por mes
Brasil	181% (promedio)	45%	Varía por Estado
Chile	150%	51%	s.d.
Colombia	137%	43%	$ 1.44 (sólo alimentos)
Costa Rica	167%	% moderado	s.d.
Cuba	175% (aprox.)	% moderado	s.d.
Rep. Dominicana	215%	74%	s.d.
Ecuador	143%	% severo	s.d.
El Salvador	135%	75+%	s.d.
Guatemala	101%	62%	s.d.
Honduras	109%	90%	$ 0.40 (alimentación y salud)
México	133% (promedio)	43%	Varía por estado
Nicaragua	113%	% moderado	$ 0.58 (sólo alimentos)
Paraguay	212%	De 80 a 90%	s.d.
Panamá	126%	% severo	s.d.
Perú	141%	65+%	$ 0.75 (sólo alimentos)
Uruguay	125%	70+%	s.d.
Venezuela	160%	70+%	$ 1.86 (costo total)[9]

Fuente: Datos elaborados con base en Ungar, 2003.

7. Aunque la población penitenciaria total en Guatemala coincide con su capacidad instalada, algunas de sus prisiones están sobrepobladas hasta en 170%. En Brasil hay cerca de 200 mil internos en un sistema con capacidad para 145 mil (*The Econimist*, February 24, 2001:37). Otras fuentes: Observatoire international des prisons, 1995; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Bolivia; Instituto Nacional Penitenciario de Colombia y, Reuters, "Peru admits jails packed with unsentenced inmates", April 24, 1996. (El vice-Ministro de Justicia de Perú señaló que la proporción de internos sin sentencia alcanza en algunos casos hasta 90%).
8. En países federales, que cuentan con sistemas penitenciarios separados para sus provincias, como en el caso de Argentina, las diferencias entre las provincias pueden ser considerables.
9. *El Universal*, 21 de marzo, 1995

En resumen, a pesar de que la situación de las prisiones y el incremento de la actividad delictiva se han tornado en un serio problema, México no escapa a lo que es la norma en la región, donde la ineficacia institucional y el aumento de la criminalidad son fenómenos que claramente se han agudizado en la década de los 90.

6. Algunos aspectos de la incidencia delictiva

Como se verá, la distribución de los internos por delito que encontramos en las prisiones, obedece a la capacidad de los sistemas de procuración de justicia de aprehender a los sospechosos y a la de los tribunales de imponer sanción a los culpables. Es decir, la composición de la población por delito no corresponde sólo a la distribución de los delitos que efectivamente se cometen multiplicados por la duración de las penas que les corresponden, sino, más bien, a la capacidad que tienen las instituciones del sistema de justicia para aprehender y condenar a los responsables.

Como lo muestra el cuadro siguiente, los internos detenidos por delitos violentos constituyen el grupo mayoritario. Esto no sólo se debe a que sus sentencias son más prolongadas, sino también refleja el incremento que este tipo de delitos ha tenido durante los últimos años.

El robo con violencia es el delito que más se ha incrementado durante la última década. Así, por ejemplo, mientras que en 1990 se registraba en la Ciudad de México un robo con violencia por cada dos sin ella, en 1997 el 55% de los robos se efectuaron con violencia. De igual modo, mientras que en 1994 sólo 28% de los asaltantes en la Ciudad de México estaban armados, en 1999 ya lo estaba el 70%, y si en 1994 sólo una de cada diez víctimas de asalto resultaba lesionada, en 1999 lo fue una de cada tres.[10]

En la encuesta que levantamos en 2002, 57% de los acusados por robo con violencia admitió haber utilizado un arma así como 56% de los acusados por de-

10. Ruiz Harrell, 1998 y artículos publicados por el mismo autor en *Reforma* durante 2000.

litos contra las personas, también lo hizo. En resumen, la imposición de condenas más severas, y por lo tanto el incremento en el número de internos, también refleja una incidencia mayor de delitos violentos.

Delitos reportados. En una situación de equilibrio óptimo, las prisiones deberían albergar una proporción de internos cuyos delitos reflejaran la distribución de los que realmente se cometen en la sociedad, controlando la severidad de la pena. La actividad delictiva se mide tanto por los delitos que se reportan a las autoridades cuanto por los resultados que se obtienen de las encuestas de victimización. Debido a que en México no existen encuestas de victimización estandarizadas, sólo es posible medir la evolución de la actividad delictiva a través de los delitos reportados. Sin embargo, es preciso señalar que esta variable es sensible a la confianza que la ciudadanía tenga en las instituciones de justicia y en la eficacia percibida de las mismas. Es decir, si la ciudadanía percibe a las instituciones como eficaces y confía en las mismas, las denuncias tenderán a aumentar, de lo contrario, éstas disminuirán sin que ello implique una reducción de la actividad delictiva. Esto último parece ser lo que ha venido ocurrido en México durante la última década (Azaola, 2002).

Según distintas fuentes oficiales, la delincuencia alcanzó su pico máximo en 1997 y a partir de entonces habría comenzado a descender moderadamente. Este descenso habría sido más notorio en algunos delitos que en otros. El número de denuncias por robo, por ejemplo, descendió 10% entre 1997 y 2001. Sin embargo, las denuncias por robo de vehículo se incrementaron 2%. Lo mismo puede observarse en relación con los delitos violentos: mientras que el homicidio descendió 11%, las lesiones, en cambio, se incrementaron 12%. Así también, mientras que el rubro de otros delitos descendió, los daños, amenazas, fraude y abusos de confianza, se habrían incrementado. Lo mismo ocurrió con las violaciones que aumentaron 12%. En conjunto, se habría producido un descenso sólo del 4% en el número de casos denunciados en 2001 respecto a los reportados en 1997.

Del total de delitos reportados en 1998, 43% fueron robos; 18% lesiones; 10% daño en propiedad ajena; 5% delitos contra la salud (tráfico de drogas); 4% amenazas; 4% fraude y 3% homicidio. En cuanto al robo, el promedio fue de 583 robos por 100 mil habitantes. De acuerdo con otra clasificación, en 2001 los delitos se distribuyeron de la siguiente manera: robo 37.2%; lesiones 17.9%; daños a bienes de las personas 9.8% y otros delitos 35.1% (Secretaría de Seguridad Pública, 2003). Como se observa, la denuncia de delitos ante las autoridades muestra un fuerte sesgo en el que prevalecen los delitos menores a los que se imponen sentencias cortas. De ser así, por lo menos en una primera lectura, la población carcelaria dista mucho de reflejar la distribución de la actividad delictiva que realmente tiene lugar en la sociedad.

Ciudades. Las ciudades con más alta criminalidad en el país en 1998, fueron: Tijuana con 3,429 delitos por 100 mil habitantes; la zona metropolitana de la Ciudad de México con 2,851; Ciudad Juárez con 2,803 y Guadalajara con 2,779. En estas ciudades el robo representó entre 45 y 61% del total de los delitos cometidos.

Delitos contra la salud. Algunos de los datos que obtuvimos mediante la encuesta, son los siguientes: 8% de los internos se halla cumpliendo una sentencia por este tipo de delito, en su mayoría, por comercio de drogas. En 56% de los casos se les acusó por comercio de marihuana y en 34% de cocaína. Es importante hacer notar que 10% de los acusados por comerciar con substancias prohibidas señaló que había actuado en complicidad con autoridades, principalmente, policías.

Asimismo, de acuerdo con la información que proporcionaron los internos, el valor promedio que obtuvieron de la comercialización de las substancias, fue de 1,168 pesos (100 dólares aproximadamente). Esto significa que, para la gran mayoría, los montos de comercialización fueron considerablemente bajos. De hecho, sólo en 10% de los casos los montos excedían los 3,900 pesos (400 dólares aproximadamente), lo que indica que la gran mayoría de quienes cumplen una sentencia por delitos contra la salud purgan sentencias por tráfico de drogas

de muy baja cuantía. Lo que abunda en las prisiones, entonces, no son los traficantes de mayor envergadura sino los comerciantes en pequeño, o probablemente consumidores que fueron detenidos con cantidades que apenas superaban las toleradas para el consumo personal.

Robo. De acuerdo con los datos que arrojó la encuesta, en las prisiones estudiadas hay un número considerable, (casi 25% de quienes están por robo simple), que habría robado menos de 1,000 pesos. De igual modo, la mitad de quienes se hallan internos por robo simple, habrían robado menos de 6,000 pesos.

Vale la pena hacer notar que, dado que más de 70% de los internos por este delito sostuvo que, de haber tenido recursos para sobornar a las autoridades en el momento que lo detuvieron, habría logrado evitar ir a prisión, ello permite inferir que, quienes cometen robos mayores y disponen de más recursos, efectivamente logran eludir la sanción punitiva. Es decir, que el sistema de justicia se concentra mayoritariamente en la sanción de delitos contra la propiedad de quienes cometen robos de poca cuantía.

De hecho, según la encuesta, sólo 5% de quienes están por delitos contra la propiedad han robado montos superiores a los 75 mil pesos, lo que refuerza la idea de que las instituciones encargadas de indagar, perseguir y sancionar, fallan claramente en sancionar a este segmento de delincuentes.

Lo anterior permitió concluir que, en los centros penitenciarios de las entidades estudiadas, no se encuentran los delincuentes más peligrosos sino aquellos cuya detención ofrece menos dificultades. El acceso diferencial a recursos como la defensa o la posibilidad que algunos tienen de sustraerse a la justicia mediante el soborno, ocasiona que exista un gran número de pobres en las prisiones mientras que una elevada proporción de delincuentes profesionales queda fuera de ellas.

Muertes por violencia. El homicidio siempre ha ocupado en México uno de los diez primeros lugares entre las causas de defunción. Vale la pena mencionar que si bien la tasa nacional cayó desde 78 por 100 mil habitantes en 1930 hasta

15 por 100 mil en 2002, la caída más pronunciada se produjo, sin embargo, entre 1930 y 1970, mientras que durante las tres últimas décadas (1970-2000) las tasas han permanecido más o menos estables.

México se encuentra, así, entre los diez países del mundo que cuenta con una de las tasas de muertes por violencia más elevadas. Entre estos países se encuentran: Colombia, con una tasa de 54 por 100 mil; El Salvador con 60 y Brasil con 20. En contraste, cabe referir las tasas que tienen, por ejemplo, Chile con 1.7; Japón con 1.5; España con .7 y Estados Unidos que habría logrado reducirla a 5.8 después de que en 1990 alcanzara una tasa de 9.5. En suma, y dado que la tasa promedio de muertes por homicidio en el mundo es de 8.8 por 100 mil habitantes, México tiene una tasa que supera casi por el doble (15.2) a la tasa mundial promedio (World Health Organization, 2002). En las tres entidades federativas encuestadas, 10% de los internos se encuentra cumpliendo una sentencia por homicidio doloso y 5% por homicidio culposo. Debe tomarse en cuenta, sin embargo, que los internos por este delito aparecen sobre representados en la muestra ya que, por la gravedad del mismo, permanecen por más tiempo en prisión.

Secuestro. Con respecto al número de secuestros, durante 2001 las procuradurías registraron un total de 345 casos a nivel nacional: casi un secuestro diario, en promedio. Sin embargo, un organismo que agrupa a empresarios (Coparmex) señaló que en el mismo año registró otros 297 casos que no fueron denunciados a las autoridades por lo que, de ser así, habría habido 642 casos de secuestro durante dicho año, sin contar los denominados secuestros *express*, que duran unas horas. En las entidades encuestadas, 4% de los internos se hallan cumpliendo una sentencia por privación ilegal de la libertad (secuestro).

7. Principales problemas de los centros penitenciarios

Los centros penitenciarios de México tienen marcadas carencias organizacionales y serias deficiencias funcionales. Esta sección describe y analiza algunas

de ellas. Recientemente el secretario de Seguridad Pública, Alejandro Gertz Manero, hizo un recuento de algunos de los principales problemas que enfrenta el sistema penitenciario mexicano. Reconoció la existencia de redes delictivas y vínculos de parentesco entre personal administrativo, de custodia e internos, lo que ha propiciado, dijo, altos índices de corrupción en dichos centros. Asimismo, se refirió a la venta de favores por parte del personal a los internos o sus familiares y agregó: "las estructuras de readaptación son quizás uno de los focos de corrupción más graves que existen en el país" (Gertz Manero, 2001).

En los centros penitenciarios existe una infraestructura para conformar una red de datos que se emplea en menos del 10% de su capacidad existiendo, por tanto, una ausencia grave de información técnica, adecuada y actualizada. No se cuenta, por ejemplo, con las huellas de todos los procesados por delitos del fuero común. Tampoco se cuenta con información verificable sobre los detenidos, sea que estén en proceso o que ya hubieran obtenido sentencia (Idem, ibidem, 2001).

De acuerdo con información de la Secretaría de Seguridad Pública, entre 1998 y 2002 se invirtieron 5 millones de dólares en la construcción de 62 nuevos centros penitenciarios; sin embargo, se requería un millón y medio adicional para poder terminar 32 de ellos que quedaron inconclusos. La misma fuente indica que, durante dicho periodo, se han invertido 40 millones de dólares en capacitación, armamento, equipo, transporte e infraestructura dentro de los sectores de seguridad y justicia pero, a pesar de ello, los índices de criminalidad continúan incrementándose.

De manera semejante, el Programa Nacional de Seguridad Pública 2001-2006, reconoce: "las cárceles del país están llenas de delincuentes menores y de personas que no pudieron pagar una defensa eficiente". Añade que, de los más de 165 mil delincuentes presos (que había en 2001), se estima que sólo 7 mil son de alta peligrosidad; es decir, 4% del total.

Según este programa: "la falta de recursos financieros y de personal calificado, repercute en la carencia de sistemas de seguridad confiables y en la

ineficiencia de las funciones de custodia, ya que éstas no se efectúan conforme a las leyes y reglamentos en vigor, propiciando altos niveles de corrupción en todas sus formas y modalidades: tráfico de influencias, rezago en la revisión de expedientes, introducción, venta y consumo de drogas, extorsión, prostitución, impunidad, violencia y hacinamiento" (2003).

Por su parte, y sólo como un ejemplo, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal registró un total de 1,600 quejas por la violación de diferentes derechos que presentaron los internos en centros penitenciarios de la ciudad durante 2002 (*véase también* Organización de las Naciones Unidas, 2003).

La encuesta que levantamos permite documentar algunos de los problemas antes señalados así como efectuar un análisis más puntual y detallado acerca de las condiciones de vida de los internos en centros penitenciarios en el país. Algunos de los resultados son muy indicativos.

Por lo que se refiere al sobrecupo, encontramos que en los penales comprendidos en el estudio, hay celdas para 3 internos en donde duermen más de 10 y otras que, teniendo lugar para 5, son habitadas por más de 20.

En relación con la dotación de bienes de consumo básico, 53% de los internos entrevistados considera que los alimentos que les proporcionan son "insuficientes" mientras que 41% los considera de "mala" o "muy mala" calidad. Asimismo 29% señaló que no cuenta con agua suficiente para beber.

Con respecto a cobros por bienes y servicios, 35% de los internos refirieron que su familia tiene que pagar para mandarlos llamar cuando los visita; 29% para que le permitan llevarle alimentos y 33% para poderle hacer llegar ropa u otros objetos. 14% dijo que ha tenido que pagar para poder recibir visita conyugal y 22% que conocen internos a quienes se concedieron beneficios de preliberación mediante pago.

Asimismo, durante los 6 meses previos a la encuesta, los internos reportaron que su familia los ha ayudado: llevándoles comida 90%; medicinas 49%; dinero 64%; ropa o calzado 85% o vendiendo los productos que elabora 62%. No obs-

tante, 30% señaló que el trato que se da a sus familiares cuando los visitan es "malo" o "muy malo".

En relación con el tema del orden y la seguridad en la institución, 57% de los internos refirió que no conoce el Reglamento Interno de la institución. Asimismo, 76% dijo que se sentía menos seguro en la prisión que en el lugar donde residía antes de ingresar y 20% que no se sentía seguro en su celda. 56% refirió haber sufrido robos en la institución, algunos hasta en más de diez ocasiones, y 10% reportó haber sido golpeado por custodios o por otros internos durante los últimos seis meses.

Sobre la participación de los internos en actividades laborales y educativas, sólo 37% de los entrevistados reportó que participa en actividades laborales y 55% en educativas, ello a pesar de que las normas consideran a estas actividades como base de la readaptación y requisito para poder otorgar a los internos beneficios de preliberación.

En relación con otros cobros para poder obtener bienes y servicios, 12% de los internos refirió que paga para no hacer el aseo; 13% por sus alimentos y 27% por el lavado de su ropa.

Los datos anteriores y otros que obtuvimos en la encuesta, permitieron arribar a las conclusiones siguientes en torno de los principales problemas que enfrentan los centros penitenciarios:

A. En términos generales, casi todos los establecimientos penitenciarios incluidos en el estudio muestran un deterioro y carencias importantes en lo que se refiere al acondicionamiento de sus espacios, al estado de las instalaciones y el mobiliario, así como en la disponibilidad y el acceso universal por parte de los internos a bienes y servicios básicos. Estas deficiencias tienen, sin embargo, un indudable impacto negativo sobre la calidad de vida de los internos y, consecuentemente, sobre el tipo de relaciones e intercambios que se generan entre ellos y con el personal.

Una de las primeras conclusiones que esta situación general permite extraer, es que las prisiones no se consideran un rubro sustantivo o relevante tanto dentro de la agenda política de México como de las políticas de asignación de recursos. Las prisiones no son vistas, en otros términos, como un renglón en el que merece la pena invertir, sino, más bien, como un gasto que siempre sería deseable poder economizar.

Entre los temas que se debaten al interior del campo penitenciario no parece haber una discusión que pondere seriamente los costos y los beneficios de esta política o que se centre en el análisis riguroso de los riesgos que entraña. Entre otros, los resultados de la encuesta permiten señalar que no puede afirmarse que seguir considerando a la prisión como una institución poco relevante o marginal sea un hecho banal o que carece de consecuencias.

B. Queda claro que los familiares asumen con frecuencia, y de diferentes maneras, una parte importante de los costos de reclusión del interno dado que lo abastecen de bienes y servicios básicos que la institución no les proporciona o lo hace de manera insuficiente. Esto significa que la institución impone, o admite *de facto* que se impongan, penas que incluyen a la familia, que trascienden al interno. Además de que esta situación es jurídicamente inadmisible, coloca en una situación de desventaja a aquellos internos que carecen de familia o cuyas familias no están dispuestas o no tienen la posibilidad de asumir dichos costos.

No obstante, tampoco encontramos que este tema esté comprendido en el debate, cada vez más necesario, en torno de los límites y los alcances de la función penitenciaria.

C. Varios de los datos que la encuesta mostró en relación con el orden, la legalidad y la seguridad al interior de la institución, contribuyen a fortalecer la hipótesis de que la institución carcelaria tiende a conformar un universo propio de relaciones que se caracteriza por el predominio de un régimen para-legal. Esto es, que como diversos estudios lo han documentado, las cárceles son espacios que

propician la existencia de una normatividad y una organización informal paralelas al orden institucional formal (Pérez, 2000).

El hecho de que los internos convivan durante un cierto tiempo dentro de un régimen con estas características, constituye un argumento más en favor de emprender una revisión a fondo acerca del papel que, en la práctica, desempeña hoy en día la institución penitenciaria en México (Ciprés, 2003).

D. Otro factor que aconseja la revisión del modelo que rige a las prisiones, es el hecho de que éstas no se encuentren en condiciones de cumplir con los preceptos legales que tienen como fundamento; es decir, la doctrina de la readaptación social mediante el trabajo, la educación y la capacitación para el trabajo.

En este punto parece haberse centrado el debate que durante muchos años ha tenido lugar al interior del campo penitenciario, sin que por ello pueda decirse que se hubiera logrado arribar a una solución satisfactoria (Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995; Tenorio 2002a).

8. Otras instituciones del sistema de seguridad y justicia

En esta sección nos referiremos brevemente al resto de las instituciones que cumplen alguna función dentro de los sistemas de seguridad pública y justicia y que inciden directa o indirectamente en la institución penitenciaria. Algunos datos que arrojó la encuesta ilustran aspectos que omiten las estadísticas oficiales.

Policías. Existe en México un total aproximado de 360 mil policías tanto judiciales como preventivos. El nivel de formación y de especialización de la mayor parte de los policías es bajo, y su capacidad para investigar los delitos muy pobre. Asimismo, no se ha logrado terminar con la corrupción, el abuso de poder y el uso innecesario de la fuerza. Los sistemas de control interno son prácticamente inexistentes y tanto policías como ex policías han tomado parte con frecuencia en el crimen organizado, particularmente en el tráfico de drogas

y secuestros, por lo que prevalece en el país un alto nivel de desconfianza pública hacia los distintos cuerpos policíacos. Por ejemplo, autoridades del Estado de México informaron recientemente que cerca del 90% de las bandas de secuestradores que han detenido, cuentan entre sus integrantes con uno o más policías o ex policías.

Los datos de la encuesta revelan que 13% de los internos ha prestado servicio en las fuerzas armadas o la policía. 33% de ellos se hallan detenidos por homicidio; 27% por secuestro; 25% por fraude o peculado; 19% por lesiones; 14% por robo con violencia; 11% por delitos sexuales y 8% por delitos contra la salud.

Por su parte, el secretario de Seguridad Pública señaló recientemente que el Sistema Nacional de Seguridad cuenta solamente con las huellas dactilares de 10% de los policías del país, pero sin que se sepa si efectivamente pertenecen a ellos o no.

Procuración de Justicia. En cuanto a las instituciones de procuración de justicia, el país cuenta con una Procuraduría-General de Justicia de la República y 32 Procuradurías locales. La primera se encarga de perseguir los delitos del fuero federal y las segundas los del fuero común. El desempeño de las procuradurías es también ampliamente cuestionado.

Poder Judicial. El sistema federal de justicia está compuesto por 183 Cortes de distrito, 74 Cortes de apelación y una Corte Suprema. En el ámbito local el sistema cuenta con 830 juzgados penales. Existe también insatisfacción y una desconfianza muy generalizadas con respecto a la actuación de estos órganos.

Los datos que obtuvimos en la encuesta acerca del desempeño de estos órganos, son los siguientes:

Del total de los sentenciados entrevistados, 65% dijo que se declaró culpable ante el Ministerio Público (en las procuradurías de justicia). Las razones que adujeron para ello, se distribuyen de la siguiente manera: 50% porque se

reconocen como culpables; 23% por haber sido torturados; 12% por haber sido amenazados; 3% porque se los recomendó su abogado y 2% por habérselo recomendado el Ministerio Público. El 10% restante proporcionó otras razones.

En los juzgados, la proporción de personas que no fueron informadas de su derecho a no declarar, bajó 14 puntos porcentuales respecto al 80% de quienes no fueron informados de este derecho en las agencias del Ministerio Público. Sin embargo, todavía a dos terceras partes de los consignados, 66%, no se les informó sobre este derecho y poco más de una cuarta parte, 27%, no contó con una abogado al momento de rendir su declaración preparatoria.

71% de los sentenciados reportó que el juez no estuvo presente cuando rindió su declaración preparatoria. De igual modo, 80% reportó que nunca tuvo la oportunidad de hablar con el juez.

Si bien una parte de los encuestados percibe que, de haber sobornado a las autoridades, podría haber eludido la prisión, esta percepción de corruptibilidad no se distribuye de manera uniforme entre los distintos tipos de autoridades que intervinieron desde que el interno fue detenido hasta que recibió sentencia. Así, mientras que 52% de los sentenciados considera que pudo haber quedado en libertad de haber sobornado a los policías, esta proporción se reduce a 37% al referirse al Ministerio Público y disminuye al 27% con relación a los secretarios de acuerdo o los jueces.

Al preguntarles expresamente a los internos si alguna autoridad les pidió dinero o pertenencias a cambio de su libertad, los encuestados respondieron que las autoridades más susceptibles de ser extorsionadas, son: la policía judicial, en primer lugar, y la preventiva, en un cercano segundo lugar. Aquí la tendencia que se observa sobre la percepción de corruptibilidad se mantiene conforme a lo observado en el párrafo anterior, es decir, que a medida que se avanza en el proceso, las puertas de la corrupción se van reduciendo. En este caso la distribución de la corrupción reportada por tipo de autoridad quedó como sigue:

Corrupción reportada por los internos en centros penitenciarios de tres entidades de la República Mexicana por tipo de autoridad, 2002

Tipo de autoridad	Le pidió dinero o pertenencias al interno
Policía preventivo	19%
Policía judicial (procuraduría)	22%
Ministerio Público (procuraduría)	7%
Custodio (prisión)	6%
Secretario de Acuerdos (juzgado)	4%
Juez	3%

Fuente: Encuesta levantada en centros penitenciarios, Cide, 2002.

Se formularon también preguntas específicas sobre el tipo de maltratos y/o abusos que los internos pudieron haber sufrido a lo largo del proceso penal. Las respuestas, una vez más, variaron dependiendo del tipo de autoridad, distribuyéndose de la siguiente manera:

Maltrato o abuso ejercido contra los internos en centros penitenciarios de tres entidades de la República Mexicana por tipo de autoridad, 2002

Tipo de autoridad	Lo amenazó o lo humilló	Lo golpeó o lo torturó
Policía preventivo	16%	24%
Policía judicial	32%	41%
Ministerio Público	6%	3%
Custodio	4%	4%
Secretario de Acuerdos	1%	1%
Juez	1%	1%

Fuente: Encuesta levantada en centros penitenciarios, Cide, 2002.

Dado que 60% de los encuestados señaló haber sido detenido en el momento o a escasas horas de haberse cometido el delito, esto es, en flagrancia, y que los datos también revelan que la posibilidad de detectar y detener a un presunto delincuente se reducen rápida y drásticamente a medida que pasa el tiempo después de ocurrido el delito, ello es un claro indicador de las deficiencias que suelen tener las investigaciones que realiza la policía judicial.

La elevada proporción de detenidos en flagrancia permite también inferir que la mayor parte de las detenciones las realiza la policía preventiva. Así las cosas, es previsible que la mayoría de los delitos que se castigan sean de escasa complejidad y, probablemente también, de escasa gravedad. De manera similar, es probable que en la mayor parte de los casos que llegan a juicio no exista una investigación a fondo por parte de las procuradurías, ya que los casos de flagrancia no requieren de una investigación criminológica propiamente dicha.

Si se toma en cuenta que, tanto en los datos de corrupción reportada como en los de corrupción percibida, el momento de la detención es en el que existe una mayor posibilidad de eludir la sanción penal, es todavía más preocupante que existan serias deficiencias en las investigaciones que realiza la policía judicial, pues ello incrementa las posibilidades de que un menor número de delincuentes sean sancionados.

A partir de estos y otros datos, la encuesta permitió arribar a las siguientes conclusiones por lo que se refiere al desempeño de las instituciones de procuración y administración de justicia.

a) El momento en que el delincuente es detenido por la policía, es al que se señala con los mayores niveles de corrupción percibida y reportada. Representa por ello la puerta de salida informal más importante para que un delincuente logre sustraerse de la acción penal.

b) La investigación a cargo de las procuradurías logra identificar sólo a una proporción muy reducida de sujetos responsables. La mayor parte de los sentenciados fueron detenidos en flagrancia.

c) La mayoría de los delitos que se sanciona son de escasa gravedad y complejidad.

d) La defensa de los sujetos sometidos a juicio penal es, en la mayoría de los casos, sumamente deficiente y, en algunos, inexistente. Esta situación es más grave aún durante la etapa en que los detenidos se encuentran en las agencias del Ministerio Público, que es crucial para el resultado final del procedimiento.

e) Existe una violación sistemática de los estándares mínimos del debido proceso legal, desde el momento de la detención hasta el de la sentencia. Esta violación es más aguda en las agencias del Ministerio Público.

f) Las violaciones a garantías fundamentales que fueron más frecuentemente reportadas en las agencias del Ministerio Público, son: no haber informado a los detenidos de su derecho a permanecer comunicados; no haberles informado de su derecho a contar con un abogado y de que éste los asesorara antes de rendir su declaración y, no haberles informado sobre su derecho a no declarar.

g) La mitad de los sentenciados informó haber confesado su participación en el delito debido a que se ejerció sobre ellos intimidación o tortura.

h) Dado que el juez no es quien conduce el juicio penal y no participa en las audiencias, no está en condiciones de garantizar que el proceso se lleve bajo los estándares legales de equilibrio y protección.

i) Existe un desequilibro importante durante el juicio entre acusado y acusador en detrimento del primero. Éste desequilibrio se explica, tanto por la falta de una defensa adecuada, como por la ausencia del juez en la conducción del juicio.

j) Todo ello da como resultado que el acusado se perciba, la mayoría de las veces, como injustamente castigado. Es posible que tal percepción se encuentre asociada, por lo menos en parte, a la falta de estándares mínimos que hacen que un el juicio pueda ser percibido como justo, tales como: la presencia del juez, una defensa de calidad y un nivel satisfactorio de comprensión por parte del acusado acerca de lo que ocurre durante su proceso.

9. Conclusiones

La institución carcelaria en México no ocupa un lugar de importancia en el esquema social de contención y lucha frente al incremento de la criminalidad. Parece responder más a una estrategia de castigo diferencial dirigida hacia quienes no pudieron evitar ser procesados y sentenciados, que a una política articulada y

consistente que enfrente la criminalidad dentro de un marco de respeto a la legalidad y a las garantías constitucionales. Las conclusiones más relevantes que, de este modo, obtuvimos tanto del análisis de los datos oficiales como de los que arrojó la encuesta, son las siguientes:

1. Durante la última década, la población en prisión en México se duplicó al pasar de 87 mil internos en 1992 a 176 mil en 2002. La evidencia inicial sugiere que este incremento obedece más al aumento en la severidad de los castigos y la negativa en concederles beneficios de preliberación, que a la detención de un mayor número de delincuentes.

2. La tendencia al crecimiento de la población penitenciaria así como al deterioro de las condiciones de vida y en el suministro de bienes y servicios a los internos, es consistente con la que se observa en el mismo sentido en toda la región.

3. En los centros penitenciarios del país no habitan, en general, los delincuentes que han cometido los delitos más peligrosos, sino los más pobres. La gran masa de la población penitenciaria está compuesta por internos responsables de delitos relativamente menores, lo que contrasta con la magnitud y gravedad de la criminalidad que tiene lugar en las entidades federativas estudiadas. La proporción de internos recluidos por delitos graves es muy baja mientras que existen evidencias de que este tipo de delincuentes logra eludir con mayor frecuencia las sanciones penales.

4. Existe un incumplimiento de estándares básicos en todos los niveles del sistema de procuración y administración de justicia. Pudimos constatar que en cada una de las instancias, desde la aprehensión del detenido hasta su confinamiento en la prisión, existe una alarmante falta de apego a estándares mínimos del debido proceso legal. Sistemáticamente se violan los principios básicos en que se sustenta el debido proceso en los Ministerios Públicos, así como existen serias fallas de procedimiento en las audiencias y las sentencias que, irremediablemente, minan la credibilidad del sistema de justicia penal en su conjunto.

5. La percepción generalizada que se tiene sobre las instituciones encargadas de la administración de la justicia penal, es la de un elevado nivel de ineficacia. Mientras que la policía detiene a delincuentes menores y los Ministerios Públicos son poco eficientes en tramitar y encausar las averiguaciones, la policía judicial investiga poco y de manera deficiente y los juzgados se dedican a convalidar las tesis de las fiscalías. Las prisiones, por su parte, incumplen también con sus propósitos y reglamentos. Todo ello contribuye, sin lugar a dudas, a incrementar la delincuencia y a disminuir las posibilidades de que los internos logren reincorporarse como miembros respetuosos del orden legal y social.

6. El precario funcionamiento de las instituciones va minando la confianza ciudadana y socavando los cimientos mismos del Estado de Derecho. Pero los costos de tener un sistema de justicia penal ineficiente no sólo los padecen los inculpados sino la sociedad en su conjunto. Una mala policía obliga a quien tiene la legítima aspiración de sentirse seguro, a contratar sus propios servicios de vigilancia. También, quien es víctima de un delito, elude acudir al Ministerio Público a denunciarlo tanto si teme las represalias cuanto si sospecha que no se le hará justicia. El resultado final es la falta de vigencia de un genuino Estado de Derecho que daña a la sociedad en su conjunto y la deja desprotegida frente a la delincuencia. La confianza en las instituciones disminuye y los costos de transacción se incrementan en perjuicio de todos.

Bibliografía

AZAOLA, Elena. "Nuevas tendencias en la criminalidad femenina". En: OLMO, Rosa del (Coord.). *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Caracas, Venezuela, 1998. p. 35-47.

_____. En: LEVINSON, David (Ed.). *Encyclopedia of Crime and Punishment*. Thousand Oaks CA: Sage Publications, 2002. vol. 3, p. 1.053-1.056.

BANAMEX-Accival. *México social.* Estadísticas seleccionadas 1996-1998. México D.F.: Banco Nacional de México, 1998.

BERGMAN, Marcelo; AZAOLA, Elena; MAGALONI, Ana Laura; NEGRETE, Layda. *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional.* México, D.F.: Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2003.

CIPRÉS, Pedro. "El sistema penal mexicano hacia el tercer milenio". *Revista de Ciencias Penales Inter Criminis.* Instituto Nacional de Ciencias Penales, n. 6:69-96, abril-junio 2003.

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *La experiencia del penitenciarismo contemporáneo.* Aportes y perspectivas. México D.F.: CNDH, 1995.

GERTZ MANERO, Alejandro. *Minuta de la comparecencia del Secretario de Seguridad Pública ante el Poder Legislativo*, octubre 2001.

GONZÁLEZ-SALAS, Raúl. "La expansión del derecho penal". *Este País*, n. 105, diciembre, 24-30. 1999.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, Geografía e Informática. *Cuadernos de Estadísticas Judiciales.* México D.F.: Inegi, 1998.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. "Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones de la tortura y la detención". *Informe del grupo de trabajo sobre la detención arbitraria acerca de su visita a México* (27.10.2002 al 10.11.2002), E/CN.4/2003/8/Add.3, 2003.

PÉREZ, José Luis. *La construcción social de la realidad carcelaria.* Los alcances de la organización informal en cinco cárceles latinoamericanas (Perú, Chile, Argentina, Brasil y Bolivia). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

RUIZ HARRELL, Rafael. *Criminalidad y mal gobierno.* México D.F.: Sansores y Aljure, 1998.

SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN. Estadísticas Penitenciarias (1994-2000).

SECRETARÍA DE SEGURIDAD PÚBLICA. *Programa Nacional de Seguridad Pública 2001-2006*. México D.F.: Diario Oficial, 14.01.2003.

TENORIO, Fernando. *Cultura, sistema penal y criminalidad*. Ciudades seguras I. México D.F.: UAM-FCE-CONACYT, 2002a.

TENORIO, Fernando. *El sistema de justicia penal en la ciudad de México*. Ciudades seguras III. México D.F.: UAM-FCE-CONACYT, 2002b.

UNGAR, Mark. "Prisons and politics in contemporary Latin America. (Forthcoming publication)". *Human rights quarterly*, August, 2003.

WACQUANT, Loïc. *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial, 2000.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *World report on violence and health*. Geneva: WHO, 2002.

ZEPEDA, Guillermo. *Entre la delincuencia y la impunidad:* el desempeño de las instituciones de procuración de justicia penal de México frente a los desafíos de la Seguridad Ciudadana. Inédito, 2002.

Sobre a "janela quebrada" e alguns outros contos sobre segurança vindos da América*

Loïc Wacquant

Professor de Sociologia. Pesquisador Associado no Earl Warren Legal Institute, University of California at Berkeley, USA. Pesquisador no Centre de Sociologie Européenne du Collège de France.

Sumário: 1. Uma América "supercriminal" hoje pacificada e ultrapassada pela França – 2. Tanto em Nova York como alhures foi a polícia que fez dissolver a criminalidade – 3. Detrás da "tolerância zero", a reorganização burocrática – 4. Da "janela quebrada" aos "colhões quebrados".

Resumo: O autor analisa as causas do propalado pânico sobre o crescimento da criminalidade, pela desmistificação de quatro "mitos sobre segurança" originados nos Estados Unidos: 1. a característica historicamente "supercriminal" desse país, hoje pacificado pela aplicação da política de "tolerância zero", e que teria sido ultrapassado pela França; 2. a polícia como causa fundamental para a queda da criminalidade, em Nova Iorque e no mundo; 3. a reorganização burocrática da polícia por trás da política de "tolerância zero"; 4. a "janela quebrada" e o "quebra-colhões": os mitos da restauração da ordem e da fuga dos bandidos como condição da segurança pública. Esse grau de mistificação gera tão apenas a não-responsabilização social e econômica do Estado.

* Tradução de Celso Eduardo Faria Coracini, Mestrando em Direito Penal na Universidade de São Paulo.

Palavras-chave: Criminologia – Teoria da janela quebrada – Segurança pública – Criminalidade – Política de "tolerância zero" – Polícia – Violência urbana – Estados Unidos – França.

O pânico moral que grassa há alguns anos por toda a Europa, em torno das "violências urbanas" e da "delinqüência juvenil", que ameaçariam a integridade das sociedades avançadas e clamariam em retorno respostas penais severas, transformou-se, nos últimos meses na França, em verdadeira *pornografia securitária*, constituindo em espetáculo midiático lúrido e em permanente teatro moral os dramas cotidianos da "insegurança". A encenação política da "segurança", doravante compreendida em sua estrita acepção criminal – reduzindo-se o "crime" propriamente dito somente à delinqüência de rua, ou seja, no fim das contas, às torpezas das classes populares –, tem por primeira função permitir aos líderes, no exercício de seus cargos ou aspirantes, reafirmarem adequadamente a capacidade de ação do Estado enquanto, abraçando os dogmas do neoliberalismo, pregam unanimemente sua impotência em matéria econômica e social.[1] A canonização do "direito à segurança" é o correlato e o tapa-sexo do abandono do direito ao trabalho, inscrito na Constituição, mas a cada dia achincalhado, de um lado, pela perenidade do desemprego maciço no âmago da prosperidade nacional e, de outro, pelo aumento do precário assalariamento que nega toda segurança de vida àqueles, cada vez mais numerosos, a ele condenados.

No que se refere aos grandes canais de televisão, o jornal das 20 horas transmudou-se em crônica dos noticiários judiciais, que parecem subitamente formigar e ameaçar em toda parte; lá, um professor pedófilo; aqui, uma criança assassinada; mais adiante, um ônibus depredado. Os programas especiais se multi-

1. Loïc Wacquant. "The penalisation of poverty and the rise of neoliberalism". *European Journal of Criminal Policy and Research*, número especial sobre Justiça criminal e políticas sociais, 9-4, inverno, 2001, p. 401-412, *et idem*, *Les prisons de la misère* (Paris: Raisons d'Agir, 1999); ver igualmente o número especial temático de *Déviance et Société* sobre as "Désordres urbains: regards sociologiques", vol. 24, n. 4, dez. 2000 (N.T. A obra *Les prisons de la misère*, de Loïc Wacquant, possui edição brasileira: *As prisões da miséria*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001).

plicam nos horários nobres, como esta edição de "Ça peut vous arriver",[NT1] a qual, sob a rubrica das "violências escolares", desfia a trágica história de um guri que se suicidou após uma chantagem, molecagem de pátio de escola primária, caso totalmente aberrante mas prontamente erigido a paradigma para as necessidades da audiência.[2] As revistas semanais regurgitam reportagens que revelam "as verdadeiras cifras", as "notícias secretas" e outros "relatórios exclusivos" sobre a delinqüência, em que o sensacionalismo compete com o moralismo, sem esquecer-se de entabular periodicamente a pavorosa cartografia dos "bairros proibidos" e de debulhar os "conselhos práticos" indispensáveis para fazer face aos perigos decretados, onipresentes e multiformes.[3] Em toda parte, é ruminada sem cessar a lancinante queixa sobre a inação das autoridades, a imperícia da justiça e a indignação medrosa ou exagerada das pessoas de bem. O governo multiplica as medidas de ostentação repressiva, sendo que seus membros mais obtusos não podem ignorar que elas não exercem nenhum poder sobre os problemas que supõem tratar – eis um exemplo que beira a caricatura: a aquisição ruinosa de um colete à prova de balas *para cada guarda e policial* da França, ao passo que 97% deles jamais travam contato com o menor malfeitor armado durante toda a sua carreira e que o número de policiais mortos no exercício de suas funções diminuiu pela metade em dez anos. A oposição de direita por sua vez promete, sobre todos os assuntos, fazer a mesma coisa, mas de modo mais rápido, mais forte e mais firme. Todos os candidatos aos cargos eletivos, exceto os representantes da esquerda não-governamental e dos Verdes, promoveram a "segurança" à condi-

[NT1] Em português: "Pode acontecer com você".

2. Programa "Ça peut vous arriver", consagrado a "A insegurança", transmitido no canal TF1 no dia 13.02.2001, em início de noite, durante o qual a apresentadora assegura após cada reportagem ultraviolenta que os crimes, repetidamente com prazer encenados, podem atingir a todos e em toda parte.

3. Annie Collovald. *Violence et délinquance dans la presse:* politisation d'un malaise social et technicisation de son traitement. Paris: Editions de la DIV, 2000; Serge Halimi. "L'insecurité' des média". In: SAINATI, Gilles; BONELLI, Laurent (Dir.). *La machine à punir*. Paris: Dagorno, 2001. p. 203-234.

ção de prioridade absoluta da ação pública, para propor a toque de caixa as mesmas soluções primitivas e punitivas: intensificação da atividade policial; foco sobre os "jovens" (compreenda-se, de origem operária imigrante), os "reincidentes" e os assim chamados "núcleos duros" de criminosos das "periferias" (o que exclui comodamente a criminalidade de colarinho branco ou de echarpe tricolor[NT2]); aceleração dos procedimentos judiciais; endurecimento das penas; extensão do recurso à detenção, inclusive para os menores, exatamente no momento em que está amplamente demonstrado que o encarceramento é eminentemente criminógeno. E, como condição para isso, eles reclamam em uníssono o incremento sem freios dos meios consagrados à manutenção da ordem social pela força. Não antes de o chefe de Estado, delinqüente plurirreincidente, responsável pela pilhagem organizada de centenas de milhões de francos, despindo-se de toda a vergonha, ousar conclamar à "impunidade zero" com relação às infrações benignas nos bairros deserdados cujos moradores, justamente, o alcunharam "superladrão", em referência aos múltiplos casos em que ele está diretamente implicado.

Mas essa nova figura político-discursiva da "segurança", que em todos os grandes países da Europa reconcilia a direita mais reacionária com a esquerda no governo, não se contenta em reiterar o "velho mito persistente e indestrutível" das sociedades modernas mostrado por Jean Claude Chesnais, em sua *História da violência no Ocidente de 1800 a nossos dias*,[4] que retrata com constância as violências do momento como um fenômeno, decerto oriundo de uma longa evolução, mas totalmente inédito e intrinsecamente urbano.[5] Ela tem isto de original: *extrai o essencial de sua força de imposição dessas duas potências simbólicas contemporâ-*

[NT2] O autor refere-se àqueles que, eleitos pelo povo (como os oficiais do governo, do parlamento e dos municípios), cometem infrações penais. Os prefeitos e deputados, na condição de eleitos do povo, ostentam a "echarpe tricolor".

4. *Histoire de la violence en Occident de 1800 à nos jours*. Paris: Pluriel, 1981.

5. Segundo Chesnais, o mito histórico incessantemente reativado da violência é "um velho monstro familiar de três cabeças: a novidade, a continuidade, a urbanidade. Pois a violência, desde sempre, foi considerada nova, em alta e urbana" (Idem, ibidem, p. 431).

neas que são a ciência e a América – e, melhor ainda, de seu cruzamento, a ciência americana aplicada à realidade americana.

Do mesmo modo que a visão neoliberal em economia se apóia sobre os modelos de equilíbrio dinâmico construídos pela ciência econômica ortodoxa *made in USA*, país que detém um quase-monopólio sobre os prêmios Nobel nessa disciplina, a vulgata sobre segurança desta virada de século se apresenta sob a exteriorização de um discurso científico que pretende colocar a "teoria criminológica" mais avançada a serviço de uma política decididamente "racional", portanto ideologicamente neutra e finalmente indiscutível, já que guiada por puras considerações de eficácia e eficiência. E, assim como a política de submissão generalizada ao mercado, ela provém diretamente dos Estados Unidos, que se tornaram, após a derrocada brutal do império soviético, a sociedade-farol da humanidade, a única da história dotada dos meios materiais e simbólicos para converter suas particularidades históricas em ideal trans-histórico e de alcançá-lo, transformando por toda parte a realidade à sua imagem.[6] Assim, é para Nova York que os políticos franceses (mas também ingleses, italianos, espanhóis e alemães[NT3]), de direita e de esquerda, se dirigiram como um único homem em peregrinação nos últimos anos, a fim de expressar sua determinação revisitada em abater o flagelo da criminalidade de rua e de iniciar-se, para isso, nos conceitos e medidas colocados em funcionamento pelas autoridades norte-americanas.[7] Apoiada na ciência e política do *crime control* vivenciada na América, o pensamento único sobre se-

6. Ver os dois números dos *Actes de la recherche en sciences sociales* consagrados a "L'exception américaine" (138 e 139, junho e setembro de 2001).

NT3 Talvez pudéssemos acrescentar: "(...) e brasileiros".

7. No verão de 1998, a Associação dos Prefeitos da França enviaram Gilles de Robien (UDF) e Jean-Marie Bockel (PS) em missão a Nova York, a fim de aí observar as virtudes da "tolerância zero". À guisa de publicidade para sua obra *État de violence*, compilação ignara de todos os estereótipos ultra-securitários do momento, a revista *Le Nouvel Observateur* louva o Senador do PS, Julien Dray, como "o *joker* de Jospin", porque ele assume plenamente a virada repressiva negociada pelo Partido Socialista após 1997; o hebdomadário supostamente progressista observa com aprovação: "Conhecido como um 'agitador' de idéias, foi de Giulianni, o extremamente repressivo prefeito de Nova York, que ele foi tomar lições" (*Le Nouvel Observateur*, 08.11.2001, p. 70).

gurança que reina doravante sobre o conjunto dos países de primeiro e mesmo de segundo mundo se apresenta sob a forma de um encadeamento de "mitos de saber", isto é, um esboço de proposições que confundem "dois princípios de coerência: uma coerência proclamada, de porte científico, que se afirma pela multiplicação dos sinais exteriores da cientificidade, e uma coerência escondida, mítica em seu princípio"[8] Pode-se examinar sua trama e debulhar seus mecanismos em quatro movimentos.

1. Uma América "supercriminal" hoje pacificada e ultrapassada pela França

Segundo esse primeiro mito midiático-político, os Estados Unidos eram, até recentemente, devastados por taxas astronômicas de criminalidade, mas eles teriam, graças a suas severas inovações policiais e penais desses últimos anos, "resolvido" a equação do crime, a exemplo de Nova York. No mesmo período de tempo, por laxismo, as sociedades da velha Europa se teriam deixado abocanhar pela espiral infernal das "violências urbanas", que as levou a sofrer de uma criminalidade endêmica e descontrolada, ao modo americano. É assim que esse autoproclamado especialista sobre a questão, Alain Bauer, diretor-presidente[NT4] da "Alain Bauer Associates", firma de "consultoria em segurança", e acessoriamente influente conselheiro de ministros socialistas e grande-mestre do Grande Oriente,[NT5] pôde anunciar com estardalhaço em um jornal que, em seguida ao "cruzamento histórico de curvas" entre os dois países em 2000, "a França é mais criminógena que os Estados Unidos".[9]

8. Pierre Bourdieu. *Ce que parler veut dire*. Paris: Fayard, 1982. p. 228.

NT4 O texto original menciona a sigla P.D.G., que significa "Président-Directeur Général".

NT5 Título (grande-mestre) concedido a membro da loja central da maçonaria francesa, formada em Paris pelos representantes das lojas da província (Grande Oriente).

9. O título do artigo do *Figaro*, de 18.06.2001, vale ser citado integralmente: "Os resultados explosivos de uma comparação entre as estatísticas criminais do Ministério do Interior e as do

Essa espantosa "revelação", logo propagada por todos os meios de comunicação estabelecidos (AFP, France-Info, TF1 etc.), demonstra que, em tema de insegurança, pode-se dizer tudo e qualquer coisa e ser levado a sério, desde que se entoe o refrão catastrófico e repressivo da moda. De fato, está estabelecido há *uma boa década*, graças à *International Crime Victimization Survey* (ICVS),[10] que os Estados Unidos possuem taxas de criminalidade inteiramente *comuns* quando calculadas sobre a *incidência da vitimização* – e não sobre estatísticas da criminalidade declarada junto às autoridades, que não são colacionadas de maneira similar entre os países, e com relação às quais todos os "especialistas" dignos do nome sabem que elas medem melhor a atividade da polícia do que a dos delinqüentes. As taxas norte-americanas são há muito tempo comparáveis, e até geralmente inferiores, àquelas de várias outras sociedades avançadas, à exceção, notável e perfeitamente explicável, dos homicídios. Assim, entre os onze países pós-industrializados cobertos pela ICVS em 1995, ou seja, antes do desdobramento da "tolerância zero" para além do Atlântico, a América chegava em segundo lugar, atrás da Inglaterra, para os furtos de veículos e os roubos, bem como para as lesões corporais; em terceiro, *ex aequo* com a França, bem atrás do Canadá e da Inglaterra, no que diz respeito a assaltos;[NT6] em sétimo, a reboque da Suíça, da Áustria e da Holanda, entre outros, no que se refere aos atentados sexuais; e decididamente na

FBI: a França mais criminógena que os Estados Unidos". Explosivos, com efeito, pois tal comparação é desprovida de validade – o que mesmo Bauer reconhece implicitamente quando admite nesse mesmo artigo que "o dispositivo estatístico [utilizado] é aleatório, relativo, parcial, parcelado e fragmentário"! Sobre o crescimento desses novos consultores em segurança, falsos pesquisadores e verdadeiros propagandistas e mercadores, leia-se Pierre Rimbert, "Les nouveaux managers de l'insecurité: production et circulation d'un discours sécuritaire", *La machine...*, cit., p. 161-202.

10. A *International Crime Victimization Survey* é uma pesquisa de opinião por questionário junto aos lares, conduzida a cada quatro anos desde 1989, sob a égide do Ministério da Justiça neerlandês, que compara as taxas de vitimização criminal nos principais países avançados (e cuja existência Alain Bauer, assim como os especialistas governamentais na matéria, parece ignorar).

NT6 Em francês, "cambriolage". Optamos pela expressão "assalto" para substituir essa expressão, mais específica na legislação francesa, que se limitaria ao "furto mediante rompimento de obstáculo".

rabeira do pelotão (nono) quanto à incidência dos furtos simples, com metade da taxa dos Países-Baixos. No total, um índice combinado de vitimização alcançando onze infrações colocava os Estados Unidos de 1995 em sétima posição (com 24,2 atentados por 100.000 habitantes), nitidamente atrás da Holanda (31,5) e da Inglaterra (30,9), como também atrás da Suíça, Canadá e França (quinta, com 25,3).[11] Os países menos "criminógenos" eram, e com uma boa vantagem, a Irlanda (16,9) e a Áustria (18,9). Contudo, é para Nova York, e não para Dublin ou Viena, que os políticos e os novos especialistas em criminalidade de toda a Europa se precipitam em busca do Graal da segurança.

Somente sua formidável taxa de homicídios distingue os Estados Unidos dos países da Europa ocidental: com 10 homicídios por 100.000 habitantes no início da década passada e 6 por 100.000 hoje, essa taxa permanece seis vezes superior às da França, Alemanha ou Inglaterra. É por isso que os juristas Franklin Zimring e Gordon Hawkins intitularam sua obra canônica sobre a questão criminal além do Atlântico, *Crime is not the problem: lethal violence in America*:[12] a América apresenta um problema absolutamente específico de violência mortal *por armas de fogo*, fortemente concentrado nos guetos urbanos, ligada, de um lado, à livre posse e circulação de cerca de 200 milhões de fuzis e pistolas (4 milhões de americanos portam uma consigo no dia-a-dia e metade das famílias detêm a posse em casa) e, de outro, à fraqueza do Estado social, à segregação racial rígida e ao enraizamento profundo da economia ilegal da rua nos bairros deserdados das metrópoles.[13]

11. Leena Kurki. "International crime survey: American rates about average". *Overcrowded times*, 8-5, 1997. p. 4-7; Igualmente, Michael Tonry e Richard S. Frase (Coord.). *Sentencing and sanctions in Western countries*. New York: Oxford, 2001.

12. Franklin Zimring; Gordon Hawkins. *Crime is not the problem: lethal violence in America*. New York: Oxford University Press, 1997.

13. Douglas Massey. "Getting away with murder: segregation and violent crime in urban America". *University of Pensilvania Law Review*, 143-145, maio de 1995, p. 1.203-1.232; Lauren Krivo; Ruth D. Peterson. "Extremely disadvantaged neighbourhoods and urban crime". *Social forces*, 75-2, dez. 1996, p. 619-650; Garen Wintenmute. "Guns and gun violence". In: Alfred Blumstein; Joel Wallman (Coord.). *The crime drop in America*. Cambridge: Cambridge University Press, 1000, p. 45-96.

Se a América não é a sociedade "supercriminal" que se crê ordinariamente, a curva da criminalidade violenta na França e mais amplamente na Europa tampouco as aproxima do padrão norte-americano, dominado pela violência letal. De fato, a taxa de homicídio (e de tentativas de homicídio) no hexágono[NT7] *declinou* em um quinto durante a última década, passando de 4,5 por 100.000 habitantes em 1990 a 3,6 em 2000. Não há dúvida de que as lesões corporais voluntárias aumentaram notavelmente nos últimos anos, mas, longe de afligir a "todos e em toda parte", as violências contra as pessoas permanecem muito concentradas no seio da população jovem de origem operária, e são geralmente benignas: as "agressões" notificadas às autoridades são exclusivamente verbais em metade dos casos, e implicam ferimentos em apenas um caso em quatro (e hospitalização ou suspensão de trabalho num caso em vinte). Quanto aos assaltos e furtos em e de veículos, eles vêm diminuindo regularmente desde 1993.[14] Afirmar, portanto, que a América era "supercriminal", mas agora não mais o é desde o advento da "tolerância zero", enquanto a França se torna "supercriminal" (entenda-se: porque ela não soube importar urgentemente essa medida), não pertence à esfera da tese criminológica, mas da futilidade ideológica.[15]

2. Tanto em Nova York como alhures foi a polícia que fez dissolver a criminalidade

Um recente relatório do *Manhattan Institute*, grande promotor da "limpeza de classe" das ruas e centro nevrálgico da campanha mundial de penalização

[NT7] Referência à própria França e ao formato geométrico aproximado de suas fronteiras.

14. Laurent Mucchielli. *Violences et insecurités*. Fantasmes et réalités dans le débat français. Paris: La Découverte, 2001. p. 67 e 61.

15. A declaração de Alain Bauer – "Nós podemos confirmar, sem sério risco de ser contraditados, que a França acaba de ultrapassar os Estados Unidos em nível de criminalidade" ("A França mais criminógena que os Estados Unidos". *Le Figaro*, 18.06.2001) – faria rir, não fosse o fato de que as balelas securitárias do primeiro vendedor privado de serviços de segurança na França são regularmente retomadas pelos meios de comunicação e, equivocadamente, tomadas como verdades

da miséria, afirma com ênfase:[16] a baixa contínua da estatística criminal nos Estados Unidos ao longo dos oito últimos anos seria devida à ação enérgica e inovadora das forças da ordem, depois que estas se houvessem enfim liberado dos tabus ideológicos e das amarras jurídicas que as acorrentavam até então, e cujo paradigma é oferecido pela espetacular reviravolta na situação, operada em Nova York pelo Prefeito republicano Rudolph Giuliani, sob o cajado de seus chefes-policiais William Bratton e William Safir. Mas eis que aí, também, os fatos são mais obstinados do que a ideologia, e todos os estudos científicos convergem para concluir que a polícia não exerceu o papel motor e maior, que os partidários da gestão penal da insegurança social lhe conferem por *petitio principii*, longe disso.

Primeira prova disso é que a baixa da violência criminal em Nova York foi declarada três anos antes de Giuliani aceder ao poder, no fim de 1993, e ela seguiu a mesma tendência depois que ele se instalou na *Gracie Mansion*. E mais: a taxa de homicídios cometidos sem arma de fogo nessa cidade diminui lentamente, mas com regularidade, *desde 1979*; apenas os homicídios por meio de balas diminuíram fortemente desde 1990, após terem alçado vôo entre 1985 e 1990, em razão da difusão do comércio de crack; e nenhuma dessas duas curvas apresenta particular inflexão sob o governo de Giuliani.[17] Segunda prova: o refluxo da criminalidade violenta é igualmente nítido *nas cidades que não aplicam* a política nova-iorquina de "tolerância zero", incluindo aquelas que optaram por uma aproxima-

criminológicas pelos que possuem poder de decisão no Estado e pelos eleitos nas localidades, ludibriados pela profusão de cifras que confere uma aparência sábia a seu discurso.

16. George L. Kelling; William H. Souza. *Does police matter?* An analysis of the impact of NYC's Police Reform. New York: Manhattan Institute, Civic Report 22, dez. 2001. Foi esse Instituto neoconservador, fundado pelo mentor de Margaret Thatcher, que canonizou a teoria dita da "janela quebrada" e a polícia de "tolerância zero", e depois impulsionou sua exportação para a Europa e a América Latina, após ter feito campanha (com sucesso) pelo desmantelamento dos auxílios sociais nos anos 80 (Loïc Wacquant. *Les prisons...*, cit., p. 14-22).

17. Jeffrey Fagan; Franklin Zimiring; June Kim. "Declining homicide in New York City: a tale of two trends". *Journal of Criminal Law and Criminology*, 88-4, verão de 1998, p. 1.277-1.324; e Alfred Blumstein; Richard Rosenfeld. "Explaining recent trends in U.S. homicide rates", ibidem, p. 1.175-1.216.

ção diametralmente oposta, como Boston, San Francisco ou San Diego – em que a polícia, dita "de resolução de problemas", se ocupa em estabelecer relações contínuas com os moradores, preferindo-se prevenir os atentados a tratá-los *ex post* pela excessiva repressão penal.[18] Em San Francisco, uma política sistemática de "diversão" dos jovens delinqüentes para programas de formação, de aconselhamento e de tratamento social e médico permitiu reduzir o número de entradas em delegacias em mais da metade, diminuindo, ao mesmo tempo, a criminalidade violenta em 33% entre 1995 e 1999 (contra 26% em Nova York, onde o volume dos aceitos em detenção aumentou em um terço no mesmo intervalo). Terceira prova: Nova York já havia colocado em funcionamento, entre 1984-87, uma política de conservação da ordem exigente e agressiva, similar à praticada após 1993, sob o nome de *Operation Pressure Point*,[NT8] que se fez seguir por... um aumento pronunciado de violências criminais e notavelmente de homicídios.[19] Daí resulta que, contrariamente às afirmações dos promotores e importadores do "modelo Bratton", a estratégia policial adotada por Nova York durante a década de 90 não é *nem necessária nem suficiente* para explicar a queda da criminalidade nessa cidade.

Seis fatores, todos independentes da atividade da polícia e da justiça, combinaram-se para reduzir fortemente a incidência dos ataques violentos nas metrópoles dos Estados Unidos. Inicialmente, o *florescente crescimento econômico*, sem precedentes na história nacional por sua amplitude e duração, deu traba-

18. Judith A. Greene. "Zero tolerance: a case study of police policies and practices in New York City". *Crime and delinquency*, 45-2, abr. 1999, p. 171-187; Khaled Taqi-Eddin; Dan Macallair. *Shattering "broken windows"*: an analysis of San Francisco's liberal crime policies. Washington: Justice Policy Institute, 1999; Loïc Wacquant. "Mister Bratton a Buenos Aires: notes sur l'exportation de la 'tolérance zéro' en Argentine". *Archives de politique criminelle*, 24, 2002.

NT8 Em português, do inglês: "Operação Ponto de Pressão".

19. Benjamin Bowling. "The rise and fall of New York murder: zero tolerance or crack's decline?". *British Journal of Criminology*, 39-4, outono de 1999, p. 531-554; Robert Panzarella. "Bratton reinvents 'harassment model' of policing" *Law Enforcements News*, 15-30, jun. 1998, p. 13-15.

lho e trouxe renda a milhões de jovens até então condenados à inatividade ou ao *business* ilegal, inclusive nos *guetos* e *barrios* onde o desemprego recuou nitidamente[20] – e nem por isso ceifou a miséria pandêmica, pois a maioria desses empregos permanecem precários e subpagos: a taxa oficial de pobreza em Nova York permaneceu inalterada, em 20%, durante toda a década de 90. Em seguida, os *efetivos de classes jovens* (de 18 a 24 anos, principalmente) foram diminuídos, o que se traduziu quase mecanicamente em uma baixa da criminalidade de rua, pois são essas faixas etárias, sempre e por toda parte, as mais propensas às infrações violentas; esse fator demográfico dá conta, por si só, da décima parte, pelo menos, da baixa dos atentados contra pessoas no período considerado.[21] O terceiro fator é a *dupla transformação da economia da droga*: de início, o comércio maciço do crack nos bairros deserdados se estruturou e se estabilizou, ainda que o recurso à violência como instrumento de regulação da competição entre gangues rivais tenha recuado bruscamente; em seguida, o crack perdeu os favores dos consumidores, que se voltaram para outros estupefacientes, como a marijuana (consumida sob a forma de cigarro chamado *blunt*), a heroína e as metanfetaminas, cujo tráfico gera menos extorsões, por ser produto de revendedores no varejo, operando antes no seio de redes de interconhecimento do que pelo viés de trocas anônimas em lugares públicos.[22]

20. Laurence Mishel; Jared Bernstein. *Jobs and crime*. Washington: Economic Policy Institute, 2001.

21. James Alan Fox. "Demographics and U.S. Homicide". In: BLUMSTEIN; WALLMAN. Op. cit., p. 288-317.

22. Daniel Cork. "Examining space-time interaction in city-level homicide data: crack markets and the diffusion of guns among youth". *Journal of Quantitative Criminology*, 15, 1999, p. 379-406; Benjamin Bowling. Op. cit.; Bruce D. Johnson; Andrew Golub; Eloise Dunlap. "The rise and decline of hard drugs, drug markets, and violence in inner-city of New York" In: BLUMSTEIN; WALLMAN. Op. cit., p. 164-206. Será possível encontrar uma descrição envolvente do funcionamento quotidiano do tráfico de crack no East Harlem em Philippe Bourgois, *En quête de respect. Le commerce du crack à New York*, Paris: Éditions du Seuil, 2001 (orig. 1994) e, do ponto de vista dos policiais, ver Robert Jackall, *Wild cowboys: urban marauders and the forces of order*, Cambridge: Harvard University Press, 1997; Ler igualmente Bruce A. Jacobs, *Dealing crack: the social world of streetcorner selling*, Boston: Northeastern University Press, 1999.

Mas as causas econômica e demográfica não são as únicas a atuar e é preciso dar lugar, entre as forças que amputaram o crime nos Estados Unidos, a um *efeito de aprendizado*, em virtude do qual as novas gerações de jovens nascidos após 1975 se afastaram das drogas pesadas e do estilo de vida perigoso que lhes é associado, pela recusa em sucumbir ao destino macabro que eles viram se abater sobre irmãos, primos e amigos, caídos no *front* da "guerra das ruas" do fim dos anos 80: toxicomania incontrolável, reclusão criminal, morte violenta e prematura.[23] Dão testemunho disso as "trevas" e "tratados de paz" assinados pelas gangues que controlam os territórios relegados de Los Angeles, Chicago, Detroit e Boston no início dos anos 90, e que reduziram fortemente o número de homicídios de homens jovens e pobres. Por seu lado, as organizações situadas no seio das zonas de relegação das cidades norte-americanas, igrejas, escolas, associações diversas, clubes de bairro, grupos de mães de crianças vítimas de chacinas de rua (tais como a "MAD", *Mothers Against Drugs*, em Chicago, e "Mothers ROC", *Mothers Reclaiming Our Children*, em Los Angeles)[24] mobilizaram-se e ativaram, por todos os lugares em que ainda podiam, sua capacidade de controle social informal. Suas *campanhas de sensibilização e de prevenção*, como a operação *Take Back Our Community*, organizada pelo *Grand Council of Guardians*, a associação de policiais de cor de Nova York, acompanharam e reforçaram o movimento de recuo dos jovens da predatória economia da rua. Sublinhe-se, aliás, com Benjamin Bowling, que as iniciativas coletivas dos moradores dos bairros pobres, com a melhoria da economia, ocultaram-se por completo no discurso dominante a respeito da queda da criminalidade nos Estados Unidos,

23. Richard Curtis. "The improbable transformation of inner-city neighbourhoods: crime, violence, drugs and youth in the 1990s". *Journal of Criminal Law and Criminology*, 88-4, verão de 1998, p. 1.233-1.276; Johnson; Golub; Dunlap. Op. cit.

24. Mary Patillo. "Sweet mothers and gangbangers: managing crime in a black middle-class neighbourhood". *Social forces*, 76-3, março de 1998, p. 747-774; Ruth Wilson Gilmore. "You have dislodged a boulder: mothers and prisoners in the post-Keynesian California landscape". *Transforming anthropology*, 8-1/2, 1999. p. 12-38.

e que elas foram inclusive denegridas com virulência por Giuliani e Bratton.[25] Finalmente, as taxas de violência criminal divulgadas nos Estados Unidos nos primórdios da década de 90 eram *anormalmente elevadas* e apresentavam todas as chances de se orientarem para baixo, em virtude da tendência estatística de regressão em direção à média, e tanto é assim que a combinação dos fatores que a haviam feito saltar fora da norma (tal como o desenvolvimento inicial do tráfico de crack) não podia, por definição, perdurar.

A conjunção desses seis fatores basta amplamente para explicar o decréscimo da criminalidade violenta nos Estados Unidos. Mas o longo e lento tempo da análise científica não corresponde àquele, rápido e descontínuo, da política e dos meios de comunicação, e a máquina de propaganda de Giuliani soube aproveitar o retardo natural da investigação criminológica para preencher o vazio de explicações com seu discurso pré-fabricado sobre a eficiência da repressão policial, exumada como único remédio para a incúria congênita das classes perigosas. Discurso sedutor, pois estruturado pela tropa da "responsabilidade", ele ecoa a temática individualista e utilitarista conduzida pela ideologia neoliberal hoje hegemônica. Mas admitamos, para atender às exigências da demonstração, que a polícia tenha efetivamente exercido um impacto notável sobre a criminalidade de Nova York. A questão que resta, então, é saber como ela teria produzido esse resultado.

3. Detrás da "tolerância zero", a reorganização burocrática

Segundo a mitologia planetária, difundida pelos *think tanks* neoliberais e seus sucedâneos nos campos midiático e político, a polícia nova-iorquina teria fulminado a hidra criminal aplicando uma política muito particular, chamada de

25. Benjamin Bowling. Op. cit.

"tolerância zero", que trata de perseguir incessantemente ou sem falha as menores infrações em via pública. Assim, desde 1993, toda pessoa surpreendida a mendigar ou divagar na cidade, a colocar seu auto-rádio em volume demasiado alto, a sujar ou pichar a via pública, ou ainda a transgredir uma simples regra municipal, deve ser presa e imediatamente levada, mais uma vez, para trás das grades: "Acabaram os simples boletins de ocorrência nas delegacias. Se você urinar na rua, será levado à prisão. Estamos decididos a reparar as 'janelas quebradas' [i.e., as mínimas marcas exteriores de desordem] e a impedir quem quer que seja de quebrá-las novamente". Tal estratégia, afirma seu chefe William Bratton, "funciona na América" e funcionaria do mesmo modo "em qualquer cidade do mundo".[26]

Na verdade, o *slogan* policial da "tolerância zero" – que deu a volta ao mundo, enquanto, paradoxalmente, já não é praticamente mais utilizado nos Estados Unidos em matéria policial, onde até os políticos conservadores o julgam ofensivo: assim, em Nova York, utiliza-se a expressão, mais polida, *polícia de "qualidade de vida"* – é uma noção-tela que oculta, pelo próprio fato de amalgamá-las, várias transformações concorrentes, mas bem diferentes da manutenção da ordem pública.[27] A polícia de Nova York efetivamente levou adiante (1) uma vasta reestruturação burocrática mediante a descentralização dos serviços, a horizontalização dos níveis hierárquicos, o rejuvenescimento do

26. William W. Bratton, com Peter Knobler. *Turnaround: how America's top cop reversed the crime epidemic*. New York: Random House, 1998. p. 229 e 309. *Turnaround* ("reviravolta") é a autobiografia em que Bratton faz o elogio da própria vida, com o auxílio de jornalista especializado em biografias à base de água de rosas, de vedetes do esporte e da política, e para a qual ele recebeu o simpático adiantamento de 375.000 dólares. Depois de ter sido destituído a toque de caixa por Rudolph Giuliani (que considerava a popularidade de seu chefe de polícia excessiva com relação à sua), Bratton se converteu em "consultor de segurança urbana" internacional, para melhor vender sua *expertise* nos quatro cantos do planeta, onde o chamam os políticos preocupados em marcar publicamente sua resolução no combate à criminalidade.

27. E. B. Silverman; P. E. O'Connell. "Organizational change and decision making in the New York City police department". *International Journal of Public Administration*, 22-2, 1998, p. 217-259; Andrew Karmen. *New York murder mistery: the true story behind the crime crash of the 1990s*. New York: New York University Press, 2001.

quadro de pessoal, graças à demissão pura e simples de três em cada quatro policiais de alto gabarito, e a responsabilização direta dos comissários de bairro, cuja remuneração e adiantamentos dependem em parte das "cifras" que eles produzem em matéria de criminalidade registrada (daí a forte pressão para a manipulação das estatísticas, por exemplo, multiplicando-se as prisões falseadas); (2) uma expansão fantástica de seus meios: os efetivos uniformizados saltaram de 27.000 em 1993 para cerca de 41.000 hoje, ou seja, metade dos policiais da França inteira para apenas oito milhões de habitantes! Esse crescimento do pessoal foi possível apenas ao custo do inchaço, de 50% em 5 anos, do orçamento da polícia, que atingiu 3 bilhões de dólares em 2000 (enquanto, ao mesmo tempo, o orçamento destinado aos serviços sociais da cidade sofreu corte de 30%);[28] (3) o desenvolvimento de novas tecnologias informáticas, entre as quais o famoso dispositivo *Compstat* (sigla de aparência científica, mas que significa pura e simplesmente *computer statistics*), sistema de informação eletrônica que permite seguir em tempo real, para cada zona, a evolução dos ataques, a fim de mobilizar, "em fluxo contínuo", os efetivos policiais nos setores atingidos; enfim, (4) uma revisão dos objetivos e dos procedimentos do conjunto dos serviços, conforme esquemas dos gabinetes de aconselhamento em "engenharia de empresa" e consecução de ações bem definidas, contra o porte de armas, o tráfico de entorpecentes em locais públicos, a violência conjugal, as infrações ao código de trânsito etc.

No total, uma burocracia com a reputação de covarde, inexpressiva e passiva, notoriamente corrompida, e que se acostumou a esperar que as vítimas do crime venham prestar queixa, para se contentar, *grosso modo*, em registrá-las, com a preocupação constante de provocar o mínimo possível de ondas midiáticas e

28. Citizens Budget Commission. *New York City and New York State finances*. Fiscal Year 1999-2000, Five-Year Pocket Summary. New York, CBC, 2000. Durante seu segundo mandato, Rudolph Giuliani, por exemplo, alocou 80 milhões de dólares no programa chamado "Operação Condor", que permite aos policiais da cidade trabalhar um sexto dia por semana. Ao longo do tempo, as bibliotecas municipais reduziram suas horas de abertura e seus serviços em razão de uma baixa de 40 milhões de dólares em seu orçamento (equivalentes a um sexto de seus créditos).

judiciais, tornou-se uma verdadeira "firma" de "segurança" zelada, dotada de meios humanos e materiais colossais, e fortalecida por uma atitude ofensiva. Atos diplomáticos. Mas se essa mutação burocrática exerceu um notável impacto sobre a criminalidade – e ninguém até aqui logrou demonstrá-lo – esse impacto em nada se deve à *tática* de polícia adotada.

4. Da "janela quebrada" aos "colhões quebrados"

O último mito planetário sobre segurança vindo da América não é o menos burlesco. É a idéia segundo a qual a política de "tolerância zero", supostamente responsável pelo sucesso policial de Nova York, se apoiaria sobre uma *teoria criminológica cientificamente validada*, a famosa "teoria da janela quebrada" (*broken-windows theory*[NT9]). Esta, por sua vez, postula que a repressão imediata e severa das menores infrações e desentendimentos em via pública abarca o desencadeamento dos grandes atentados criminais, (r)estabelecendo um clima sadio de ordem[29] – em outras palavras, que prender ladrões de ovos permite frear, ou mesmo simplesmente parar, os potenciais matadores de bois, pela reafirmação da norma e dramatização do respeito à lei. Ora, essa autodenominada teoria é tudo menos científica, pois foi formulada vinte anos atrás pelo cientista político ultraconservador James Q. Wilson e seu acólito George Kelling (antigo chefe da polícia de Kansas City, reconvertido depois em *Senior fellow* no *Manhattan Institute*), sob a forma de um curto texto de nove páginas publicado, não em uma revista de criminologia, submetido à avaliação de pesquisadores competentes, mas no semanário cultural de grande tiragem *Atlantic Monthly* (espécie de cruzamento

[NT9] Neste passo, o autor do texto reporta as duas traduções em francês para o termo, originalmente em inglês: "théorie de la vitre brisée", ou "théorie de la fenêtre cassée".

29. Ou, para mencionar a bela fórmula biologizante do cientista político Sébastien Roché, importador patenteado das ideologias sobre segurança americanas na França, no desafiar "o reflexo da delinqüência" que se coloca por ocasião da comissão impune de pequenas infrações, como "estragar um canteiro de rosas" (Sébastien Roché. *Le Figaro*, 22.09.2001).

entre *L'Exprès* e *Marianne*).[30] E que desde então não recebeu o menor início de prova empírica.

Seus partidários citam sempre, em reforço da "teoria da janela quebrada", o livro do cientista político de Chicago, Wesley Skogan, *Disorder and decline*, publicado em 1990, que persegue as causas e avalia os remédios às deslocações sociais e ecológicas, a partir de uma bateria de pesquisas de campo em 40 bairros de seis cidades norte-americanas. Mas essa obra demonstra que é a pobreza e a segregação racial, e não o clima de "desordem urbana", que são os determinantes mais poderosos da taxa de criminalidade na cidade. Além disso, suas conclusões estatísticas foram desde então invalidadas, em razão do acúmulo de erros de medição e de dados faltantes; e seu próprio autor atribui à famosa "janela quebrada" o estatuto de simples "metáfora".[31] De fato, nenhuma pesquisa concebida para verificar o efeito de entrave postulado por essa teoria, segundo a qual a supressão das pequenas infrações limitaria a incidência das grandes, tais como o estudo de Alberto Reiss sobre Oakland na Califórnia, e o de Lawrence Sherman sobre Washington, a capital federal, jamais conseguiu colocá-lo em evidência. A análise comparativa dos dados sistemáticos verificados em 196 distritos de Chicago, a partir de entrevistas e de videografia no quotidiano, chegou a estabelecer conclusivamente que não existe nenhuma relação estatística entre os índices visíveis de "desordem" em um bairro e sua taxa de criminalidade (à exceção possível e parcial do assalto).[32]

30. James Q. Wilson; George Kelling. "Broken windows: the police and neighbourhood safety". *Atlantic Monthly*, mar. 1982. p. 29-38.

31. Loïc Wacquant. "Désordre dans la ville". *Actes de la recherche en sciences sociales*, 99, set. 1993, p. 79-82 (análise crítica de Wesley Skogan, *Disorder and decline*, New York: The Free Press, 1990); Bernard E. Harcourt. "Reflecting on the subject: a critique of the social influence conception of deterrence, the broken windows theory, and order-maintenance policing New-York Style". *Michigan Law Review*, 97-2, nov. 1998, p. 291-389; Wesley G. Skogan, verificação do livro de George Kelling e Catherine M. Coles, "Fixing broken windows: restoring order and reducing crime in our communities" (1996), *American Journal of Sociology*, 1997, 103-2, set. 1997, p. 510-512.

32. Albert J. Reiss Jr. *Policing a city's central district: the Oakland story*. Washington: National Institute of Justice Research Report, abr. 1985; Lawrence Sherman. "Police crackdowns: initial and residual deterrence". *Crime and justice: a review of research*, 12, 1990, p. 1-48; Robert J. Sampson;

No fim das contas, argumenta o jurista Bernard Harcourt ao termo de um exame meticuloso da questão, se a polícia de Nova York contribuiu a baixar a criminalidade, não foi pelo restabelecimento da civilidade e pela comunicação de uma mensagem de recusa da impunidade, mas pelo simples fato de ter aumentado maciçamente a intensidade da vigilância que ela exerce: a cidade de Giuliani contava com 38 agentes para 100.000 habitantes em 1990, contra o dobro dez anos mais tarde, e sua ação recaiu fortemente sobre as populações e os bairros deserdados.[33] Em suma, *a acentuação e a concentração da repressão policial e penal*, e não o mecanismo moral de restauração da norma, postulado pela assim denominada teoria de Wilson e Kelling, é que prestaria contas da eficácia policial no caso (uma vez mais, hipotético) em que ela houvesse exercido um papel.

Mas há algo ainda mais curioso: a adoção do assédio policial permanente sobre os pobres no espaço público pela cidade de Nova York não possui, *na opinião de seus inventores, nenhuma ligação com uma teoria criminológica qualquer*. A famosa "janela quebrada", de fato, só foi descoberta e invocada pelos oficiais novaiorquinos *a posteriori*, a fim de envolver, com roupagem racional, medidas populares junto ao eleitorado (em sua maioria, branco e burguês), mas essencialmente discriminatórias, tanto em seu princípio como em sua aplicação, e fazer uma volta inovadora ao que é apenas retorno a uma velha receita policial, periodicamente recolocada em funcionamento, e ao gosto do dia. Jack Maple, o "gênio da luta contra o crime"[34] e braço direito de Bratton, que foi o iniciador do *quality-of-life*

Stephen W. Raudenbush. "Systematic social observation of public spaces: a new look at disorder in urban neighbourhoods". *American Journal of Sociology*, 105-3, nov. 1999, p. 603-651.

33. Bernard Harcourt. *Ilusions of order: the false promise of broken windows policing*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. Apostemos em que os "especialistas" do "Instituto de altos estudos da segurança interna", que tiveram atuação decisiva na difusão do mito científico da "janela quebrada" na França, se apressarão por ler e reler (até mesmo publicar) essa crítica exaustiva e devastadora das malversações teóricas e das perversões jurídicas que sustentam a doutrina e a aplicação da "tolerância zero" nos Estados Unidos.

34. De acordo com o título conferido por Giuliani por ocasião dos funerais oficiais oferecidos pela cidade a Jack Maple ("Master crime fighter given eulogy to match his success", *New York Times*, 10 ago. 2001).

policing no metrô, antes de estendê-lo à rua, diz claramente em sua autobiografia, publicada em 1999, *Crime Fighter*: "A 'teoria da janela quebrada' (*Broken Windows Theory*) é mera extensão do que tínhamos o hábito de denominar 'teoria do quebra-colhões' (*Breaking Balls Theory*)", oriunda da sabedoria policial ordinária, que estipula que se os tiras perseguem com insistência um notório malfeitor por pequenos pecados, ele acabará, exaurido da guerra, por deixar o bairro para ir cometer suas malfeitorias alhures, de modo que a criminalidade nesse local diminuirá. A inovação de Maple consiste em ter "modernizado" essa noção em "quebra-colhões de luxo" (*Breaking Balls Plus*), acasalando os controles de identidade a bancos de dados judiciais, de modo a prender um máximo de bandidos procurados por outros malfeitos ou já sob a mão da justiça, em liberdade vigiada ou em liberdade condicional.[35]

O mestre-de-obras da política policial de Giuliani caçoa abertamente daqueles que crêem na existência de "uma ligação mística entre os incidentes menores decorrentes da desordem e os atentados criminais mais graves". A idéia de que a polícia poderia baixar a criminalidade violenta combatendo as incivilidades[NT10] parece-lhe "patético" e ele apresenta um sem-número de exemplos contrários, tirados de sua experiência profissional em Nova York e New Orleans. Ele chega a comparar o prefeito que adotasse tal tática policial a um médico que "faria *lifting* em um canceroso", ou a um caçador submarino que apanharia "golfinhos, antes que tubarões". E para que não haja ambigüidade, Maple martela: "A 'polícia de qualidade de vida' não é a 'tolerância zero'". Ao contrário, porquanto ela implica exatamente *focar a ação policial sobre as categorias presumidamente criminógenas*, sob pena de desperdiçar seus recursos em tempo e pessoal de conservação da ordem.[36]

35. Jack Maple; Chris Mitchell. *The crime fighter*: how you can make your community crime-free. New York: Broadway Books, 1999. p. 152-153.

NT10 A expressão "incivilidades", ainda pouco empregada no Brasil, refere-se a "pequenas desordens" urbanas, que pretensamente seriam o desafio da segurança nos tempos modernos, de que são exemplo os atos de vandalismo e depredação de equipamentos públicos, brigas de rua ou bar, pichações.

36. Maple; Mitchell. *The crime...*, cit., p. 154. "As unidades encarregadas de perseguir os atentados à 'qualidade de vida' devem ser enviadas para onde a cartografia [das estatísticas criminais]

O arquiteto da "tolerância zero" rejeita a "teoria da janela quebrada"

"[Considerando as inúmeras] reportagens que dão conta de uma queda dramática da criminalidade violenta em Nova York, muitos deram crédito à noção da 'janela quebrada', segundo a qual os malfeitores teriam repentinamente redescoberto o bom caminho, porque eles aspiravam aos ares da civilidade. Não é assim que isso funciona.

"Os estupradores e os matadores não se dirigem para uma outra cidade quando constatam que as pichações desaparecem no metrô. O *squeegee man** médio não se põe a aceitar contratos para dar cabo de alguém, a partir do momento em que ele detecta uma maior tolerância para sua atividade. Mendigar não se converte em homicídio doloso. (...) A polícia de 'qualidade de vida' reduz o crime porque permite apanhar os bandidos quando eles estão fora de serviço, como quando um exército ataca os aviões do adversário enquanto eles ainda estão no solo."

Jack Maple, braço direito de Bratton e arquiteto da "polícia de qualidade de vida" em Nova York (Jack Maple e Chris Mitchell. The crime fighter: how you can make your community crime-free. New York: Broadway Books, 1999. p. 154-155).

* Os *squeegee men* são os sem-teto que abordam motoristas nos semáforos para propor a lavagem de seus pára-brisas por uns trocados: eles foram o primeiro alvo da política de repressão policial de Giuliani (e após ele, de Tony Blair na Grã-Bretanha).

Jack Maple sem dúvida se espantaria ao ler, na "Ficha 31", redigida pelos *experts* do muito oficial "Instituto dos altos estudos da segurança interna", o organismo de simili-pesquisa do Ministério do Interior, encarregado de conduzir estudos justificando a reviravolta em segurança do governo de esquerda plural, a

mostra concentrações de crimes e criminosos, e as regras que regem as prisões e controles devem ser concebidas de modo a apanhar os tubarões, ao invés de golfinhos".

fim de guiar os prefeitos no estabelecimento de "Contratos locais de segurança" nas cidades da França:

"Pesquisas americanas mostraram que a proliferação das incivilidades é apenas o sinal precursor de um aumento generalizado da delinqüência. As primeiras condutas desviantes, por mínimas que pareçam, por menos que elas se generalizem, estigmatizem um bairro, polarizem sobre ele outros desvios, são sinal do fim da paz social no quotidiano. A espiral do declínio se inicia, a violência se instala, e com ela todas as formas de delinqüência: agressões, assaltos, tráfico de entorpecentes etc. (cf. J. Wilson e T. [*sic*] Kelling, *A teoria da janela quebrada*).

Foi com base nas conquistas dessas pesquisas que o chefe de polícia de Nova York preparou uma estratégia de luta denominada "tolerância zero" contra os incitadores de incivilidades, que parece ter sido um dos fatores da fortíssima redução da criminalidade nessa cidade".[37]

Reprime-se com dificuldade a ascensão de um *sentimento de incredulidade* diante de tal difusão de contra-verdades, para não dizer de asneiras transatlânticas e diante da credulidade culpável de que elas dão testemunho. Pois a tática do assédio policial permanente sobre os pobres na rua, lançada por Nova York, é nada mais que a aplicação sistemática e plenamente assumida das "teorias" indígenas baseadas no bom senso prático dos policiais. Ela advém não da criminologia, mas da "escrologia", como diria Jack Maple, que gostava de definir a si próprio como um *crookologist* (escrólogo). Mas, justamente, esse bom senso não apresenta, no caso em questão, muito sentido. Uma avaliação rigorosa, pelos dois melhores especialistas do país, do conjunto de trabalhos científicos realizados nos Estados Unidos ao longo dos últimos vinte anos, com o objetivo de testar a eficiência da polícia em matéria de luta contra o crime, concluiu, sobriamente, que nem o número de policiais lançados à batalha, nem as mudanças internas de organização e

37. "Institut des hautes études de la sécurité intérieure". *Guide pratique pour les contrats locaux de sécurité*. Paris: La documentation française, 1997. p. 133-134.

de cultura das forças da ordem (tais como a introdução da polícia comunitária, ou dita de proximidade), nem mesmo as estratégias de focalização dos lugares e grupos com forte propensão criminal (à "exceção possível e parcial" dos programas visando o tráfico de rua de entorpecentes) não possuem, por si próprios, impacto sobre a evolução das infrações.[38] Ironia final, entre todas as táticas policiais, os autores assinalam o dispositivo *Compstat* e a "tolerância zero" como "os candidatos menos plausíveis para explicar o recuo da criminalidade violenta" na América, e concluem: "Se há algo que é um mito, é a idéia de que a polícia exerce um efeito substancial, difuso e independente dos outros fatores, sobre a taxa de criminalidade do país".

Ao modo das marionetes, esses quatro mitos de saber vindos do além-Atlântico se encaixam uns nos outros, formando uma espécie de cadeia lógica de aparência silogística, que permite justificar, sem ferir, a adoção de uma política agressiva de "limpeza de classe" das ruas. Essa política é essencialmente discriminatória no que repousa sobre uma equivalência entre atuar fora da norma e ser fora-da-lei, e no que visa bairros e populações antecipadamente suspeitas, quando não consideradas culpadas, por princípio, de deficiências morais, na falta de desvios legais. Se for verdade que a sociedade norte-americana, durante muito tempo "supercriminal", foi pacificada pela ação da polícia, ao mesmo tempo em que outros países são atingidos em cheio por uma "explosão" de crimes, e que Nova York, capital da nova ordem policial norte-americana, deu cabo da violência criminal graças à sua política de "tolerância zero", que se articula segundo uma teoria criminológica sólida (a "janela quebrada"), então

38. John E. Eck; Edward R. Maguire. "Have changes in policing reduced violent crime?" In: BLUMSTEIN; WALLMAN. Op. cit., p. 207-265, que insistem: "A hipótese mais plausível está em que essas ações da polícia entrem em interação com outras políticas de justiça criminal (como o aprisionamento) e forças sociais (como o envelhecimento da população ou o recuo do comércio ilegal de drogas no varejo). (...) Esse tipo de interação é mais plausível que a idéia segundo a qual as mudanças de política policial seriam o único ou o fator mais importante a atuar sobre a baixa da criminalidade violenta" (op. cit., p. 245 e 248).

como não se apressar em importar essas noções e colocar em funcionamento os dispositivos que parecem se fundar na razão? Na realidade, as quatro proposições-chave da nova vulgata sobre segurança *made in USA* são desprovidas de qualquer validade científica e sua eficácia prática depende de uma crença coletiva sem fundamento na realidade. Mas, colocadas lado a lado, elas cumprem a função de rampa de lançamento planetário para uma artimanha intelectual e uma fraude política que, aferindo uma caução pseudo-erudita ao ativismo desgrenhado dos serviços de polícia, contribuem poderosamente para legitimar a oscilação na direção da gestão penal da insegurança social, que gera, por toda parte, o descomprometimento econômico e social do Estado.

O desafio do multiculturalismo na ação penal – Laudo pericial antropológico judicial sobre crime envolvendo indígena

Elaine Amorim

Bacharela em Antropologia e Mestra em Antropologia Social pela Universidade de Brasília. Membro Efetivo da Associação Brasileira de Antropologia. Analista Pericial em Antropologia da Procuradoria-Geral da República, 6.ª Câmara de Coordenação e Revisão (Sociedades Indígenas e Minorias Socioculturais).

Sumário: 1. Introdução – 2. O contexto interétnico: 2.1 A aldeia e a cidade de Santa Amélia; 2.2 Os índios e os policiais militares – 3. O casamento misto de Vicente e Antônia: 3.1 O conflito interétnico; 3.2 Antônia e Vicente na perspectiva da aldeia; 3.3 A "violência" de Vicente; 3.4 Casamentos mistos na aldeia – 4. O episódio na perspectiva dos índios: 4.1 A versão local; 4.2 O respaldo da etnologia tupi-guarani – 5. A polícia militar e a autoridade indígena: 5.1 A abordagem dos policiais militares; 5.2 O desrespeito aos mecanismos indígenas de controle social; 5.3 Os impactos – 6. Os índios nos autos do inquérito policial: o olhar antropológico – 7. Conclusão.

Resumo: Trata-se de laudo pericial antropológico nos autos de inquérito policial que apura homicídio envolvendo indígena, no Estado do Paraná, cujo contexto é interétnico com predominância branca e ocorrência de discriminação. A perícia antropológica trouxe à tona aspectos socioculturais relevantes para a compreensão do caso, assim como a tensão decorrente de relações sociais, políti-

cas e simbólicas entre forças assimétricas. Tendo em vista o princípio constitucional que garante aos povos indígenas o direito à diferença, o objetivo é dar voz aos índios e veicular sua perspectiva, com o intuito de evitar ao máximo que as decisões relativas às suas vidas se dêem baseadas em visão que toma as categorias, normas e valores da própria sociedade ou cultura como parâmetro de julgamento aplicável a todas as demais.

Palavras-chave: Antropologia – Laudo pericial – Índios – Direitos indígenas – Direitos culturais – Minorias étnicas – Discriminação étnica – Ação penal – Crime envolvendo indígena.

1. Introdução

Esta perícia antropológica busca dar visibilidade aos aspectos socioculturais que envolveram a morte do índio guarani Vicente Cândido de Lima, ocorrida no interior da terra indígena Laranjinha, por ato da Polícia Militar do Estado do Paraná.[1] O objetivo é dar voz aos índios e veicular sua perspectiva, com o intuito de evitar ao máximo que as decisões relativas às suas vidas se dêem baseadas em uma visão etnocêntrica, ou seja, numa perspectiva que toma as próprias categorias ocidentais de compreensão do mundo como parâmetro de julgamento para todos os demais contextos sociais e culturais.

O trabalho está subdividido em seis itens, além desta introdução e a conclusão, os quais dão conta da totalidade dos questionamentos apresentados pelos quesitos. O segundo item aborda o contexto interétnico da região em que se insere o fato objeto de apuração desse processo, ou seja, o inter-relacionamento da aldeia indígena e a cidade de Santa Amélia, com destaque para o tipo de interação estabelecida entre os índios e os policiais militares.

1. Trata-se de laudo pericial antropológico nos autos do IPL 110/2001 (Processo 2001.70.01.004429-8), da Vara Federal Criminal de Londrina/PR, realizado em agosto de 2002 por solicitação do Ministério Público Federal em Londrina/PR, Procurador da República João Akira Omoto.

No terceiro item, o foco está no casamento interétnico de Antônia e Vicente e suas particularidades, situado tanto no contexto regional quanto no específico da aldeia. Buscamos dar conta das diferentes perspectivas socioculturais envolvidas e da tensão decorrente de relações sociais, políticas e simbólicas entre forças assimétricas.

O quarto item trata o episódio desde o ponto de vista indígena e dá voz à versão local, de quem conhecia e compartilhava o mesmo *ethos* e visão de mundo da vítima, com referência à literatura especializada – a etnologia tupi-guarani.

O quinto item enfoca o antagonismo entre a abordagem dos policiais militares e os mecanismos internos de controle social próprios dos Guarani, assim como seus efeitos negativos sobre a comunidade, impedida de tratar o episódio de forma independente.

O sexto item analisa, desde o ponto de vista da Antropologia, o tratamento dispensado à fala dos índios nos autos do inquérito policial. Ao final, apresentamos nossas conclusões.

Em relação à metodologia utilizada, vale dizer que no campo das ciências humanas, cabe à Antropologia a investigação especializada sobre a especificidade do comportamento, da organização social, dos valores e crenças das sociedades humanas, seu *ethos* e sua visão de mundo, uma espécie de senha de acesso a outras realidades. Essa especialização ancora-se em metodologia específica, capaz de proporcionar um olhar de alcance profundo sobre a vida em sociedade de um grupo humano. Trata-se da etnografia, o método antropológico que implica na convivência com o "outro" a fim de conhecê-lo o melhor possível.

A análise de conflitos socioculturais constitui um campo de reflexão específico dentro da Antropologia, em que a etnografia – diferentemente da etnografia clássica – não focaliza um único grupo em profundidade, mas um campo de relações no qual vários segmentos sociais disputam entre si interesses, sejam eles sociais, ambientais ou simbólicos. O conflito, necessariamente, insere-se no tempo e no espaço, ou seja, possui uma geografia, uma sociologia e uma história

própria. Cabe ao etnógrafo mapeá-lo. Para tanto, é preciso enxergar cada um dos atores e suas perspectivas, bem como as relações que estabelecem entre si. Se esse enfoque perde em não descrever profundamente cada um dos grupos envolvidos, ganha em alcance, pois permite um olhar amplo sobre a realidade local, elucida o contexto em que se insere o conflito e possibilita, assim, uma compreensão mais acurada. Tendo em vista a questão tratada por esta perícia configurar-se conflito de interesses e de perspectivas étnicas, a teoria e o método que norteiam sua abordagem pertencem a essa área de conhecimento, a qual denominamos Antropologia do conflito.[2]

As técnicas adotadas para a coleta de dados visaram respeitar ao máximo os contextos nos quais as falas dos atores normalmente se expressam, a fim de obter informações que elucidassem da melhor maneira possível como os diferentes segmentos sociais em conflito construíam os próprios pontos de vista sobre a realidade por eles vivenciada. Além das entrevistas e discussões com os índios, foram conduzidas conversas formais e informais com membros da sociedade branca regional, diretamente envolvidos no conflito ou não. Optamos por não utilizar gravador nem filmadora que interrompem a espontaneidade e muitas vezes inibem o interlocutor. A técnica de registro foi a adoção de cadernos e cadernetas de campo, com a rotina da elaboração do diário de campo.

Os Guarani de Laranjinha não constituem um grupo isolado, mas um subgrupo da família lingüística tupi-guarani. Por essa razão, foi imprescindível recorrer aos dados etnográficos veiculados pela etnologia tupi-guarani mais ge-

2. Algumas referências, dentre várias outras, são:

BENNETT, John. *Human ecology as human behavior:* essays in environmental and development anthropology. New Brunswick: Transaction Publishers, 1993 [1980].

GEERTZ, Clifford. *Nova luz sobre a Antropologia.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001 [1986].

GLUCKMAN, Max. *The judicial process among the Barotse.* Manchester: Manchester University Press, 1953.

GLUCKMAN, Max. "Analysis of a social situation in modern Zuzuland". *Rhodes-Livingstone Papers*, n. 28, Manchester: Manchester University Press, 1958.

ral, que além de respaldarem as informações específicas sobre o subgrupo de Laranjinha, ampliaram sobremaneira sua compreensão. Ainda de grande importância foi o acesso ao levantamento genealógico do grupo de Laranjinha, o qual permitiu mapear as relações de parentesco, os vínculos comunitários e, sobretudo, dimensionar a amplitude social e espacial das trocas matrimoniais intra e interétnicas dessa comunidade guarani.[3]

2. O contexto interétnico

2.1 A aldeia e a cidade de Santa Amélia

A terra indígena Laranjinha está localizada na bacia do rio Paranapanema, mais especificamente na bacia de um de seus afluentes, o rio Laranjinha, no município de Santa Amélia, Estado do Paraná. É habitada por povos guarani, fundamentalmente da parcialidade guarani nhandeva/chiripá, e há também algumas poucas famílias da parcialidade kaiowá. Está a três quilômetros e meio da pequena cidade de Santa Amélia, sede do Município, com a qual mantém uma amigável relação de vizinhança. O entrelaçamento entre brancos e índios é especialmente acentuado na Vila Galdino, o bairro de Santa Amélia mais próximo da aldeia, onde residem índios e parentes de brancos casados com índios. Mas a presença indígena faz parte do cotidiano de Santa Amélia como um todo. Os índios, como qualquer outro morador da zona rural, têm parte de suas vidas ligada à cidade, onde fazem suas compras, visitam parentes e amigos, e onde muitos de seus

REDFIELD, R. *The little community and peasant society and culture*. Chicago, London, 1965.

SAHLINS, Marshall. *Ilhas de história*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

3. O acesso ao levantamento genealógico das famílias de Laranjinha só foi possível graças à colaboração da etnóloga Kimiye Tommasino, professora e pesquisadora da Universidade Estadual de Londrina, que nos disponibilizou os dados e o resultado da pesquisa empreendida junto a esse subgrupo guarani, como coordenadora da equipe elaboradora do trabalho intitulado *Os Guarani na bacia do Paranapanema:* parentesco, casamento e redes de sociabilidade étnica. Relatório complementar e preliminar especialmente elaborado para o Ibama/Comissão de Licenciamento da UHE São Jerônimo. Londrina, março 2002.

jovens estudam e se divertem. Os citadinos não têm queixas dos índios, pois os consideram gente pacífica, apesar de terem a opinião de que os índios bebem muito, mas não bebem mais que os brancos. Os índios, por sua vez, incorporaram a cidade na dinâmica de sua vida sociocultural e tampouco se queixam dos brancos. Na verdade, brancos e índios são sujeitos de uma grande rede de trocas mútuas.

Portanto, as relações entre a aldeia e o núcleo urbano de Santa Amélia baseiam-se em alianças pacíficas, em que predominam a cooperação e a troca de bens, de serviços e de matrimônios. O índice de casamentos mistos na aldeia é bastante elevado, praticamente toda família tem incorporada uma pessoa classificada como "branca" – categoria que denomina todos aqueles que não são índios, sejam negros ou brancos. Santa Amélia está inserida numa região na qual predomina o cultivo da cana-de-açúcar e boa parte de seus habitantes são bóias-frias. A condição de despossuídos desses trabalhadores os coloca quase em pé de igualdade com os índios, que, apesar de possuírem terras, não têm o mesmo *status* do branco. Aos olhos dos não-índios, a indianidade imputa uma condição de humanidade um pouco abaixo das demais, uma realidade de discriminação étnica vivida praticamente por todos os índios no Brasil. Marginalizados, cada qual com sua história, índios e trabalhadores rurais sem terras têm freqüentemente estabelecido alianças matrimoniais e favorecido as boas relações entre a aldeia e a cidade.

Além do parentesco por afinidade (casamento), outro fenômeno bem mais recente tem contribuído para esse quadro de inter-relações amigáveis entre índios e brancos. Trata-se da evangelização da aldeia, com início há cerca de uma década. A condição de evangélico supera em alguns aspectos a fronteira étnica que separa os índios dos brancos, pois estabelece uma relação de irmandade entre aqueles que se congregam em torno de uma mesma igreja, no caso a Congregação Cristã do Brasil. Ao se apresentar como "crente", o índio se sente fortalecido em sua humanidade, aliado a um segmento de brancos que o trata bem, como um irmão, disposto não só a freqüentar a aldeia, como a sua própria casa e até compartilhar com ele a mesma comida. Desse modo, tal como na aliança matrimo-

nial, a conversão religiosa dá ao índio a possibilidade de conquistar um lugar junto aos brancos, o que, sem dúvida, pode vir a ser bastante estratégico, já que somos nós, os brancos, que inequivocamente detemos a hegemonia social, cultural, econômica e política em praticamente todos os contextos interétnicos do país. A fala de um dos informantes é bastante contundente nesse sentido: "Ser crente, o índio sente seguro. Dá segurança para os outros também, para os brancos que passam a tratar bem os índios. O índio crente é bem tratado. Isso que é bom".

Desse modo, a miscigenação e a evangelização, além de expressarem a existência de boas relações interétnicas, revelam a assimetria das condições de poder e valoração sociocultural dos dois grupos inter-relacionados, o branco e o índio. Ou seja, apesar do bom entrosamento, existe discriminação étnica e, conseqüentemente, complexos de inferioridade e de superioridade interagindo no contexto em que ocorreu a morte de Vicente. Apesar de acharem que os índios não causam problemas, os brancos vêem sua diferença como uma marca de inferioridade, com potencial para causá-los. Os índios também enxergam a diferença do branco, e em Laranjinha, diferentemente de outras terras indígenas, os Guarani incorporaram a idéia de inferioridade, mas não sem certa dose de rancor e despeito advindos da humilhação que isso implica. Assim, nos bastidores das boas relações reveladas e assumidas, mantêm-se latentes relações de discriminação e desconfiança mútuas.

2.2 Os índios e os policiais militares

O depoimento dos policiais militares confirma a boa vizinhança com a aldeia. Segundo eles, mesmo quando os jovens se reúnem em Santa Amélia nos finais de semana, com consumo de bebidas alcoólicas, nunca perturbam a ordem ao ponto de precisar da intervenção policial. Na verdade, jamais recebem queixas contra os índios e é mais fácil as pessoas da cidade causarem problemas. Ou seja, desde o ponto de vista policial, a tropa militar de Santa Amélia tem uma visão positiva dos índios.

Os índios também tinham um bom conceito do aparato policial local que, segundo eles, até o ocorrido com Vicente, vinha mantendo uma relação de respeito com a aldeia. No caso da existência de alguma perturbação na cidade envolvendo índio, os policiais entravam em contato com as lideranças ou com o representante da Funai local para o equacionamento do problema e não interferiam na ordem da aldeia. Para os índios, essa prática já tinha sido estabelecida como uma regra, imprescindível à boa relação de vizinhança. Por isso a perplexidade diante do ocorrido com Vicente. Não compreendem porque os policiais se precipitaram e entraram em suas terras sem comunicar a ninguém, mesmo se tratando de um comandante novato, há apenas dez meses em Santa Amélia. Na opinião da aldeia, caberia a ele tomar conhecimento das regras consuetudinárias referentes aos índios e respeitá-las. Voltaremos a esse assunto no item 5.

Aproximadamente há 40 anos houve um conflito que envolveu a força policial, da qual também decorreu a morte de um indígena dentro da terra Laranjinha. Uma das lideranças, por nome de Estêvão, rebelou-se contra os desmandos do chefe de posto do órgão indigenista da época, o SPI, que, ao sentir-se ameaçado em seu poder, solicitou a presença policial para intervir no conflito em seu favor. Como Estêvão resistiu à prisão, um policial atirou contra ele, justamente quando sua mãe entrou na frente para protegê-lo, a qual caiu atingida e morta aos olhos de toda a aldeia. O fato foi extremamente chocante para todos, ainda lembrado em detalhes por alguns velhos que chegaram a testemunhar o fato. A violência policial, porém, com o correr do tempo amenizou-se e perdeu-se na lembrança. No entanto, hoje, depois de assistirem mais uma vez um membro da comunidade ser morto por um policial, os índios avivaram essa memória coletiva já quase esquecida, assim como a revolta, a indignação e um profundo sentimento de humilhação e impotência diante de homens armados que parecem ter a liberdade de entrarem em suas terras e os matarem impunemente.

3. O casamento misto de Vicente e Antônia

3.1 O conflito interétnico

Vicente Cândido de Lima era índio guarani casado com Antônia, uma mulher *juruá*, isso é, uma mulher branca. Diversos grupos indígenas ao longo de 500 anos costuraram alianças interétnicas com os conquistadores por meio de trocas matrimoniais. O grupo guarani de Laranjinha é um deles e incorporaram vários afins não-índios como uma das estratégias para garantir a paz em seus territórios ocupados. Por isso, ali essas alianças são comuns e quase sempre "dão certo" porque ocorrem entre índios e brancos que convivem há muito tempo, além de partilharem de uma rede de sociabilidade regional na qual há mais consenso que conflito. Vale dizer que não envolvem a população regional como um todo, mas apenas as camadas camponesas tradicionais e trabalhadores rurais que historicamente se identificam em muitos aspectos sociais e simbólicos com os índios. Ou seja, os casamentos interétnicos geralmente ocorrem quando há uma relativa identificação social entre as famílias envolvidas e uma aceitação das respectivas coletividades. O caso de Vicente e Antônia fugiu à regra.

Vicente estava longe de ser o marido ideal para Antônia. Ela não o considerava uma boa pessoa, tampouco um bom companheiro. Veremos que suas razões – suas expectativas frustradas em relação a Vicente – revelam discriminação, tensão e desconfiança latentes, a nota dissonante nesse contexto interétnico de relações amigáveis.

Antônia é diferente da maioria das mulheres e homens brancos que se casam com os índios, pois além de filha de sitiantes, é descendente de italianos, ou seja, Antônia é proveniente de uma família de pequenos proprietários de terra, de ascendência européia, tez clara, cabelos castanhos, olhos azuis e com relativo poder aquisitivo. Casou-se contra a vontade dos pais, em cujo contexto essa aliança com um índio foi muito mal acatada. O que é latente nos vínculos mais gerais entre brancos e índios, na relação de Antônia e Vicente era patente. A superioridade de

Antônia em relação ao marido guarani era inequívoca tanto para ela quanto para o próprio Vicente, o qual reagia com despeito, misto de raiva e desgosto decorrente do amor próprio ferido, sentimento que ele próprio expressou quando disse à sua irmã por ocasião do nascimento do neto Matheus: "eu queria dar tudo de bom para meu netinho para elas [ex-mulher e filha] pararem de dizer que sou fracassado, sem futuro, que só sei ficar trabalhando aqui na roça, apanhando algodão (...)".

Apesar de ter vivido na aldeia os cerca de quinze anos em que esteve casada, Antônia sempre impôs sua diferença sobre Vicente e seu contexto sociocultural, e ensinou suas filhas a fazer o mesmo. Negou-se a educá-las como índias. Coagia Vicente com o modelo socioeconômico branco baseado na posse, na acumulação de bens e na idéia fixa de "futuro melhor". Para ela o marido não era um homem trabalhador e o motivo estava justamente no fato dele não investir nesse futuro melhor, o que a frustrava profundamente. Quando seus pais morreram, herdou parte das terras que lhes pertenciam, investiu em gado e assim que pôde comprou uma casa na cidade, na Vila Galdino, com o intuito de "garantir o futuro das filhas", quando finalmente abandonou a aldeia. Na cidade, o conflito interétnico do casal acirrou-se, pois lá, segundo Antônia, Vicente teria posto em risco a sustentabilidade da família: "no sítio [aldeia] até que era disposto, mas aqui na cidade não queria nada com nada".

No entanto, os Guarani percebem a vida de uma maneira diferente de Antônia. Para eles, nós brancos temos o pensamento por demais voltado para o desejo de acumular bens materiais e gastamos grande parte do nosso esforço produtivo buscando satisfazê-lo. Devido a esse fator, temos tanta "esperteza" para prosperar e "se dar bem". Na fala do sr. Dercilho, uma das lideranças mais velhas da aldeia: "o pensamento do índio é uma idéia mais simples, vinda da mata, e não tem aquela esperteza do branco para se dar bem e prosperar". Com efeito, a economia guarani fixa-se na qualidade do "aqui e agora" de todo o grupo familiar, uma lógica produtiva baseada na reciprocidade, com predominância das relações interpessoais. É uma economia de trocas

em que as relações de parentesco, de compadrio e de vizinhança são os vínculos econômicos mais importantes, justamente os que tornam possível sua viabilidade e eficácia. Não há busca de excedentes e o indivíduo se destaca não pelo acúmulo, mas pela generosidade. Ninguém quer seus bens só para si. Isso não faz nenhum sentido para um Guarani. O esforço em ganhar dinheiro só se recompensa se for para satisfazer o maior número possível de parentes, "aqui e agora". Isso é ter riqueza. Uma lógica que evidentemente não dispensa cálculos econômicos para evitar escassez durante o ciclo produtivo. Não se trata de uma economia aleatória; trata-se de uma economia diferente.

Marshall Sahlins nos define a economia indígena da seguinte forma:

"(...) a relação do homem de tribo com os meios de produção e produtos acabados geralmente excede a posse como a conhecemos, indo além da posse mundana até uma ligação mística. A terra é um valor espiritual, uma Fonte beneficente (...)

Essas associações místicas refletem outro aspecto do trabalho: ele não é alienado do próprio homem, separável de seu ser social e transacionável em diversas unidades de força de trabalho despersonalizada. Um homem trabalha, produz, em sua capacidade como ser social, como marido e pai, irmão e companheiro de linhagem, membro de um clã, de uma aldeia. O trabalho não se desenvolve separadamente dessas existências como se tivesse uma existência diferente. 'Trabalhador' não é um *status* em si mesmo, nem 'trabalho' uma categoria real da economia tribal. Em outras palavras, o trabalho é organizado por relações 'não-econômicas' no sentido convencional, pertencendo mais à organização geral da sociedade. O trabalho é a expressão de um parentesco e relações de comunidades preexistentes, o exercício dessas relações".[4]

Especificamente sobre a sociedade guarani, Schaden nos explica que a sua economia era tradicionalmente de produção e consumo comunitários, norteada

4. SAHLINS, Marshall. *Sociedades tribais*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1974. p. 125.

por noções místicas e supra-humanas: "o ciclo econômico anual (...) é antes de mais nada um ciclo de vida religiosa, um como que 'ciclo eclesiástico', que acompanha as diversas atividades de subsistência, em especial as diferentes fases da cultura do milho".[5] Mais adiante o mesmo autor nos fala da atitude do Guarani frente ao dinheiro, onde o valor que lhe atribuem "(...) é muitas vezes mais simbólico do que real, parecendo corresponder antes à imitação de uma atitude econômica alheia às solicitações culturais. O dinheiro existe para ser gasto; não se trata de economizá-lo e à sua poupança não corresponde função na cultura guarani".

O esforço excessivo com o trabalho, a rigorosa cronometragem do tempo, o ritmo acelerado de produção com vistas à acumulação parece pouco razoável para a comunidade indígena de Laranjinha. Não é nessa lógica que os Guarani estabelecem seu padrão de qualidade de vida. Por isso a dificuldade de Vicente em se adaptar à cidade, por mais que a vida urbana lhe parecesse atraente. Sua cultura era outra, seu modo de perceber o bom e o mau era outro. Mas a expectativa de Antônia era que ele se adaptasse à cidade e passasse a se comportar como um branco. Seu desejo inconfessado era de que Vicente deixasse de ser índio. Segundo ela, passou muitas dificuldades financeiras, inclusive fome, ocasiões nas quais dependiam da pesca para comer. No entanto, para os índios isso em absoluto significa escassez e muito menos fome. Afinal, ter um rio piscoso – um recurso natural de extremo valor para qualquer grupo indígena – e um homem sadio, forte e disposto a pescar é o suficiente para satisfazer as demandas de uma esposa e para determinar a boa qualidade do marido.

3.2 Antônia e Vicente na perspectiva da aldeia

Na aldeia, os índios costumavam repetir uma frase que exprime bem a ambigüidade do casamento de Antônia e Vicente: "Antônia detestava índio e casou

5. SCHADEN, Egon. *Aspectos fundamentais da cultura guarani*. São Paulo/Edusp, 1974. p. 46.

com índio". Antônia não aceitava a indianidade do marido e procurava segregar-se a si e a suas filhas. Não se misturava, não queria ser confundida com os índios. Não se relacionava com seus parentes afins (parentes consangüíneos de Vicente), não fazia visitas a ninguém e tampouco recebia bem aqueles que lhe visitavam. Rejeitava publicamente a amizade dos índios. Desdenhava do modo de vida indígena e fazia-lhe críticas explícitas. Era considerada por todos como muito orgulhosa, além de muito brava. Por isso a opinião unânime é de que Antônia não foi uma boa mulher para Vicente, muito longe do modelo ideal da esposa guarani: "Vicente nunca foi feliz com ela". Os parentes de Vicente vão mais longe. Para eles, Antônia foi a causa de sua morte. O desprezo que ela sentia por ele ser índio a fez construir toda a trama e emboscou Vicente numa armadilha. Sua veemência foi tanta que fez os policiais acreditarem em sua história.

Selecionamos partes de depoimentos que expressam bem esse sentimento coletivo em relação à Antônia. Optamos por não identificá-los individualmente por serem exemplos de falas difusas, presentes em praticamente todo discurso sobre o tema.

"As filhas de Antônia se comportavam diferente das índias e quase não tinham amizade. Ela não deixava que as filhas andassem misturadas com as indiazinhas."

"Antônia era brava como índio. Não era flor que se cheirasse."

"Ela nunca foi legal com a gente, tinha sempre uma cara muito fechada. E não levava desaforo de jeito nenhum!"

"Ela era muito diferente das outras brancas. Era orgulhosa. Queria ser mais que todo mundo, mais até que o marido dela".

"Ela não apoiava as coisas que Vicente queria fazer. Gritava com ele."

"Quem mandava nele era ela. Ela que mandava e ele murchava pra lá."

"Ela rejeitava ele. Ela judiava dele até na cama. Ficava com outro homem mas não queria ele, que era o marido dela!"

"Ela já não gostava mais dele. E começou a xingar ele. Xingava ele de índio nojento, de nêgo."

"Depois que eles foram para a cidade, ela reclamava do cheiro dele. Dizia que ele vinha para a aldeia e voltava fedendo."

"Antônia queria se ver livre de Vicente. Ela queria que ele morresse. Agora ela está livre, para fazer o que quer. Está feliz, está mais bonita. Até engordou!"

Para Antônia, Vicente não era o marido ideal e tampouco um homem trabalhador. Mas o comportamento de Vicente na aldeia era entendido como adequado e correspondia ao modelo ideal traçado para o bom marido, bom pai, bom filho, irmão, amigo etc. Ele era considerado uma ótima pessoa. Ninguém tinha queixas contra ele, tido por todos como um rapaz sério, dedicado à família, caprichoso e, sobretudo, "muito trabalhador, raçudo mesmo, nunca deixou faltar nada para a família". É visível a dissonância entre esse ponto de vista guarani e a opinião de Antônia. Na verdade, são mais que pontos de vistas dissonantes; são conceitos distintos do que é bom e mau. Vicente e Antônia eram movidos por visões de mundo que, em determinados aspectos, chegavam a ser antagônicas, construídas coletivamente segundo experiências históricas e ecológicas muito particulares a cada um dos grupos socioculturais a que pertenciam. Norteados por seus próprios modelos, cada um deles sentia-se respaldado e aprovado por seus respectivos contextos étnicos.

Um exemplo desse antagonismo presente na fala de Antônia e na dos parentes de Vicente é o impasse estabelecido em torno do pagamento de pensão alimentícia. Segundo o parâmetro norteador de Vicente, sua obrigação como provedor do sustento da família cessa imediatamente após a separação conjugal. Isso se aplica mesmo quando a iniciativa da separação é do homem e muito mais quando parte da mulher. Ao mesmo tempo, o direito do pai sobre filhos e netos não cessa nunca. Para os Guarani, o acesso de um homem a seus descendentes é irrestrito, inerente à própria existência e por isso não pode ser regulado por critérios mera-

mente humanos.[6] Antônia, norteada por seus próprios parâmetros, após a separação passou a pressionar Vicente para que arcasse com o sustento das filhas. Ele se viu desarmado por essa demanda considerada ilegítima por seu grupo, sem condições financeiras e, sobretudo, condições simbólicas para dar conta dela. A seu modo, tentou adaptar-se e ofereceu à ex-mulher e às filhas os frutos de seu trabalho na aldeia, fundamentalmente produtos agrícolas. Mas elas agora viviam na cidade e suas demandas estavam longe de serem atendidas com apenas isso.

3.3 A "violência" de Vicente

Antônia via em Vicente um homem violento, e, quando bebia, um homem muito violento. Segundo ela, o motivo sempre foi o ciúme. Quando viviam juntos costumava coagi-la e após a separação chegou a agredi-la fisicamente ao flagrá-la em casa com o novo namorado. O ato foi presenciado por sua filha mais velha, Mirlei, que desde então passou também a ter a opinião de que o pai, quando bebia, tornava-se agressivo.

Antônia admitia que Vicente tinha paixão pelas filhas e também pelo neto Matheus, seu único e desejado descendente masculino. No entanto, divulgou a

6. Existe uma extensa literatura na área da etnologia tupi-guarani que confirma essa e outras regras presentes entre os Guarani de Laranjinha que citaremos no decorrer deste laudo. Destacamos as seguintes obras:

CLASTRES, Pierre. *A fala sagrada:* mitos e cantos sagrados dos índios Guarani. Campinas: Papirus, 1990.

LARAIA, Roque de Barros. "Tupi: índios do Brasil atual". *Antropologia*, n. 11, São Paulo: USP, 1986.

LARAIA, Roque de Barros. *A morte nas sociedades tupi-guarani*. Série Antropologia – Universidade de Brasília, n. 68, Brasília: UnB, 1988.

NIMUENDAJU, Curt. *As lendas da criação e destruição do mundo como fundamentos da religião dos apapocuva-guarani*. São Paulo: Hucitec, 1987.

SCHADEN, Egon. *Aspectos fundamentais da cultura guarani*. São Paulo: EPU/Edusp, 1974.

WAGLEY, Charles; GALVÃO, Eduardo. "O parentesco tupi-guarani". *Boletim do Museu Nacional*, n.s., Antropologia, 6. Rio de Janeiro: Museu Nacional, 1946.

versão de que por ciúmes dela, ele seria capaz de matar o neto. Segundo ela, as palavras de Vicente foram no sentido de vingar no Matheus o que não poderia vingar nela. Apesar de não especificar o tipo de vingança pretendida, Antônia supôs tratar-se de uma vingança homicida. O medo de ser vítima de uma represália agressiva por parte de Vicente era confirmado pelo contexto sociocultural de Antônia, em Santa Amélia. Tanto ela quanto sua filha Mirlei estavam tendo um comportamento sexual publicamente reprovado e, sabemos, num *ethos* eminentemente machista como esse, a liberdade sexual de uma mulher após a separação conjugal é considerada motivo suficiente para despertar a ira do marido rejeitado. Antônia projetou os padrões de comportamento da sociedade e cultura ocidentais, reproduzidos no contexto de Santa Amélia, para a sociedade guarani e para Vicente, especificamente.

Mais uma vez a opinião da aldeia difere da de Antônia. Ali ninguém considerava Vicente um homem violento. Os Guarani são um povo reconhecidamente pacífico que evita ao máximo soluções belicosas, e como tal repudiam a violência, sobretudo a intrafamiliar. Ao ser considerado uma boa pessoa, Vicente se enquadrava nesse modelo, e era unânime a opinião de que nunca fora violento, especialmente com a família, mesmo quando se encontrava embriagado. Segundo os índios, a agressividade de Vicente alegada por Antônia era meramente circunstancial, uma reação imediata contra a humilhação e o abandono, já que vivia um período de aflição pessoal especialmente agudo. O fato de estar embriagado não altera em nada esse diagnóstico, afinal, os Guarani de Laranjinha convivem com o consumo de bebidas alcoólicas desde quando convivem com os brancos e, segundo informaram, apesar de exaltar os ânimos, o álcool não chegava a transformar a personalidade pacífica de Vicente. Informação confirmada pelo atual chefe de posto que há dezesseis anos conhecia Vicente: "Ele gostava de beber, mas não incomodava. No máximo saía alguma discussão com os colegas no futebol, podia até sair um empurrão, mas com a gente, os brancos, não dava problema e mesmo 'alto' era comportado".

Antônia não queria abrir mão da liberdade conquistada, mas estava com dificuldades em se manter sozinha na cidade. Diante da sua fragilidade, Vicente passou a chantageá-la e exigiu como condição para continuar a sustentar a família o reatamento do matrimônio. Antônia, revoltada, também chantageou-o. Vetou-lhe o acesso ao neto e não permitiu mais que o visse. Percebe-se profunda tensão em que a violência é recíproca e atinge toda a família. Selecionamos alguns fragmentos de falas que exprimem a opinião difusa dos índios a respeito da "violência" de Vicente.

"Antônia que mandava nele. Vicente comia na mão dela. Não sei onde ele era valente! A não ser se bebia e perdia a cabeça, mas também ela provocava ele. Humilhava. E ele era apaixonado. Eu tinha pena dele."

"O problema começou com o desgosto com as filhas, que estavam muito soltas e ele quis corrigir e a mulher não deixava, não apoiava o marido. Gritava com ele, aí a discórdia entrou."

"A mulher pedia as coisas para ele e como não podia dar gás, luz, cesta básica, ela vingava não permitindo que ele visse o neném."

"Vicente não era agressivo. E quando bebia ficava ainda mais alegre, parecia criança!"

"Ele tomava lá seus golinhos mas não incomodava ninguém."

3.4 Casamentos mistos na aldeia

As relações mistas em Laranjinha ocorrem desde a criação daquela área guarani, há quase um século, e é significativa a população mestiça. Entretanto, a miscigenação não põe em risco a identidade guarani. O que nos diz a etnóloga Kimiye Tommasino sobre esse grupo é elucidativo:

"É importante frisar que na (sócio)lógica guarani, mesmo que haja mestiçagem, o grupo permanece guarani a partir de regras que estabelecem quem é e quem não é guarani. O modelo de identidade étnica guarani é constituído pelos seguintes elementos: filiação, conhecimento da língua, técnica artesanal e participação religiosa. Nenhum desses fatores garante isoladamente a identidade

guarani, mas a filiação é obrigatória, embora não exclusiva. Logo, ter um ascendente guarani é essencial para se considerar e ser considerado Guarani. (...) Os filhos de um genitor guarani com um não-índio serão considerados guarani quando socializados dentro da sociedade e cultura guarani".[7]

De acordo com regras próprias de inserção e exclusão étnica, o grupo de Laranjinha classifica as filhas de Antônia e Vicente como Guarani, em que prevalece o lado índio. Já Matheus, o neto de Vicente, ao ser filho de mestiço com branco, é classificado como branco. Reparem que apesar da identidade guarani atribuída à mãe de Matheus, as regras não desprezam sua filiação mestiça, a qual, mais uma vez cruzada com branco, acaba por neutralizar a característica índia da ascendência: "Matheus puxou mais para branco. Não é índio. O sangue já está muito ralo. Mas as meninas, as filhas do Vicente sim que são índias, essas não tem jeito de mudar, né?"

A despeito da existência de regras que visam resguardar a identidade indígena, existe um mal-estar dissimulado frente à inexorável realidade da "mistura" – aflorado com a morte de Vicente –, o qual revela que o casamento misto, apesar de irremediavelmente incorporado na vida da aldeia, é fenômeno causador de ansiedade. "O índio casa com branco e só vai refinando, e a nação vai se acabando. Mas gosto é gosto, ninguém segura. De qualquer jeito sempre vale mais o lado do índio. E o branco tem de aceitar as regras dentro da aldeia." Essa fala do sr. Bertolino – o índio mais velho da aldeia – expressa bem o sentimento de ambigüidade em relação a esses casamentos com os brancos, ao mesmo tempo aceitos e difundidos, mas fazem temer pela perda da identidade. Por isso o estabelecimento de regras claras de inserção. E nelas, o índio tem de prevalecer e os brancos têm de acatar o modo de vida dos índios. Caso contrário, poderá haver rejeição ou ocorrerão problemas iguais os relacionados à Antônia e Vicente, conforme ilustra o depoimento contundente do casal Dercilho e Lourdes.

7. TOMMASINO, Kimiye (Coord.). *Os Guarani na bacia do Paranapanema...*, cit., p. 9.

"Tem branca que casa com índio e se comporta como nós. Antônia não. Queria ser mais que todo mundo e isso não podia acontecer."

"A tradição indígena é mais correta. Se a família fosse toda de índio, a mãe ia deixar o avô levar o neném, depois ele devolvia. Quando todos são índios, tem mais concórdia."

"Casamento com branco é bastante problemático. Sou contra para evitar essas coisas. Se fosse índio com índio não ia acontecer nada. Antigamente esses casamentos eram proibidos. Hoje virou essa mistura."

4. O episódio na perspectiva dos índios

4.1 A versão local

Conforme o termo de declaração prestado por Antônia nos autos do inquérito policial, após uma discussão com ela, Vicente teria pego o neto Matheus de três meses de idade em sua residência na Vila Galdino e se dirigido à aldeia. Segundo esse depoimento, Vicente queria cuidar do neto sob a alegação de que o mesmo passava fome. A mãe do bebê não estava no momento do ocorrido e foi a avó Antônia quem não autorizou Vicente a sair com a criança. Como não foi atendida, ela encaminhou-se à polícia militar e registrou queixa contra o avô.

A opinião generalizada entre aqueles que conheciam Vicente é de que ele jamais mataria o neto, então só pode ter havido um grande mal entendido por parte dos policiais militares. Na aldeia, não há dúvidas quanto a isso. Vicente era extremamente amoroso e adorava crianças, um pai apaixonado pelas filhas e entusiasmado com o nascimento do neto, seu primeiro descendente homem. E depois, ele tomou um caminho bastante previsível em direção à aldeia, no rumo exato da casa de sua mãe, onde vivia. Com o intuito de evitar que Antônia o alcançasse pela estrada, escolheu um atalho pelas plantações, mas um atalho conhecido por todos e não um caminho secreto. Não se tratava de uma fuga, porque então persegui-lo como se assim o fosse? E depois, para os índios é evidente que

se Vicente quisesse mesmo matar o neto não tomaria o caminho de casa. O lógico seria tê-lo matado ou durante o percurso pelo matagal ou, o mais provável, lá mesmo na casa de Antônia, pois se essa fosse de fato sua intenção era porque estaria irremediavelmente louco e não teria o juízo são para ponderar sobre nada.

Segundo o argumento dos Guarani, um homem que tinha intenção de matar um bebê não tiraria sua própria camisa para embalá-lo e defendê-lo dos cortes do capim colonhão como fez Vicente. "Ele estava era protegendo o neto, como então iria matá-lo?"[8]

Quanto às escoriações no pescoço do neném detectadas pelo laudo de exame de lesões corporais juntado aos autos, a enfermeira da Funasa responsável pela área de Laranjinha, que visitou Matheus imediatamente após sua chegada no hospital de Santa Amélia, observou com sua colega que se tratavam de marcas bastante superficiais, apenas um avermelhado e não sinais de estrangulamento. Alguns índios acreditam que a escoriação resultou do movimento de Vicente logo após levar o primeiro tiro, quando levantou o neto, podendo ter segurado de mau jeito no seu pescoço. De fato, o laudo supracitado apenas indica "ofensa à integridade corporal da criança provocada por ação contundente", sem nenhum detalhamento e não prova a suposta ação violenta de Vicente que, segundo declararam algumas testemunhas brancas, o havia tentado estrangular "por várias vezes". Ora, dificilmente um recém-nascido teria sobrevivido a uma real tentativa de estrangulamento por um homem do porte físico de Vicente.

A fala dos índios é elucidativa:

"Ele queria muito abraçar o neto. Mas Antônia não deixava. Ele só queria ficar um pouco com o bebê. Por isso pegou o neto e veio. Mas ele não ia judiar do neném".

8. Os argumentos dos índios encontram respaldo no depoimento da própria Antônia, quando afirma que a justificativa dada por Vicente no momento em que tomou a criança do colo de sua filha foi de "que Matheus estava passando fome". Ora, é razoável pensar que quem leva uma criança para alimentá-la, dificilmente a levaria para também matá-la.

"Ele ia trazer o neném para a mãe dele ver. Ela (a bisavó) não conhecia o netinho. Quem não tem vontade de conhecer o neto?"

"Ele vinha na direção da casa dele. Se quisesse matar, tomava outro rumo!"

"Um homem sem camisa protegendo o neném não tinha intenção de matá-lo."

"Vicente passou por um caminho no meio do mato que se ele quisesse matar a criança teria matado lá."

"Certo ele não fez de pegar o neto e trazer, já que elas não queriam. Mas Deus o livre de chamar a polícia! Isso também foi muito errado. Ainda mais errado! O bebê era sangue dele. Ele não ia fazer nada com o neto. Ele sempre quis ter um filho homem. O índio gosta muito dos filhos. E neto é até mais que filho no amor."

4.2 O respaldo da etnologia tupi-guarani

"Pensar que ele mataria o neto é mau pensamento daqueles que não gostam de índio. É para humilhar o índio e castigá-lo. Um avô não tem esse mau pensamento na cabeça." De fato, a afirmação de que Vicente estava estrangulando o neto é muito ofensiva para os Guarani. A literatura etnológica especializada em grupos tupi-guarani é unânime em apontar o extraordinário carinho que esses povos dedicam aos filhos. A seguinte passagem ilustra com propriedade a relação especial de um pai guarani com seus descendentes:

"Os tupi-guarani, movidos por razões de ordem religiosa, anseiam pela paternidade. Quem morre sem deixar descendentes está definitivamente morto, uma vez que a alma só sobrevive no outro mundo quando alimentada pelo culto dos vivos. Por isso, quando um homem torna-se pai, sua alegria é imensa. [...] O homem recompensa seu filho nos primeiros anos de vida com incontáveis demonstrações de carinho. Com o correr dos anos, atitudes de respeito vão inibindo as manifestações de apreço, mas o amor que une estes parentes perdurará para sempre. [...] Avôs e netos mantêm entre si familiaridade que, em certas ocasiões, se expressa através de 'relações jocosas', que consiste numa excessiva liberdade

verbal. Freqüentemente, o neto dirige-se ao avô zombando da decadência sexual do mesmo. Em contrapartida, o velho ri da imaturidade do jovem [...]. Quando avôs e netos são de sexos diferentes, falsos galanteios podem substituir a forma rude da zombaria. É a avó paterna quem pela primeira vez lava o recém-nascido. Este, quando menino, será inúmeras vezes presenteado pelas avós, suas companheiras, em inúmeros momentos de folguedos."[9]

No que diz respeito à "violência" de Vicente, a etnologia tupi-guarani também confirma a versão indígena. Dados etnográficos publicados indicam que os Guarani em geral não são capazes "de ódios prolongados, nem de atitude rancorosa. Hoje briga com o vizinho, amanhã torna a conversar e a divertir-se com ele ou vai pedir-lhe um pouco de feijão ou uma caixa de fósforos. Há tempos, os índios do Itariri tiveram uma briga bem feia na estação local; arrancaram sarrafos da cerca, avançando furiosos uns contra os outros. Daí a pouco, sentaram-se todos num grupo, rindo, conversando e gracejando. A raiva se desfizera como fumaça".[10] Portanto, o ímpeto de Vicente em agredir Antônia e o de tomar o neto sem sua permissão, cada um ocorrido em ocasião e contexto específicos, não configura um comportamento violento e desviante, mas um traço culturalmente construído por essa sociedade, e como tal, previsível e contornável.

O ciúme de um homem rejeitado também faz parte da realidade tupi-guarani, e pode despertar igualmente seu desejo de vingança. Mas segundo a etnologia especializada, dificilmente essa vingança recairia sobre um neto ou qualquer outro descendente legitimamente considerado como pertencente a seu grupo familiar. Essa lógica não combina com a guarani, sobretudo nas circunstâncias em que os fatos ocorreram com Vicente. Vicente tomou o neto e levava-

9. LARAIA, Roque de Barros. "Tupi: índios do Brasil atual", cit., p. 131-132. Dados confirmados também por: SCHADEN, Egon. *Aspectos fundamentais da cultura guarani*. São Paulo: EPU/Edusp, 1974. p. 63.

10. SCHADEN, Egon. *Aspectos fundamentais...*, cit., p. 65.

o para casa, isso, para quem conhece bem os povos guarani, prova que ele não iria matá-lo, pois se estivesse tomado por semelhante ímpeto, o teria feito na hora, na frente de sua ex-mulher. Essa seria uma reação bem mais condizente com o modo de ser guarani em oposição à tese defendida pelos policiais militares e demais testemunhos brancos. Um Guarani não maquinaria um crime como esse contra um neto, em que o leva para casa para matá-lo. Definitivamente esse comportamento não encontra respaldo na etnografia tupi-guarani. O ciúme poderia levá-lo a cometer um crime, mas não nessas circunstâncias. Seria mais lógico que Vicente tivesse jogado seu ímpeto de vingança sobre a própria Antônia, ou sobre seu namorado, mas sobre um legítimo descendente, e ainda bebê, é por demais anômalo e causa profunda estranheza tanto para os Guarani, que costumam apresentar um movimento perene de preservação dos filhotes, sejam eles quais forem, quanto para os estudos etnológicos nos quais a configuração cultural guarani não prevê tal atitude.

5. A polícia militar e a autoridade indígena

5.1 A abordagem dos policiais militares

Segundo a visão dos índios, os policiais militares não souberam conduzir o conflito. Faltou-lhes preparo para negociar pacificamente a devolução da criança e acabaram por posicionar-se em favor de Antônia e seus parentes e, conseqüentemente, contra Vicente e a comunidade indígena. A despeito de algumas evidências favoráveis a Vicente como as acima mencionadas, os policiais se deixaram sugestionar pela opinião de Antônia e quando o alcançaram estavam convencidos de que se tratava de uma pessoa violenta, com intenção de matar um bebê recém-nascido.

Outra evidência não considerada devidamente pelos policiais é o fato de estarem perseguindo um índio conhecido que se movia em direção à única terra

indígena vizinha à cidade, também bastante conhecida. Pelo menos um dos três policiais sabia bem quem eram Vicente e Antônia, pois freqüentava com eles a mesma igreja dentro da aldeia. Os próprios policiais declararam nos depoimentos que sabiam que Vicente era índio e estava se dirigindo para uma terra indígena.[11] E isso, por si só, exigia cautela na condução. Muita cautela, sobretudo por parte de homens armados não exatamente treinados para lidar com a questão indígena que, sabemos todos, é bastante complexa. Entrar em terra indígena sem comunicar as lideranças numa situação de conflito tão emocionalmente tensa como essa é, no mínimo, um erro de estratégia.

No entanto, desafortunadamente e para a perplexidade dos índios, os policiais militares não perceberam a evidência do contexto interétnico e sua especificidade, e acabaram partindo como se perseguissem um mau-elemento qualquer e não um indígena, o qual tem cravada na sua pessoa a identidade de todo o grupo a que pertence. Foram incapazes de enxergar que perseguiam não um indivíduo, mas uma coletividade representada naquele indivíduo. E ao atirar para matá-lo, atingiram toda a aldeia. Na verdade muito mais que a aldeia, pois além dela atingiu toda a parentela de Vicente que vive na terra indígena Araribá, em Bauru/SP, e, numa freqüência ressonante, alcançou os índios do Paraná e a totalidade dos povos indígenas do Brasil, os quais mantêm entre si mecanismos próprios de comunicação, em que informações como essa circulam de norte a sul e indigna a todos.

A polícia militar não é a autoridade legítima para tratar dos assuntos da aldeia. Os índios têm sua própria autoridade e seus próprios mecanismos de controle social, e exigem que sejam respeitados. A autoridade local não pode ser sim-

11. O soldado Agostinho da Rosa Santos confirma em seu depoimento que "Vicente então começou tomar a direção da reserva indígena Laranjinha, oportunidade em que o soldado Bueno, pela primeira vez, disse que provavelmente se for quem ele estava pensando, tratava-se de um índio". Também no depoimento do cabo Nilson consta que ainda na Vila Galdino "tomou conhecimento que Vicente era um índio e que havia se dirigido em direção à reserva indígena Laranjinha, pelas plantações" (cf. depoimentos nos autos do IPL).

plesmente ignorada, como se não existisse. Isso ofende o grupo de modo contundente. A conclusão na aldeia é de que o comandante da equipe, o cabo Nílson, mostrou despreparo na condução do seu trabalho e muito mais na condução de assuntos relacionados com os índios.

Na perspectiva dos índios em Laranjinha e Araribá/SP, os brancos familiares de Antônia criaram o clima de terror e começaram a gritar desesperados que Vicente ia matar o neném, e isso bastou para o cabo atirar. Obedeceu a vontade dos brancos. Esse era o desejo de Antônia, que Vicente morresse e a deixasse em paz. E o cabo Nílson fez o serviço para ela. Isso não poderia ser conduta de um homem armado pelo Estado para garantir a segurança de uma região. Para os Guarani, Antônia foi co-responsável pela atitude condenável do cabo Nílson, o qual, despreparado e ignorante, atirou mortalmente em Vicente. No entanto, independente da etnia, um cabo não poderia, nem deveria, ter usado o recurso mais radical de tirar a vida de uma pessoa humana.

Segundo o soldado Agostinho, eles não tiveram outra opção porque Vicente estava de fato matando o bebê, e se o abordassem de outro modo, sem atirar, ele poderia estrangular a criança, tendo em vista a fragilidade de um recém-nascido. Mas para os índios isso não faz nenhum sentido, já que optaram por uma solução por demais extremada a qual, além de precipitada, tampouco garantiria a sobrevivência do pequeno Matheus. Afinal, o tiro poderia ter atravessado Vicente e acertado o neném ou o corpo do avô poderia ter caído sobre ele e o matado igualmente.

5.2 O desrespeito aos mecanismos indígenas de controle social

O fato causador da maior revolta dos índios é a convicção de que se os policiais tivessem tido o bom senso de entrar em contato com as autoridades locais, todo esse desgosto teria sido evitado. Essa convicção é confirmada pelo servidor da Funai que trabalha há dezesseis anos na terra indígena Laranjinha: "Se

os policiais tivessem entrado em contato com a gente não teria acontecido isso não". As estratégias locais para a solução de conflitos têm se mostrado bastante eficazes e a intervenção policial só é permitida quando elas falham, ou, por juízo das autoridades locais, quando a especificidade do caso exige uma intervenção vinda de fora. Dificilmente os Guarani recorrem à autoridade policial para resolver um assunto que consideram seu, para o qual há séculos reproduzem e atualizam mecanismos próprios de controle. E se esses mecanismos não apresentassem eficácia, essa sociedade não teria tido condições de seguir se reproduzindo através dos tempos.[12]

O desrespeito das autoridades armadas a essas estratégias pode ter conseqüências bastante nefastas para o grupo e para a boa condução das relações interétnicas. No caso aqui em questão, não há dúvidas de que se Vicente fosse abordado pelo cacique ou por qualquer uma de suas lideranças, ele devolveria o neném sem resistência. Se ele resistiu ao comando dos policiais é porque se sentiu extremamente inseguro, coagido por homens estranhos e armados. Temia por sua própria vida e tentou se proteger por meio do neto. Se ele visse alguma liderança ou algum parente com certeza perderia o medo e não resistiria. As opiniões e os sentimentos dos índios a esse respeito se expressam em suas falas:

"É muita falta de preparo desses policiais. Fazer o que fizeram não era necessário".

12. Para os Guarani, e outros grupos indígenas no Brasil e no mundo, o que importa num crime, numa violação de direitos, é o bem estar da pessoa lesada e não o bem estar de um ente abstrato que chamamos sociedade e/ou Estado. Por isso, os mecanismos de controle social dos índios guarani baseiam-se na conversa e no conselho, e visa mais a conciliação que a punição. Mas quando entendem ser preciso, ocorre a aplicação de pena, que varia entre a extradição à prestação de serviços. O processo "penal" autóctone envolve pessoas que estão unidas umas às outras por múltiplas relações, todas baseadas no parentesco. O suposto culpado não está e nem estará culturalmente e socialmente classificado como um mero criminoso. Na sua sociedade ele é um filho, um irmão, um genro, compadre, amigo, enfim, um parente ou um vizinho. Sua milícia, seus julgadores, algozes e prováveis vítimas são pessoas com as quais mantém estreitos laços sociais, e são exatamente esses estreitos laços sociais que configurarão sua "cadeia". Neles residem a força do controle social.

"Foi muito errado, porque Vicente era uma boa pessoa, não era um mau elemento. Era um trabalhador!"

"Negociar. Tinham de ter negociado. Vicente já tinha dito que ia entregar o neném. E ele já tinha posto a criança no chão!"

"Tinham de ter vindo falar com o chefe. Entrar sem licença numa área indígena é agir muito mal. O delegado mesmo já tinha de ter essa lei. O cacique é o chefe e as lideranças é que são a polícia local. Eles é que botam ordem dentro da aldeia."

"Cabo Nilson era novato. Os outros sempre entravam em contato com os chefes. Esse que não fez o certo."

"Vicente era índio, e como índio, ia entender outro índio. O índio entende o índio, mas o branco na verdade não entende o índio, não é por nada não, mas não entende mesmo muitas das vezes."

"Ele ficou oprimido, com medo. Um revólver apontado o cara treme!"

"O índio frente a frente com outro índio se sente protegido e seguro. Mesmo com 50 policiais armados rodeando, e se eu [o cacique] chegasse lá com apenas três lideranças, o Vicente ia ouvir. Ia ter muito mais valor. Não é a arma que serve para o índio, mas a palavra bem dita."

"Era questão dos policiais terem dado cinco minutinhos."

5.3 Os impactos

Para os índios, os atos das autoridades públicas armadas tiveram como conseqüências a morte, a humilhação étnica e o desrespeito à aldeia. Por isso em Laranjinha estão chocados, perplexos, traumatizados e revoltados. Voltou à tona o ocorrido há 40 anos e as tensões latentes nas relações dos índios com o Estado. Vimos que os índios fazem um esforço enorme para manterem uma relação interétnica a melhor possível, e buscam alianças com os brancos por meio do casamento e da conversão religiosa. Dão seus filhos e sua fé para estarem bem

com os brancos e, em troca, recebem um ato arbitrário e precipitado como o assassinato de Vicente.

A família de Vicente foi evidentemente a mais atingida. Estão inconformados, tristes, desolados e temporariamente desestruturados. Parte foi embora para outra terra indígena, o posto de Araribá em São Paulo, e abandonaram tudo em Laranjinha. Os que ficaram só pensam em partir.[13] Ainda não se recuperaram do choque. A mãe e o padrasto ficaram especialmente traumatizados porque praticamente viram o ocorrido à distância, de sua casa, sem terem tempo de intervir. Mas entre todos, o padrasto foi quem teve o fim mais trágico. Especialmente ligado a Vicente, o velho entrou em estado de profunda depressão e desencadeou outras pequenas doenças que culminaram com sua morte.

Matheus vai crescer ouvindo a versão da mãe e da avó branca, mas os índios sonham poder um dia contar "toda a verdade" a ele e dizer o quanto o avô guarani o amava. É muito doloroso para a família saber que a versão estabelecida entre os brancos é a de que Vicente estaria matando seu querido neto. Isso ofende especialmente a família, e, como tido, o povo guarani como um todo.

Hoje os policiais militares estão sob a ordem de não entrarem na aldeia. Para os índios essa determinação chegou tarde demais. E só esse tipo de resposta não dá garantias de que violências não ocorram outra vez no futuro. Isso é impunidade e não a aceitam. A certeza de que se a polícia tivesse mantido a postura de respeito às autoridades locais o evento teria desenlace pacífico mortifica os índios. Querem uma resposta minimamente contundente do Estado. Afinal, o erro foi de uma autoridade pública armada. Com efeito, a condução do caso tem alcance que extrapola os meros agentes imediatamente envolvidos, pois diz respei-

13. Segundo a etnografia guarani, uma das razões que levam as famílias a mudarem de aldeia está relacionada com a morte de entes familiares. Depois que a tristeza passa, podem retornar. Essa informação foi colhida por Kimiye Tommasino entre os Guarani de Araçaí-SC, in *Relatório de Identificação e Delimitação da Terra Indígena de Araçaí*. Londrina/Chapecó, agosto de 2001.

to à relação da força pública do Estado brasileiro com os grupos indígenas como um todo. Nesse sentido, a fala dos índios é contundente:

"Foi um erro! Um despreparo da polícia. Polícia serve é para matar? Um homem desarmado, um trabalhador que não estava fazendo nada!"

"Tinha de ter punição porque matar um índio é desrespeitar toda a aldeia. Faltou preparo por parte das autoridades."

"Índio guarani, nós somos tudo manso, tudo trabalhador. Porque PM não vai cuidar de bandido?"

"Nós nunca nos chateamos com os policiais. Mas agora achamos muito ruim. Não queremos mais nem ver PM na nossa terra."

6. Os índios nos autos do inquérito policial: o olhar antropológico

É notável nos autos do inquérito policial que a presença de apenas dois depoentes índios contrapõe-se a de quatorze brancos. Além disso, a diferença nas versões veiculadas por ambos os grupos étnicos, sobretudo no modo como interpretaram os atos de Vicente naquele momento crucial de sua vida, é patente.

Ao contrário dos testemunhos dos brancos, para os depoentes guarani Vicente teria dito que entregaria o neném desde que não o coagissem com arma de fogo. Ou seja, mesmo emocionalmente alterado, Vicente teia se mostrado disposto a negociar. Tal fato faz sentido para a lógica tradicional dos Guarani relativa à resolução de conflitos, onde a negociação oral é parte da estrutura cognitiva, inerente ao modo de se inserir no mundo de um Guarani. Desde o ponto de vista da etnologia tupi-guarani, é estranho que um homem reaja da forma como nos é descrita pelas testemunhas brancas, tão violento ao ponto de não permitir um mínimo espaço para a negociação, sobretudo num momento como este, no qual claramente se encontrava entre a vida e a morte.

Vale observar que um homem armado, inequivocamente, tem muito poder. E quando participa de uma corporação investida de autoridade pública como um corpo policial, seu poder é ainda mais acentuado. Numa pequena cidade do interior do país, esse poder tende a impor-se sobre uma testemunha na hora de depor judicialmente contra ou a favor desse homem armado. É como depor contra ou favoravelmente todo o aparato policial local, e não é estranho que uma pessoa de baixo *status* social e destituída de poder tema contrariar interesses de autoridades armadas. Outro fator a se considerar é que os brancos testemunhas da abordagem policial, em total de seis, tinham motivos próprios, e até particulares, para veicular uma imagem truculenta de Vicente. Os dois policiais por razões óbvias, pois, provavelmente, se não estivessem seguros disso não chegariam às últimas conseqüências como chegaram. Os demais, Antônia e seus parentes próximos – a irmã, o cunhado e a filha mais velha –, eram e são todos cúmplices, solidários a Antônia em seu drama pessoal e em seu desejo de se ver livre de Vicente, que a vinha importunando com seu inconveniente ciúme. Antônia estava sendo oprimida pelo ciúme do ex-esposo e contava com o apoio incondicional desses entes queridos, que também viam em Vicente um marido violento e perigoso para ela.[14]

Apesar de os autos do inquérito policial veicularem as duas versões, podemos perceber que a perspectiva branca predomina. A fala dos brancos aparece mais, sobretudo para o leitor pouco acostumado às especificidades indígenas e à realidade conflitiva das relações em contextos interétnicos. A harmonização entre os argumentos, comum entre pessoas compartilhadoras de uma mesma visão de mundo e participantes de um mesmo *ethos*, ficou muito mais evidenciada na fala dos brancos do que na dos índios. Afinal são quatorze depoimentos contra

14. Vale informar que Mikeli, a filha mais nova do casal, não dava à mãe um apoio tão incondicional quanto a filha mais velha. Segundo nos informaram na aldeia, ela nunca acreditou que o pai fosse capaz de matar o neto, e foi a única da família a apoiar o pai. Infelizmente ela não foi ouvida nos autos do inquérito, e tampouco pudemos encontrá-la, pois, de acordo com a informação de sua mãe, Mikeli mudou-se para São Paulo e desde então se nega a tocar no assunto da morte do pai.

dois, dando a impressão de que o discurso indígena é menos coerente. Além do fator quantitativo, o modo como foram veiculados os depoimentos indígenas não permitiu que a complexidade e a riqueza da realidade cultural desse povo surgissem por meio de suas falas individuais que, quando isoladas de seus contextos, perdem a força de argumentação. Desde o ponto de vista da Antropologia, esses dois fatores, somados, prejudicam os índios e atuam a seu desfavor no concernente à aplicação dos direitos culturais que lhes são garantidos pela Constituição Federal.

Devemos levar em conta que além da massacrante maioria de testemunhos brancos, os leitores e árbitros do processo também são brancos, e aqui novamente volta a questão étnica, e com ela a questão do "outro" e sua especificidade. Nós brancos estamos acostumados a falas abstratas, capazes de existirem por si só, independentes das circunstâncias em que ocorreram os fatos narrados. Os índios de Laranjinha não. Eles funcionam de maneira diferente, pois, é bom lembrar, são povos de tradição oral. O fato de serem hoje quase todos alfabetizados não significa em absoluto que passaram a ser guiados pela lógica da escrita, afinal, trata-se praticamente da primeira geração de alfabetizados. A linguagem entre povos ágrafos é desenvolvida em íntima associação com a experiência. A memória não armazena apenas um conceito, mas esse conceito associado à ação e à experiência dessa ação.[15] Tendo em vista essa característica, a memória de um índio quando ativada na aldeia, junto com seus parentes, é muito distinta daquela ativada e sistematizada numa delegacia de polícia, em que está sozinho e numa situação de total abstração dos contextos em que sua fala normalmente se expressa.

Por essa razão, tomar o depoimento de um índio é um pouco mais complexo que tomar o depoimento de um branco, e se não se estabelece um contato mais adequado, não é possível superar minimamente os limites da sua expressão. Para saber o que um indígena quer dizer com sua narrativa, não basta interrogá-

15. Vários autores na área da lingüística antropológica salientam essa significativa diferença. Um deles é: GOODY, Jack. *Literacy in traditional societies*. Cambridge: The University Press, 1968.

lo numa delegacia. Esse método é totalmente impróprio para investigar o que realmente se passa com eles. E depois, provavelmente seus depoimentos não corresponderão às nossas expectativas, mas, e necessariamente, a suas próprias expectativas: dele como indivíduo e dele como coletividade. Sua fala nunca estará dissociada da fala do grupo do qual faz parte e nem de seu contexto sociocultural. Estamos tratando com grupos holistas, nos quais o individualismo não figura como ordenamento do mundo. O indivíduo é por princípio um coletivo, e um coletivo que se define em termos étnicos.[16]

Pelo que dissemos até agora, é legítimo perguntarmos por que Jefferson e Júlio César, os dois índios que testemunharam o incidente, não intervieram favoravelmente a Vicente, negociando, tentando convencê-lo a devolver o neném; e por que Vicente não se sentiu seguro com suas presenças? Ou seja, por que esses dois índios não cumpriram o papel negociador reivindicado pelas lideranças, conforme dissemos acima? No concernente a Júlio César, segundo seu depoimento, ele não chegou a se aproximar do local, mas apenas ouviu de longe a fala de Vicente, e não estaria, portanto, exatamente presente.[17] Quanto ao Jefferson, a resposta a esses questionamentos está no seu *status* social. Quem é Jefferson? É um rapaz solteiro e sem filhos, o qual vive sob custódia dos pais e como tal sem alcançar a condição adulta. Para os Guarani, o jovem que ainda não construiu sua casa e não

16. É importante salientar que etnia não é uma coisa, mas um contexto: um contexto de ações e de resultado de ações, o qual define uma identidade. Pertencer a uma categoria étnica significa ser um certo tipo de pessoa e ter determinada identidade básica, que será sempre atribuída por seus próprios membros, definida em contraste com outras identidades. Por isso, ainda que o grupo em Laranjinha esteja bastante influenciado pelas práticas socioculturais dos brancos da região – casando-se entre si, falando a mesma língua, professando o mesmo credo religioso etc. – não quer dizer que deixaram de ser Guarani. Esse tipo de raciocínio não tem fundamentação empírica, resultado mais de ideologia que epistemologia. A esse respeito é referência teórica e metodológica a coletânea organizada pelo antropólogo norueguês Fredrik Barth. BARTH, Fredrik. *Ethnic groups and boundaries:* the social organization of culture difference. Oslo/London: University Forlaget/George Allen, 1970.

17. Infelizmente não pudemos conversar com ele pessoalmente, pois havia se mudado recentemente para outra terra indígena, cujo contato era provisório e incerto.

tem sua própria família é apenas um menino-grande, o que exige dele um certo retraimento frente a situações políticas reservadas aos adultos.[18] Além disso, ele não é parente de Vicente, nem vizinho, nem amigo íntimo, dificultando ainda mais sua capacidade de intervir e opinar num momento extremo como esse. Portanto, não cabia a Jefferson, a um menino-grande, o papel da negociação. Para isso existe o que os Guarani denominam de lideranças, um conselho de adultos que tem a função de resolver os problemas internos da comunidade.

Mas Jefferson assistiu a tudo e está seguro da sua versão. Ele confirma o tempo todo que Vicente estava disposto a negociar e devolver o bebê. Desde o ponto de vista da aldeia, se Jefferson não tivesse certeza dos fatos, provavelmente não teria tido firmeza para depor. Com efeito, para ele não foi fácil superar o medo e a resistência da família, sobretudo da mãe, que fez de tudo para impedi-lo: "A mãe brigou com ele porque falou. Não queria que ele falasse de jeito nenhum, pois tinha medo dos policiais se vingarem nele". De fato, como já dissemos, depor contra um policial quando se vive tão próximo dele e de sua corporação já não é tarefa simples para um branco, mas para um jovem índio guarani é ainda mais complicado. Além disso, se para um Guarani, como vimos, já é difícil falar sobre um evento quando se está distanciado do contexto em que ele ocorreu, falar desse evento blefando e ainda contrariando a vontade dos pais é um esforço quase herculano. O cinismo não é uma característica do povo guarani e apresentar-se cinicamente diante de autoridades do Estado numa situação de tensão como essa nos parece pouco razoável para um membro desse povo.

Vale informar que, infelizmente, os temores da mãe de Jefferson se confirmaram, ainda que a represália aparentemente não tenha vindo da parte dos policiais militares. Trata-se de Mauro Sérgio de Sena, irmão do pai de Matheus, que vem ameaçando Jefferson desde o depoimento na polícia federal, e chegou

18. Conforme informação verbal fornecida pelo pesquisador e etnólogo Rubem Thomaz de Almeida, experto em etnologia guarani-kaiowa.

em duas ocasiões a agredi-lo fisicamente, além de aterrorizá-lo diversas vezes à noite no caminho entre a aldeia e o colégio em Santa Amélia. Por ocasião da última agressão, no princípio de maio, Jefferson submeteu-se a exame de corpo delito e registrou queixa na delegacia da polícia militar local. No entanto, não se sabe o motivo porque sua denúncia não chegou a ser apurada. As ameaças e agressões aconteceram sob a justificativa de Jefferson ter mentido em seu depoimento ao dizer que Mauro Sérgio não estava no local do incidente da morte de Vicente. Quando falamos sobre o assunto com o soldado militar Agostinho, sua resposta confirmou a justificativa do agressor ao dizer que "Jefferson chegou na PF contando mentiras". Chamamos atenção para o fato de ter sido o soldado Agostinho quem depôs afirmando a presença de Mauro Sérgio no local, e não o próprio Mauro Sérgio, o qual nem mesmo chegou a depor. Tudo isso nos faz temer pela segurança de Jefferson.[19]

7. Conclusão

Alguns fatores destacaram-se na análise dos dados empíricos.

O primeiro é o repúdio indígena à tese de que Vicente estaria estrangulando seu neto. Para os Guarani a atitude extrema de Vicente em tomar o bebê reflete antes o profundo amor pelo neto que o ódio pela avó. A etnografia guarani não confirma a intenção de Vicente em matar o neto nas circunstâncias nas quais ocorreram os fatos apurados nesse processo criminal.

O segundo refere-se à predominância branca em todo o processo. Tanto o contexto do crime quanto o da sua apuração foram criados pelos brancos, no qual predominaram quantitativamente e qualitativamente. Essa predominância étnica teve como conseqüência o isolamento da explicação minoritária dos índios – a

19. Vale lembrar que as testemunhas ameaçadas ou coagidas em virtude de colaborarem com a investigação criminal têm proteção legal e o direito de serem assistidas, conforme prevê o Dec. 3.518/2000.

qual foi praticamente neutralizada e encoberta – e impôs uma versão que não apenas humilha a comunidade indígena de Laranjinha como contradiz o que já se pesquisou sobre o comportamento interfamiliar dos Guarani.

O terceiro diz respeito ao conflito interétnico e à discriminação latentes em todo o episódio. Na micro-relação de Antônia e Vicente reproduzia-se a complexidade das relações interétnicas locais, com suas disjunções, frustrações, ódios, repulsas, despeito, subordinação, humilhação, dor etc. Essa complexidade não se reduz à terra indígena Laranjinha, mas atinge a totalidade dos contextos interétnicos do país. Apesar do entendimento evangélico local tentar explicar o episódio segundo a equação "Vicente deixou a igreja e caiu em desgraça", em uma visão menos confessional, sabemos que os episódios da vida não são redutíveis a equações tão simples, sobretudo quando envolvem conflitos interétnicos. O infortúnio de Vicente insere-se em um complexo sociocultural amplo e existia subjacente muito antes de qualquer fato específico da sua história de vida.

O quarto, bastante relacionado ao terceiro, diz respeito ao fato de Antônia sofrer com a represália de Vicente e a entender como violenta, mas não perceber o quão violento era seu próprio comportamento em relação a Vicente. A violência de Antônia contra Vicente, ainda que aparentemente mais sutil, também é capaz de ferir profundamente. Afinal, é sabido o quanto a discriminação étnica humilha e o quanto a humilhação faz sofrer. Vicente reagiu com a única superioridade que ainda acreditava ter, a superioridade da força física – ele era homem, forte e grande, enquanto Antônia, mulher, fraca e pequena. Mesmo frágil fisicamente, a superioridade étnica de Antônia garantiu-lhe aliados com poder: a tropa armada do Estado se mobilizou para defendê-la, enquanto Vicente morreu desarmado, sem chances de contar com a mobilização de seus únicos aliados, seus parentes e amigos indígenas.

E, por fim, a Constituição Federal reconhece a diversidade étnica-cultural brasileira, e isso implica no reconhecimento de um "outro" com o qual há limitação quanto às formas de compreensão compartilhadas e quanto aos critérios de

julgamento e comportamento. Ou seja, implica na relação entre diferentes. Em um contexto pluriétnico como o brasileiro, o direito do grupo majoritário não pode ser concebido como universal e o sistema jurídico dominante tem de ser reconceituado como multicultural. O correlacionamento de diversas concepções de dignidade humana exige o diálogo intercultural, pré-requisito para relações interétnicas equilibradas. Sem realmente ouvir e dar voz ao outro, não há diálogo, mas apenas imperialismo cultural e dominação étnica.

Ante o exposto, concluímos que o conflito não foi conduzido satisfatoriamente por não haver qualquer preparo por parte das autoridades policiais em enxergar e respeitar o "outro". Os militares não foram capazes de perceber que não se tratava ali de um impasse qualquer, mas de uma demanda inserida num contexto de conflito interétnico. Onde há terra indígena haverá potencial para conflitos interétnicos como esse e a solução, evidentemente, não é a de eliminar seus pivôs. A tragédia a que foram submetidos os Guarani de Laranjinha poderia ter sido evitada com uma simples mudança de conduta. Por isso, cabe aos aparatos estatais armados ter o equilíbrio e o preparo necessários para lidar com os índios em situações tensas e de ânimos exaltados como a existente nesse episódio. Caso contrário, poderão trazer a esses povos prejuízos e danos irreversíveis. Em se tratando de indígenas, o equívoco da autoridade armada não atinge uma única pessoa ou uma única família. Atinge toda a coletividade, numa freqüência de ressonância que faz vibrar tanto a aldeia local quanto a totalidade dos povos indígenas no Brasil.

A tortura e o Estado Democrático de Direito – O relatório da Comissão Especial da Lei 10.726, de 09.01.2001*

Belisário dos Santos Jr.

Advogado em São Paulo. Secretário de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo de 1995 a 2000. Presidente da Comissão Especial da Lei 10.726/2001.

Sumário: 1. Antecedentes da Lei Estadual 10.726/2001 – 2. A lei de indenização e sua regulamentação – 3. A Comissão – Sua organização e modo de atuação – 4. A Comissão – Consensos estabelecidos e decisões adotadas – 5. A definição de tortura e outras quesotes: 5.1 Casos notáveis (1) – "A Operação Tarrafa"; 5.2 Casos notáveis (2) – "O navio Raul Soares"; 5.3 Casos notáveis (3) – "A questão dos mortos e desaparecidos já indenizados"; 5.4 Casos notáveis (4) – "A tortura pela notícia da epidemia de meningite" – 6. Os pagamentos havidos e os problemas orçamentários – 7. Em conclusão – O cotidiano da tortura e da emoção.

1. Antecedentes da Lei Estadual 10.726/2001

O Programa Estadual de Direitos Humanos, editado em 1997[1] pelo Governador Mário Covas, em seu Ponto 107, tratando do acesso à justiça e luta

* O relatório abrange os meses de trabalho da Comissão Especial de fevereiro de 2002 a outubro de 2003.

1. O PEDH foi construído com intensa participação da sociedade civil, e a solenidade de seu lançamento ocorreu em praça pública, no Parque da Independência, em 14.09.1997.

contra a impunidade, previa garantir indenização às vítimas de violência praticada por agentes públicos.

Esse Programa Estadual, o primeiro do Brasil, criado em atendimento à Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, destinava-se a ser um fator gerador de políticas públicas na área de defesa dos direitos da cidadania. Desse programa surgiram os Centros de Integração da Cidadania, o Centro de Referência da Vítima, o Programa de Proteção a Testemunhas, a Lei de Defesa do Usuário do Serviço Público, a rede de Ouvidorias públicas, entre outras iniciativas.

Desde 1995 haviam sido intensas as reuniões do Governo do Estado com ex-presos políticos, com familiares de mortos e desaparecidos e com organizações não-governamentais que cuidavam do tema da preservação da memória na luta pela redemocratização e contra a ditadura militar e a tortura.

Nesses esforços contam-se a discussão na Secretaria da Justiça do projeto que se converteria na Lei 9.140/95, de que participaram familiares de mortos e desaparecidos e o Min. José Gregori; a reedição do Dossiê de Mortos e Desaparecidos, pela Imprensa Oficial;[2] a desvinculação do DOPS da Secretaria da Segurança e sua vinculação à Secretaria da Cultura, com preservação de espaço para a memória dos que lutaram contra a ditadura; a edição de várias publicações pela Secretaria da Justiça e Procuradoria-Geral do Estado sobre temas de direitos humanos, entre eles as convenções contra a tortura; a transferência dos arquivos do DOPS para a Divisão de Arquivos do Estado de São Paulo, com acesso público; a encenação da peça teatral "Lembrar é resistir",[3] entre outras iniciativas.

Antes de cogitar da indenização às vítimas da ditadura militar, o Governo do Estado tratou de indenizar casos de tortura comum.

2. Em agosto de 1996, no Palácio dos Bandeirantes, em homenagem aos 17 anos da Lei de Anistia.

3. Encenada no DOPS, em comemoração aos 20 anos da Lei de Anistia, com textos de Analy Alvarez e Izaías Almada e direção de Silnei Siqueira.

E, assim, em 1999, após longa discussão com os interessados, o Governo do Estado encaminhou à Assembléia Legislativa o projeto de lei que indenizava as vítimas de tortura no regime militar, considerado o período entre 1964 e 1979. O projeto centrava-se na responsabilidade do Estado pelas violações que ocorreram naquele interregno, com participação e/ou omissão das autoridades do Estado.

2. A lei de indenização e sua regulamentação

Após longa tramitação na Assembléia Legislativa, o Governador Mário Covas promulgou em 08.01.2001 a Lei 10.726. Por essa lei o Estado de São Paulo ficou autorizado a efetuar o pagamento de indenização, a título reparatório, às pessoas detidas e torturadas sob a acusação de terem participado de atividades políticas no período de 31.03.1964 a 15.08.1979, que tenham ficado sob a responsabilidade ou guarda dos órgãos públicos do Estado de São Paulo ou em quaisquer de suas dependências.

A lei criou uma Comissão Especial com a finalidade de reconhecer as pessoas referidas no art. 1.º e de dar parecer sobre o pagamento da indenização devida.

A lei foi regulamentada pelo Dec. 46.397, de 19.12.2001.

A Lei 10.726/2001 foi alterada pela Lei 11.242, de 19.09.2002, para estender o prazo do requerimento por cento e vinte dias. O Dec. 46.397/2001 foi alterado pelo Dec. 46.984, de 13.08.2002. Além de aumentar o teto de R$ 22.000,00 para a hipótese de transtornos psicológicos, antes fixado em R$ 14.600,00, equiparou o teto para casos de invalidez permanente e morte. Ademais disso, tornou o laudo do Imesc possibilidade e não mais requisito para a indenização, em casos de comprometimento psicológico.

3. A Comissão – Sua organização e modo de atuação

A Comissão foi instalada solenemente em 29.01.2002, em Sessão presidida pelo Secretário da Justiça, à época, Dr. Edson Luís Vismona.

Na composição da Comissão, a lei previu representantes de órgãos públicos (Procuradoria-Geral do Estado, Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, Secretaria da Segurança Pública, Imesc e Ministério Público), representantes da sociedade civil (Ordem dos Advogados do Brasil – Secção de São Paulo, Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana – Condepe, Conselho Regional de Medicina – CRM/SP, ex-presos políticos e advogados que atuaram na defesa de presos e perseguidos políticos) e parlamentares indicados pela Assembléia Legislativa do Estado e sua Comissão de Direitos Humanos.

O Ministério Público do Estado não ocupou a vaga que lhe estava destinada. A Assembléia Legislativa apenas assumiu uma das duas vagas a ela destinada, a reservada para sua Comissão de Direitos Humanos.

A Comissão incorporou a seu regimento a possibilidade de distribuição de processos aos suplentes, figura criada por decreto, com o que os trabalhos ganharam maior agilidade.

Os trabalhos da Comissão sempre foram realizados em local conhecido, como o é a Secretaria da Justiça, de portas abertas. Em cada caso o relator poderia requerer e seria objeto de deliberação da Comissão, que a Sessão pudesse ser realizada de portas fechadas e sem assistência. Havia e há direitos de privacidade a proteger. Muitas vezes fatos de extrema delicadeza para cada requerente são colocados nos autos, sem que a Comissão tenha direito de fazê-los públicos.

Mas os trabalhos foram sempre transparentes, seja porque os ex-presos e o próprio Fórum de ex-presos políticos tiveram e têm vários representantes na Comissão – há cinco ex-presos políticos na Comissão –, seja porque todas as decisões foram e têm sido publicadas no *Diário Oficial do Estado* e no *site* da Secretaria da Justiça (<www.justica.sp.gov.br>).

Assim, o *site* da Secretaria da Justiça (<www.justica.sp.gov.br>) foi e vem sendo utilizado para informar aos interessados o conteúdo das normas legais, a forma do requerimento e, a partir de junho de 2002, o sentido das decisões proferidas pela Comissão, estando por publicar apenas as referentes às Sessões de 23.09.2003 a 14.10.2003.

A transparência advém inclusive da circunstância de serem sempre *motivados* os pareceres adotados, demonstrando as razões da convicção e da decisão proposta.

Até o final do prazo foram protocolizados 1.760 requerimentos. Já foram julgados 963 processos, 870 deferidos e 93 indeferidos. 191 processos estão distribuídos aos relatores e aguardam voto, restando 26 processos em diligências e 577 ainda por distribuir.

4. A Comissão – Consensos estabelecidos e decisões adotadas

A Comissão utilizou os primeiros meses de sua constituição e instalação, de fevereiro a junho de 2002, enquanto ainda eram protocolizados os pedidos, para ouvir depoimentos de ex-presos políticos e de familiares de mortos e desaparecidos políticos, informar-se sobre experiências de outros Estados e adotar consensos em relação à forma de julgamento e critérios para interpretação da lei.

Releva lembrar, entre outros, o depoimento do ex-Ministro da Justiça, Dr. José Carlos Dias, e o de Suzana Lisboa, que acumulou a experiência de ser integrante de comissão similar criada pelo Rio Grande do Sul à de membro da Comissão criada pela Lei Federal 9.140/95. Foram ouvidos médicos e advogados, além de familiares de presos e desaparecidos políticos. Foram apresentadas à ciência da Comissão as experiências de Minas Gerais, Paraná e Rio Grande do Sul.

Mais tarde, a experiência acumulada em São Paulo seria partilhada com o Estado do Ceará para criação de comissão com idênticos propósitos.

A Comissão incentivou a reunião do Fórum de ex-presos políticos na mesma data semanal de sua reunião, de forma a coincidir a presença na Secretária da Justiça de integrantes da Comissão e de membros do Fórum, para sanar dúvidas, transmitir informações e partilhar angústias.

Desde a primeira reunião, entendeu a Comissão ser da essência de seu trabalho a busca da verdade real. Assim, além de analisar as provas fornecidas pelos interessados, a Comissão deveria buscar, na bibliografia e nos arquivos existentes, a prova necessária à apreciação mais real dos fatos.

Nesse sentido, por iniciativa da comissão e com a decidida colaboração da Profa. Maria Lygia Quartim de Moraes, a Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, já na gestão do Secretário Alexandre de Moraes, celebrou convênio com a Unicamp, para disponibilização das informações contidas nos bancos de dados administrados pela universidade (ver anexos resultantes).

Igualmente importante foi a colaboração do Arquivo do Estado de São Paulo (vinculado à Secretaria da Cultura do Estado) e de seus dedicados funcionários, que entenderam a missão imposta pela lei e colaboraram com a Comissão, empreendendo as pesquisas necessárias e repassando as informações obtidas.

5. A definição de tortura e outras questões

Para a definição de tortura, foram utilizados desde sempre os conceitos estabelecidos na Convenção da ONU[4] contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos e degradantes[5] e da Convenção Interamericana[6] para prevenir e punir a tortura.[7]

4. Adotada pela Resolução 39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1984 – ratificada pelo Brasil em 28.09.1989.

5. Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam conseqüência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

6. Adotada e aberta à assinatura no XV Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em Cartagena das Índias (Colômbia), em 09.12.1985 – ratificada pelo Brasil em 20.07.1989.

7. Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.

A Comissão, com base na experiência de seus membros, nos depoimentos colhidos, e atenta à história do período da ditadura militar, deliberou presumir tortura sempre que a prisão (por razões políticas) houvesse ocorrido em dependências da polícia política.

Entendeu-se assim porque era lícito supor que quem, nas condições acima descritas, ali depôs ou foi submetido à tortura, como em inúmeros casos foi denunciado, ou sofreu psicologicamente com a mera possibilidade de ocorrência de tratamento cruel ou degradante. Tudo como definido nas convenções da ONU e da OEA.

A Comissão afastou desde logo qualquer discussão em relação à autoria da tortura, se cometida por agentes estaduais ou por servidores federais. Não houve jamais tortura estadual ou federal. O que se estabeleceu foi uma conexão repressiva entre órgãos policiais/militares do Estado e da União.[8] A tortura era regra, até de testemunhas.

Quanto aos efeitos da tortura, esta Comissão deliberou considerar que a experiência de convivência com pessoas torturadas no regime militar na época referida na lei reparadora leva à conclusão de que esse tipo de trauma sempre provoca transtornos psicológicos de maior ou menor intensidade.[9] A violên-

8. Isto a Comissão colheu nos depoimentos especiais já citados de advogados de presos políticos e de familiares de mortos e desaparecidos políticos. E é o que também surge da leitura de depoimentos autorizados, como o de Alípio Freire et al. (*Tiradentes, um presídio da ditadura*. São Paulo: Scipione); Elio Gaspari (*As ilusões armadas*. São Paulo: Cia. das Letras); Frei Betto (*Batismo de sangue*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira); Heleno Cláudio Fragoso (*Advocacia da liberdade*. Rio de Janeiro: Forense); Jacob Gorender (*Combate nas trevas*. São Paulo: Ática); Paulo Evaristo Arns (*Da esperança à utopia* – Sextante); Percival de Souza (*Autópsia do medo*. Porto Alegre: Globo); Zuenir Ventura (*1968, o ano que não terminou*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira); Dossiê de Mortos e Desaparecidos Políticos (*Imprensa Oficial* – São Paulo, 1996); *Brasil nunca mais* – Um relato para a história. Petrópolis: Vozes, entre outros.

9. Com essa orientação, a Comissão recebeu trabalhos de colaboração do Conselho Regional de Psicologia, do Grupo Tortura Nunca Mais de São Paulo e do Conselho Regional de Medicina, em cooperação com o Instituto de Medicina Social e Criminologia, que constituem anexos a este relatório.

cia física e a violência psicológica são irreparáveis.[10] *A tortura é uma marca que não sai.*[11]

Há muitos casos que podem até levar ao reconhecimento de modalidade prevista no Código Internacional de Doenças como transtorno de estresse pós-traumático. Efetivamente, o torturado emerge de uma vivência caracterizada por graves ferimentos, reais ou ameaçados, ameaças diversas à integridade física, própria e/ou de outros, com resposta que envolveu intenso medo, impotência ou horror. Normalmente, o evento traumático é persistentemente revivido de várias maneiras (cf. *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*, 4. ed., Porto Alegre: Artes Médicas, 1995, p. 407-408).

Em *Brasil nunca mais* – um relato para a História, ao lado da documentação das várias formas de tortura, dos vícios dos processos judiciais nas auditorias militares, estão claramente elencadas as conseqüências dessa prática hedionda, as marcas que deixa, os impactos sobre a personalidade (cf. *Brasil nunca mais*, Petrópolis: Vozes, 1985, p. 203 et seq.). O Conselho Regional de Medicina e o Imesc, atendendo a pedido de parecer desta Comissão, consideraram como axioma que: "Todo indivíduo que tenha sofrido qualquer tipo de tortura, apresentará algum dano psicológico, posto que se tornou um torturado".

A Comissão foi sempre sensível em relação à prova da tortura. Foram admitidos todos os meios que pudessem gerar a convicção de que pudesse ter havido tortura no caso concreto, inclusive depoimentos perante a Justiça Militar denunciando a tortura sofrida pelo depoente ou por terceiros.

A Comissão sempre entendeu que o observador dos tempos da ditadura não pode se dar ao luxo da ingenuidade. A prova de prisão e interrogatório ante a polícia

10. Nesse sentido, manifestou-se o Governador Geraldo Alckmin, ao regulamentar a Lei 10.726, em 19.12.2001: "Restaura-se a integridade física muitas vezes, recupera-se a integridade psicológica, mas não se resgata jamais os momentos de dor, de solidão, de medo, com que se pretendeu quebrar a coragem de uns, o ânimo de outros e a dignidade de todos".

11. Frase de autoria atribuída de uma presa política e valorizada na peça *Lembrar é resistir*.

política e suas várias faces, a denúncia da tortura sem interesse concreto, aliada às provas de tortura ali cometidas já historicamente agregadas à situação de fatos notórios, têm sido suficientes para entender presente a tortura. Exigir mais prova diante disso seria produzir uma nova vitimização[12] de cada requerente. Não foi o objetivo da lei que visa, isto sim, reparar as conseqüências das torturas infligidas.

Essas considerações iniciais animaram os votos da Comissão, que, por lei, deveria indenizar as seqüelas da tortura e não a própria tortura. A Comissão deliberou, por maioria de votos, não atribuir a indenização máxima a todos os requerentes que tivessem seus pedidos de reconhecimento deferidos, porque é da lei que a indenização se atenha às seqüelas provocadas pela tortura.

Cumpre dizer, no entanto, que a Comissão procurou desviar-se de aparentes armadilhas lógicas colocadas pela lei, que poderiam conduzir à tarifação da tortura. Em função disso, decidiu-se que, diante da tortura, haveria sempre a reconhecer, no mínimo, os transtornos psicológicos, momento de indenização imediatamente inferior aos critérios de morte ou invalidez permanente.

Alguns casos ilustram a riqueza do material que passou pela análise da Comissão.

5.1 Casos notáveis (1) – "A Operação Tarrafa"[13]

Em 02.04.1970, o Estado Maior do II Exército, em São Paulo, expediu documento confidencial para desencadear a "Operação Tarrafa". Os comandos

12. A Comissão chegou a receber, em novembro de 2002, um abaixo-assinado do Grupo Tortura Nunca Mais de São Paulo afirmando sua preocupação com uma segunda vitimização dos interessados na indenização, na colheita da prova. A resposta foi pronta no sentido de que não era a Comissão que provocava o segundo suplício das vítimas da tortura. Confundiu-se o mensageiro com a mensagem. O sofrimento advindo da lembrança de fatos pretéritos de conteúdo negativo, que freqüentemente é acompanhado pela volta do terror, do medo, presentes na vivência do fato que se lembra, é exatamente a característica do transtorno psicológico inerente à tortura. Foi a ditadura – e a tortura que adotou como método – que causou isso, e não a Comissão, que sempre visou apurar os fatos, reconhecer situações e propor indenizações, com imparcialidade, mas sensibilidade diante das circunstâncias históricas com as quais trabalhou e trabalha.

13. Ver artigo anexo: "A Operação Tarrafa, tortura e reparação".

subordinados deveriam identificar opositores do regime militar e prendê-los, de forma rápida e simultânea, "mesmo que aparentemente não houvesse motivos a determinar a prisão".

Outros nomes poderiam ser acrescidos à lista, "de acordo com as conveniências próprias de cada executor". As organizações identificadas no documento como co-partícipes na Operação Tarrafa (II Exército, 4.ª Zona Aérea, Força Pública e DEOPS) eram sintomaticamente chamadas de "organizações coatoras", um misto de atentado à língua pátria e de reconhecimento do constrangimento ilegal que se concretizaria.

Esta preciosidade histórica foi revelada pela Divisão de Arquivo do Estado de São Paulo (que muito explica o que aconteceu no Brasil durante a ditadura militar) é um dos documentos que veio a público durante os trabalhos desta Comissão Especial.

5.2 Casos notáveis (2) – "O navio Raul Soares"

A Comissão, vencido um representante da PGE, entendeu presente o sofrimento mental representado pelo encarceramento em local completamente inadequado para essa finalidade, qual seja, o navio Raul Soares, ilegalidade que poderia ser seguida, a qualquer momento, de outra contrária à vida e à integridade física daqueles ali colocados.

Em um caso específico, as requerentes chegaram a anotar para a história a observação possivelmente ouvida de seu pai: "Muita desgraça deixou de acontecer porque o comandante do navio era homem extremamente bom". Se essa nota engrandece o militar referido, decerto não afastou "desgraças" não evitadas nem diminuiu o receio dos presos no navio-prisão de que, a qualquer momento, ele zarpasse, sob aquele comando ou outro, e outras ilegalidades e violações se somassem àquelas cometidas até então. A história do regime militar, ainda hoje só conhecida em parte, contabilizou centenas de mortos e desaparecidos, e essa Comissão não pode decidir alheia à verdade conhecida.

Há bibliografia sobre o navio, que consigna o tratamento sofrido por muitos presos para ali levados, sem saber o que lhes aconteceria, ademais da falta de ventilação, do excessivo calor, da falta de médico, sem contar os castigos.[14]

5.3 *Casos notáveis (3) – "A questão dos mortos e desaparecidos já indenizados"*

Foi muito discutida a questão da indenização aos familiares de mortos e desaparecidos políticos, já indenizados pelo Governo Federal, nos termos da Lei 9.140. Esta foi uma questão em que a Comissão sempre decidiu por maioria de votos.

A fundamentação do voto vencedor foi no sentido de que a Lei Estadual, em seu art. 1.º, § 1.º, afirmou que o direito à indenização fixada na lei pressupõe a não-obtenção anterior, pelo mesmo motivo, de *ressarcimento* por dano moral ou material, pago pelo Governo do Estado.

A Lei Federal 9.140/95 previu indenização às famílias de pessoas mortas pela repressão política, sendo, portanto, mais abrangente que a lei estadual. Deveria ser exigido dos interessados em casos idênticos que declarassem não ter postulado ou recebido a indenização federal?

O formulário oferecido pela própria Secretaria da Justiça, e divulgado pela Internet, exigia dos interessados a declaração de que não tivesse havido indenização, pelo mesmo motivo, paga pelo Estado de São Paulo. É claro que esse formulário, fornecido para facilitar a vida dos interessados, não poderia gerar direito e não teria o valor de condicionar a interpretação da lei, o que é atribuição da Comissão.

Mas, de outra parte, o modelo fornecido pela Secretaria revelava uma inteligente intuição. Não se pode esquecer serem ambas as indenizações simbólicas, tanto a da lei federal quanto a da lei estadual, que lhe é posterior. A indenização simbólica, porque limitada em seu montante, não cumpre com-

14. Cf. Lídia Maria de Mello, "Raul Soares – Um navio tatuado em nós" (Porto & Mar); Nelson Gatto, "Raul Soares – Navio-presídio"; e ainda <www.novomilenio.inf.br/santos>.

pletamente o conteúdo da expressão *ressarcimento* usada na lei estadual. Ressarcir é tornar indene, reparar o dano, fornecer compensação. Resulta necessário o componente da completude, da integralidade da compensação. Se a *indenização* da lei federal é simbólica, parcial, até porque limitada em seu montante, seu recebimento não tornaria presente o conteúdo da circunstância – ressarcimento –, que, se verificada, elidiria a possibilidade de recebimento da verba fixada na lei estadual.

Pareceu à maioria ser essa a única possibilidade de interpretação da lei estadual, que lhe poderia dar alguma eficácia. Vejamos. Ao ser editada a lei estadual, em janeiro de 2001, a lei federal já existia e produzia efeitos desde 1995. A lei federal já afirmara a indenização a todos os que houvessem sido mortos em função da tortura, em qualquer Estado brasileiro. A indenização da lei federal era de maior montante, e suas hipóteses mais abrangentes, embora igualmente simbólica (cf. art. 11 da Lei 9.140/95). Se a lei federal já abrangera a todos os mortos em função da tortura, a quem a lei estadual beneficiaria, se a intenção do legislador estadual dela fosse excludente?

Para fugir do despautério que seria prever uma indenização que não seria paga a ninguém, a exclusão da lei estadual deverá se pautar pelo *ressarcimento* efetivo, integral, pago em função de ato administrativo ou ação judicial. Não poderá haver indenização estadual se houve ressarcimento em função de plena e cabal indenização do mesmo dano, de forma completa, plena. Esta interpretação tem o socorro da lógica. Duas indenizações simbólicas não se excluem. Mas a indenização global, que abarque todos os aspectos do dano, não tem como ser completada. Daí porque sua percepção excluiria o recebimento de qualquer outra quantia pelo mesmo título.

Não sendo assim, a percepção de indenização simbólica federal não exclui, segundo entendeu a maioria, vencidos os representantes da PGE e um representante do Governo do Estado,[15] a percepção da indenização estadual.

15. A posição que restou minoritária sustentava que o recebimento de qualquer indenização, pelo mesmo título, obstaria o pagamento da indenização estadual.

Esse, segundo pesquisas feitas, foi o entendimento das demais comissões estaduais.

5.4 Casos notáveis (4) – "A tortura pela notícia da epidemia de meningite"

Causou grande impacto à Comissão requerimento que revelou prisão e tortura sofrida por jornalistas pela divulgação de epidemia de meningite.

Em 23.07.1974, conforme consta de outro processo, dois jornalistas foram presos e levados ao DOI-Codi II Exército, onde foram torturados. A prisão se deveu à recusa de dar um tom mais ameno a matérias sobre a epidemia de meningite que grassava em São Paulo, o que teria contrariado o Governo do Estado de então. Descumprida a "ordem", veio a tortura. Alguns jornais denunciaram a prisão e seu motivo, com apelos para a libertação dos jornalistas presos. Talvez a denúncia tenha impedido sua morte.

6. Os pagamentos havidos e os problemas orçamentários

É oportuno esclarecer que esta Comissão, a par de decidir os processos distribuídos a seus integrantes, sempre se posicionou pelo aperfeiçoamento das condições previstas para a indenização.[16]

Até o presente, o Governo do Estado apenas indenizou, durante o mês de dezembro de 2002, 144 casos julgados ao início dos trabalhos da Comissão. Neste ano de 2003, há 53 processos em vias de pagamento.

Considerando que essa Comissão já deferiu 870 processos, é ainda pequeno o número de pessoas indenizadas.

16. Nesse sentido, buscou e obteve com a colaboração do Secretário Alexandre de Moraes, do Governador Geraldo Alckmin e da Assembléia Legislativa de São Paulo a prorrogação do prazo de inscrição para os benefícios da lei e a edição do Dec. 46.397, que aperfeiçoava as condições de indenização.

Por diversas vezes, a Comissão, por meio de sua presidência, manifestou sua apreensão diante dos cortes impostos à verba destacada para 2002[17] no orçamento da Secretaria da Justiça e diante do quadro orçamentário previsto para o ano de 2003,[18] insuficiente para o pagamento de indenizações que restaram de 2002 e que foram fixadas no curso do ano.

Há mais. Causa espécie que a proposta orçamentária para 2004 não tenha trazido qualquer recurso para pagamento de indenizações já decididas.

Parece aos membros da Comissão, representantes de organizações da sociedade civil, ser essa falta de vontade política para rápido pagamento das indenizações incoerente com a generosidade demonstrada pelo Governo, e registrada acima, de dilatar o prazo para apresentação dos requerimentos e de elevar o teto devido para a maioria dos casos (hipóteses de transtornos psicológicos).

É evidente que a ninguém passa despercebida a crise financeira do Estado, caracterizada pela queda de arrecadação. Mas incomodam profundamente à Comissão e a todos os interessados os cortes havidos na programação financeira de 2002, 2003 e 2004, bem como a falta do estabelecimento de um cronograma de desembolso. Este chegou a ser sugerido de forma extremamente viável pelo Fórum de ex-presos, sensibilizou o Secretário da Justiça, mas não foi aceito pelo Governo.

Não se identifique o elevado montante das indenizações com decisões *generosas* da Comissão. Em sua maioria, as quantias – sempre módicas nos limites da lei – foram fixadas por unanimidade, inclusive com participação dos membros servidores do Estado. O fato que incrementou o montante geral não foi a sensibilidade da Comissão, mas a quantidade e o caráter sistemático da tortura usado como instrumento de manutenção do poder e de contenção da oposição pela ditadura militar, em São Paulo principalmente. Isso é fato notório.

17. Estavam previstos R$ 5.000.000,00 para 2002, mas apenas puderam ser gastos com indenização R$ 3.500.000,00, empregando-se o restante em outras atividades.

18. A proposta orçamentária para 2003 previa apenas R$ 36.800,00 para indenizações; alterada, durante a discussão, para R$ 3.000.000,00, essa verba não foi gasta, de vez que nenhuma indenização foi paga em 2003, até 15 de outubro.

De mais a mais, não se pode deixar no esquecimento que, dos beneficiários da lei, quase todos têm idade avançada, muitos estão gravemente doentes, alguns em estado de extrema necessidade econômica, para não contar os que já morreram sem ver cumprida a promessa da indenização.

Espera-se que o Estado de São Paulo consiga viabilizar os pagamentos, no menor prazo possível, a todos aqueles que fizerem jus ao benefício, nos termos da lei existente.

7. Em conclusão – O cotidiano da tortura e da emoção

Merece ser consignado que raras vezes a emoção deixou de freqüentar as reuniões da Comissão.

Tem sido extremamente difícil para todos os integrantes da Comissão ler e ouvir, todas as semanas, histórias pessoais de sofrimentos nunca pensados, de tratamentos extremamente cruéis cometidos, para obtenção de informações, intimidação ou para punição de pessoas suspeitas de envolvimento com atividades de resistência ao regime militar. A tortura foi a regra durante o período militar, até de testemunhas.

Mas a Comissão pode colher igualmente histórias de coragem e de solidariedade. Pessoas que se importavam em denunciar os nomes de seus algozes ou em esclarecer situações que beneficiariam, mais adiante, outros interessados, sem meios de prova para demonstrar o seu direito.

Por outro lado, pareceu de relevo anotar o papel protagonista da mulher nessa resistência à ditadura e, conseqüentemente, como vítima da tortura. Foram muitos os casos relatados de violência contra grávidas, contra familiares que não tinham qualquer atividade política, de violência sexual ou de tortura de filhos na frente dos pais. Foram trazidos vários casos de aborto provocados diretamente pela tortura.

Houve histórias de voluntariado,[19] de dedicação, sem as quais a Comissão não teria chegado até aqui. Os membros da Comissão atuaram de forma absolutamente voluntária e sem remuneração.

Ademais de seu trabalho para preparo de votos e do comparecimento às Sessões, muitos integrantes da Comissão foram a universidades, a escolas, a palcos de teatro, à mídia, a qualquer lugar onde houvesse espaço e gente interessada a quem falar contra a tortura e manter viva a memória dos que lutaram pela democracia.

Sabem os membros da Comissão que a América Latina foi palco do emprego massivo e sistemático da tortura e da desaparição forçada como formas de contenção da oposição pelos regimes militares que ali existiam, alguns dos quais ainda sobrevivem.

Sabem que no Brasil, apesar da lei contra a tortura, e dos avanços da Constituição Federal, a tortura ainda é uma prática policial consagrada e institucionalmente admitida contra criminosos comuns, aos quais se aplica, por meio de métodos aperfeiçoados durante a ditadura militar, no combate aos crimes políticos.

Mas os integrantes da Comissão também sabem que o problema não é e não será nunca um problema exclusivamente de direito penal. É, antes de tudo, um ponto fundamental de educação para a cidadania. É preciso entender a nocividade de submeter alguém detido à disposição do Estado a qualquer tipo de conduta havido como tortura.

É preciso manter viva a indignação ante qualquer manifestação de tortura, a ela sempre dizendo *não*.[20]

19. Seria importante deixar consignada a colaboração extremamente dedicada, nestes anos, de cada membro da Comissão, dos integrantes da Assessoria de Defesa da Cidadania da SJDC, da Advogada Beatriz do Valle Bargieri, onipresente assessora especial sem nomeação e sem remuneração, e de Rubens Naves-Santos Júnior-Hesketh – Escritórios Associados de Advocacia, que se responsabilizaram pelos estagiários do convênio SJDC/Unicamp.

20. Ler Mario Benedetti, *Pedro e o capitão*.

Assim pensando, a Comissão dedica o trabalho já feito a todas as pessoas que, de alguma forma, mas principalmente por atos políticos, foram vítimas de tortura. Os nomes apurados pela Comissão – recomenda-se – devem ser insculpidos nas paredes do antigo DOPS, transformado em Memorial da Liberdade, como forma de reparação moral e política.

É missão dos governos, das pessoas de bem, das escolas, das famílias, das organizações, formar novas gerações que não admitam a tortura e a vejam, como ela é, o mais grave crime contra os direitos humanos.

Só assim tanta dor não terá sido escrita em vão.

4.1 Jurisprudência Comentada

O Ministério Público e a investigação criminal*

Luís Guilherme Vieira

Advogado Criminal. Coordenador-Executivo e Professor do Curso de Especialização em Advocacia Criminal da Universidade Candido Mendes (RJ e PR). Secretário-Geral do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro da Associação Internacional de Direito Penal. Fundador e Conselheiro do Instituto de Defesa do Direito de Defesa.

"(...) a repressão à criminalidade é uma necessidade imperativa de qualquer sociedade. Deve ser efetivada com presteza, seriedade e rigor. Mas há limites muito nítidos. (...) Qualquer transigência, aqui, é o sacrifício do Direito no altar das circunstâncias."[1]

Sumário: 1. Introdução – 2. O STF: o *leading case* – 3. Breve escorço histórico – 4. Ministério Público investigante: vedação constitucional e infraconstitucional – 5. A palavra do Ministério Público ainda vale? – 6. Afinal de contas, quem pode o mais, pode o menos? – 7. Só a polícia judiciária investiga crime? – 8. Dos (legítimos) poderes institucionais do Ministério Público – 9. Dos (inconstitucionais e abusivos) poderes institucionais do Ministério Público – 10. Membros do *Parquet* chancelam: Ministério Público não tem competência para investigar crimes – 11. A jurisprudência. A (futura) decisão do Pleno do STF –

* Este artigo, aprofundado a partir de versão apresentada, na 149.ª Reunião Ordinária do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, realizada em Brasília, em 19.11.2003, é dedicado à memória de José Carlos Fragoso que nos deixou, em 21.11.2003, com apenas 49 anos de vida. Zeca foi um dos mais notáveis advogados criminais de minha geração. Por certo, de onde estiver, continuará a combater as grandes causas públicas.

Agradecemos ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que, ao rever o presente ensaio em sua forma original, procedeu acurada revisão e nos trouxe importantes contribuições.

1. BARROSO, Luís Roberto. "O país das provas ilícitas". *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro.

12. O sistema processual penal do século XXI: o que se pretende? – 13. Uma possível conclusão: mas será permitido concluir?

Resumo: O Ministério Público não pode diretamente investigar crimes. O *Parquet*, que teve reconhecida sua inegável importância na Constituição da República, tem incontáveis poderes, mas, dentre eles, não estão o de instaurar e realizar procedimento investigatório criminal, com o escopo de colecionar informações que embasem uma denúncia. Suas atribuições para investigar diretamente se cingem, tão-só, aos inquéritos civis e aos feitos a eles correlatos (aos inquéritos civis, é salientar), salvo a exceção de poder-dever investigar as infrações penais atribuídas a membros do próprio órgão.

Palavras chaves: Ministério Público – Polícia Judiciária – Funções – Inquérito policial – Investigação criminal – Devido processo legal – Paridade de armas – Vedação constitucional – Vedação infraconstitucional.

1. Introdução

A partir da promulgação da Carta da República de 1988, o Ministério Público, lastreado em fundamento que dizem lhe dar supedâneo legal, vem, amiúde, realizando diretamente investigações criminais (principalmente, como se vê no cotidiano forense, naqueles emblemáticos casos midiáticos ou naqueloutros em que a opinião pública, que difere da opinião publicada, rotula como gravoso), sem requisitar, à autoridade policial, a instauração de inquérito. Sustentam, em síntese apertada, que, sendo os titulares da ação penal pública, não podem ser – aliás, nunca foram – um mero convidado de pedra durante a realização do procedimento adminicular, motivo pelo qual podem, não só requisitar diligências ao delegado de polícia, mas realizá-las diretamente, se for necessário e conveniente (quem pode o mais, pode o menos, alegam). Tudo, sumariam, em nome da segurança pública que está a impor a todos uma adequação à realidade moderna, ditada pela criminalidade dita organizada e/ou violenta.

Para corporificar, ainda mais, esse pseudopoder investigador, aduzem que a codificação processual penal vigente é inadequada para que o *Parquet* possa, com a presteza que a repressão criminal está a exigir das autoridades em tempos atuais, agir de modo eficaz, porque "o sistema [hoje] adotado deixa a desejar quanto à eficácia e agilidade das investigações. Embora protagonistas da mesma atividade de persecução penal, a interdependência entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público é muito deficitária, quando não rejeitada completamente".[2]

Porém, não custa rememorar, tudo isso foi muito bem sopesado pelo constituinte de 1988, que optou, apesar de opiniões em contrário, por manter o sistema vigente, que dá, à autoridade policial, atribuição exclusiva para presidir inquéritos criminais, salvo raríssimas exceções legais. Adequações hão de vir para aprimorar o sistema processual patrício, ninguém ousa contestar, mas desde que não vilipendiem a Carta Política.

2. O STF: o *leading case*

O Ministério Público não possui atribuições para realizar, diretamente, investigação de caráter criminal – essa foi a decisão, prolatada em maio próximo passado, no RO em HC 81.326-7,[3] pela 2.ª T. do STF, unanimemente, sob o voto condutor do Min. Nelson Jobim. Esse julgamento erige-se num corolário de diversas outras decisões de tribunais de todo o país que, antes com algumas hesitações, hodiernamente têm consagrado o mesmo entendimento.

A divulgação de tal *decisum* constituiu-se num forte sopro sobre as brasas da polêmica que vem, há mais de dez anos, sendo alimentada, no mundo jurídico, pela instauração e funcionamento dos chamados "procedimentos investigatórios criminais" (no Rio de Janeiro) ou "procedimentos administrativos criminais" (em

2. "Palavra final: STF decide se MP pode conduzir investigações criminais". Disponível em: <htpp//www.conjur.com.br>. Acesso em: 14 nov. 2003.

3. Brasil, STF, 2.ª T., RO em HC 81.326-7-DF, rel. Min. Nelson Jobim, *DJU* 1.º.08.2003.

São Paulo e alhures). Por certo, o assunto é dos mais ardentes, dos mais palpitantes, porque está a envolver acirrados debates Brasil afora, quer nas academias quer nos tribunais, posto que a decisão pretoriana põe por terra toda uma novel ideologia ministerial, que pretendia – e ainda pretende, como veremos posteriormente – inovar, destituída de respaldo constitucional ou legal, o destino da investigação criminal.

Em seu voto, o Min. Jobim demonstra que, historicamente, no direito processual penal brasileiro, as atribuições para realizar as investigações preparatórias da ação penal têm sido da polícia, pelas mais diversas razões (que explicitaremos adiante), as quais têm prevalecido a ponto de todas as iniciativas no sentido de mudar as regras nessa matéria terem sido repelidas, desde a proposta de instituir Juizados de Instrução feita pelo então Ministro da Justiça, Dr. Vicente Ráo, em 1935, passando pela elaboração da Constituição de 1988, pela feitura da lei complementar relativa ao Ministério Público, em 1993, até propostas de emendas constitucionais em 1995 e 1999, com o objetivo de dar atribuições investigatórias ao *Parquet*.

Os legisladores constituintes e ordinários sempre rejeitaram a idéia de transformar o Ministério Público em "Grande Inquisidor", reservando a ele o papel superior de controlador/fiscalizador das atividades policiais. Destarte, o Min. Jobim, que foi parlamentar constituinte, afirma, com a autoridade e a segurança de quem faz a interpretação autêntica, que a *mens legis* das normas em vigor é, seguramente, na direção de manter as investigações criminais como atribuição exclusiva da polícia judiciária.

3. Breve escorço histórico

Mantendo uma perspectiva histórica da discussão, devemos mencionar que, da parte dos advogados, foi A. Evaristo de Moraes Filho[4] um dos que mais

4. MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. "Ministério Público e o inquérito policial". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 5, n. 19, p. 105-110, jul.-set. 1997.

cedo manifestou sua preocupação diante do inconstitucional fenômeno investigatório do Ministério Público. E ousou fazê-lo em palestra proferida na Escola Superior do Ministério Público da Bahia, em fins de novembro de 1996.

Em setembro daquele mesmo ano, o Prof. Luiz Alberto Machado,[5] titular da UFPR, instado a se manifestar sobre a matéria a pedido da Associação dos Delegados de Polícia de Carreira do Estado do Paraná, agindo, por certo, em "prévio conluio espiritual" com Evaristo, também concluiu que "as polícias civis estaduais e a polícia federal detêm o monopólio constitucional da investigação criminal e, conseqüentemente, do inquérito policial", por conseguinte, "ao Ministério Público é constitucionalmente defeso investigar e coletar informações, indícios e provas para o processo-crime".

Naquele trabalho, Evaristo deita por terra o mito criado a respeito da legislação européia, cujo exemplo se quis, canhestramente, seguir, demonstrando que, ressalvando-se a Inglaterra, onde o Ministério Público não investiga diretamente, deixando tal mister à polícia, no continente, prevalece sistema oposto, figurando essa instituição como condutora das investigações preliminares. Porém, não são lá as coisas como atualmente se quer fazer – reproduzimos as palavras de Evaristo:

"Há de ressalvar, porém, que o novo Código italiano preocupou-se em estabelecer uma diversificação de funções, ainda na fase preliminar, instituindo a figura do *giudice per le indagini preliminari* (art. 328), incumbido de manifestar-se sobre certas questões de natureza probatória, e competente para examinar o pedido de arquivamento, e, sobretudo, para decidir sobre a abertura da ação penal, após uma audiência de caráter contraditório, com possibilidade de colheita de novas provas. A presença deste juiz é a forma de controlar, indiretamente, a atuação do Ministério Público, como que em resposta à famosa indagação de Juvenal: *Quis coustodiet ipsos Custodes*?

5. MACHADO, Luiz Alberto. Parecer exarado a pedido da Associação dos Delegados de Polícia de Carreira do Estado do Paraná. Curitiba, 09.09.2003. Não publicado.

Por fim, ratificando a tendência do *séparatisme* destacada por Pradel, o diploma peninsular não permite ao juiz que prolatou decisão na fase da audiência preliminar prosseguir funcionando nas etapas ulteriores do processo (art. 342)".[6]

Como se vê, ainda que inquisidor no Velho Mundo,[7] não resta o *pubblico ministero* senhor absoluto do procedimento; as provas que colhe na sua atividade investigatória são submetidas a juiz e se estabelece contraditório antes mesmo da instauração do processo, ao contrário do que se vem fazendo em terras patrícias, onde a promotoria instaura procedimento, decide que diligências e inquirições realizar (e as realiza ao seu talante), mantém a defesa técnica ao largo da investigação[8] e, ao fim e ao cabo, oferece denúncia com base unicamente nesse inquérito ministerial secreto (por eles batizado de procedimento investigatório ou administrativo criminal, como se o eufemismo fosse capaz de suavizar o escopo precípuo, que é a promoção, às avessas, do inquérito policial), com cores da Inquisição e de Kafka, temperado à moda de ditadura militar nacional, do qual, durante o andamento, a ninguém dá satisfações.

Em ressunta: registram, investigam e denunciam, quando, não raro, antecipam, pela imprensa, "sentença penal irrecorrível" proferida em desfavor de quem há de ter preservada a presunção de inocência, como determina a Constituição da República. Neste passo, principalmente no atinente às inescrupulosas, às antiéticas e às sensacionalistas revelações midiatizadas, por vezes fornecidas à sorrelfa (os veículos de comunicação, sempre ávidos por furos de reportagem, são testemunhas vivas do que afirmamos, sendo as recentes declarações do Min.

6. MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. Op. cit., p. 107.

7. Brasil, STJ, 2.ª T., RO em MS 12.516-PR, rela. Ministra Eliana Calmon, j. 28.08.2003, pendente de publicação. Sobre os sistemas adotados na Alemanha, Itália, França, Espanha, leia-se: MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002; e, sobre estes países e mais sobre os sistemas adotados na Inglaterra e Países de Gales, Portugal, Estados Unidos, Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia e México, leia-se: BASTOS, Marcelo Lessa. *A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública:* papel do Ministério Público. Uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

8. Brasil, STF, 2.ª T., Liminar em HC 82.354, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.10.2002.

José Dirceu, Chefe da Casa Civil da Presidência da República, acerca do vazamento clandestino de notícias provenientes de processos sigilosos, um exemplo clássico), devemos salientar, em honra à importante instituição e à maioria de seus integrantes, que este procedimento não é por todos adotado, mas, como lembra o ex-Procurador-Geral da República Aristides Junqueira,[9] "eles aparecem mais", talvez porque, como lança Eduardo Carnelós,[10] "a turba gosta".

Aliás, Carnelós, ex-presidente da Associação dos Advogados de São Paulo, questiona, acicatando o debate e contrapondo argumentos sofistas no sentido de se admitir até, pasmem, ser o Ministério Público investigador criminal uma "verdadeira parte-imparcial, tanto na atividade pré-processual como no plano do trâmite do processo criminal",[11] remata:

"Se os membros do Ministério Público se auto-intitulam defensores do povo, acabam com o devido processo legal, com o contraditório. Afinal, quem é que vai estar contra o povo? Quem vai negar o que é do povo? Como posso eu, como advogado, pretender contrariar o que está sendo dito pelo defensor do povo? Como pode o juiz não atender a pretensão do defensor do povo?

Segundo ele, 'quando se confere poder de proteção do povo a uma simples instituição, chega-se ao totalitarismo. É preciso repensar os poderes do Ministério Público. Hoje, o cidadão não tem proteção diante do poder do Ministério Público. Estamos assistindo à disseminação do abuso e o cidadão está perdendo a possibilidade de invocar a seu favor as garantias constitucionais', disparou".

Com efeito, a forma de investigação recém-repelida pela Corte Suprema milita em direção frontalmente oposta à tendência mundial em se preservar, ainda nas palavras de Evaristo de Moraes, o respeito à paridade de armas, o que, por

9. JUNQUEIRA, Aristides. Apud DINIZ, Laura. "MP aborrecente: novo MP faz 15 anos, com problemas na fase de crescimento". Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 21 nov. 2003.

10. CARNELÓS, Eduardo. Apud DINIZ, Laura. "MP aborrecente...", cit.

11. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 275.

si só, já seria razão suficiente para não se admiti-la. Nesse sentido, Nélio Machado[12] destaca que a referida tendência ao equilíbrio de forças se manifesta na Carta Política, a qual estabelece "uma verdadeira simetria, uma absoluta paridade entre as funções da acusação pública e da defesa". E nos chama a atenção para o fato de os doutrinadores afirmarem, em uníssono, que deve haver igualdade entre as partes – a chamada paridade de armas, repita-se, sempre e sempre –, equilíbrio que se esvairá se uma delas, a acusação, açambarcar atividade investigatória, com poderes inauditos, em desfavor da defesa.

Entretanto, além do nefasto desequilíbrio entre as partes, a arranhar o devido processo legal, há razão outra, das melhores, para que não se admita arremedo de inquérito policial pelo *Parquet*. Ainda Evaristo quem a ressalta.[13] Trata-se do risco da parcialidade. Diríamos, não há risco; há, sim, parcialidade, aventurando-nos a acrescentar algo ao entendimento do mestre que tanta falta nos faz.

Quem investiga adota, logo no início de seus trabalhos, um determinado ponto de vista (independentemente de qual seja a autoridade investigante),[14] uma

12. MACHADO, Nélio Roberto Seidl. "Notas sobre a investigação criminal, diante da estrutura do processo criminal no Estado de Direito Democrático. *Discursos sediciosos:* crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998. vol. 3, n. 5-6, p. 151-159.

13. MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. Op. cit., p. 106.

14. Só para se ter uma simples noção do quão perigoso é o promotor-investigador, Marcelo Batlouni Mendroni (Op. cit., p. 191-192), em seu verdadeiro manual de investigação criminal do Ministério Público, sugere que seu colega promotor "deve dizer o '*o que*' necessita, enquanto que o Delegado de Polícia deve comandar o '*como*' obter", como se esse fosse mero bedel daquele, porque, em seu entender, só o Promotor de Justiça sabe dizer "'o que' especificamente deve obter para a futura propositura da ação penal e mais que isso, para a confirmação em Juízo", pois "o Delegado [*que é bacharel em direito, ver, adiante, agudas observações de Jacinto Coutinho*] não tem precisão no que diz respeito a 'o que' especificamente deve obter para a futura propositura da ação penal e mais que isso, para a confirmação em Juízo". Razão porque, conclui Mendroni, "cada um dos órgãos de persecução tem, portanto, a sua importância peculiar e o seu preparo específico [e desde quando promotor de Justiça sabe investigar!?], devendo haver entre eles, não o conflito de atribuições [*aliás, os que pensam, como Mendroni, poder o Ministério Público investigar diretamente crimes, nada mais fazem do que estabelecer o tal conflito, em face do sistema processual pátrio*], mas sim a união e cooperação de atuações para a finalidade comum do combate à criminalidade e defesa da sociedade". Faltou Mendroni dizer, apenas, que o Ministério Público – e como fica!? sociedade civil – não precisa da polícia judiciária, porque o MP é auto-suficiente.

hipótese provisória (no dizer de Altavilla, apud Evaristo), uma premissa maior, sem a qual nenhuma conclusão advirá. Tal hipótese pode seduzir – e como seduz! – o investigador, de tal forma, que o torne indiferente (cego, seria a expressão propícia) a qualquer outra possibilidade, o que seria extremamente danoso se ocorresse com um Promotor de Justiça inquisidor e se torna minimizado com a separação de funções preconizada nas normas vigentes.

Aliás, não venham argumentar que isto estaria sepultado com o advento da Súm. 234[15] do STJ, porque esta, embora indesejada – ideal seria adotarmos o sistema processual que, instituindo o Juiz das Garantias, vedasse, conseqüentemente, tal possibilidade, pois é natural que o Promotor que funcionou na fase pré-processual esteja embevecido por suas "verdades", ou seja, que a exordial só fosse deduzida, e recebida, depois que houvesse ampla oportunidade para a defesa técnica contraditá-la –, não tem qualquer relação com a figura do Promotor-investigante. A súmula faz menção ao representante do Ministério Público que oficia, no exercício do controle externo das atividades policiais, na fase inquisitorial, não sendo defeso ofertar denúncia sobre aquilo que foi colhido no caderno policial.

4. Ministério Público investigante: vedação constitucional e infraconstitucional

Pois bem, sem embargo dos bons motivos já elencados para não se acatar a figura do Promotor de Justiça investigador, a maior das razões é que, simplesmente, a Constituição da República, tanto como as demais leis, não o permitem. A interpretação dada pelos que afirmam poder o Ministério Público investigar crimes é equivocada, de leitura distorcida. Dizemos isso com apreço aos que não comungam desta hóstia, como, por exemplo, o Procurador-Geral da República,

15. "A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento de denúncia".

Prof. Cláudio Fonteles, os representantes do Ministério Público gaúcho, federal e estadual, respectivamente, Professores Luciano Feldens e Lenio Streck,[16] e os Professores e membros do órgão ministerial no Rio de Janeiro Sérgio Demoro Hamilton,[17] José Muiños Piñeiro[18] e Paulo Rangel.[19] Isso porque não é possível emprestar interpretação outra que não a sistemática e garantista dos incisos de um artigo de legislação em pleno compasso à sua *mens legis*.

Forçoso rememorar, neste instante, parte do voto do Min. Jobim,[20] o qual, então parlamentar constituinte, bem se recorda dos bastidores do Congresso Nacional, podendo, quinze anos após a promulgação da Carta de 1988, trazer seu testemunho no sentido de que:

"Na Assembléia Constituinte (1988), quando se tratou de *controle externo da polícia civil*, o processo de instrução presidido pelo *Ministério Público voltou a ser debatido*.

Ao final, manteve-se a tradição.

O Constituinte rejeitou as Emendas 424, 945, 1.025, 2.905, 20.524, 24.266 e 30.513, que, de um modo geral, davam ao Ministério Público a supervisão, avocação e o acompanhamento da investigação criminal.

A Constituição Federal assegurou as funções de Polícia Judiciária e apuração de infrações penais à Polícia Civil (CF, art. 144, § 4.º)".

O texto constitucional em tela, por conseguinte, restou assim promulgado, *in verbis*:

16. STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição:* a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

17. HAMILTON, Sérgio Demoro. "A amplitude das atribuições do Ministério Público na investigação penal". *Discursos sediciosos...*, cit., p. 137-150.

18. Apontamentos do autor feitos enquanto o professor discursava na 149.ª Reunião Ordinária do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, contrapondo nossos argumentos.

19. RANGEL, Paulo. *Investigação direta pelo Ministério Público:* visão crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

20. Brasil, STF, 2.ª T., RO em HC 81.326-7-DF, rel. Min. Nelson Jobim, *DJU* 1.º.08.2003.

"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

(...)

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

(...)

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; (...)."

É impossível ter outra exegese – o *Parquet* promoverá, além da ação penal pública, o inquérito civil e a ação civil pública, podendo expedir notificações para requisitar documentos, no âmbito dos procedimentos administrativos de sua competência, quais sejam, os inquéritos civis públicos e outros (os tais "correlatos", art. 38, I, da Lei Orgânica 75/1993, como, por exemplo, os preparatórios de ação de inconstitucionalidade ou de representação por intervenção). Não há como se concluir de maneira diferente, a não ser sofismando. Não pode o *Parquet*, por falta de competência legal, realizar investigação criminal.

Diriam, com paralogismo, principalmente os que não concordam com o nosso pensar, em especial destaque, aqueles que conosco debateram na 149.ª Reunião Ordinária do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana,[21] os repre-

21. Realizada em Brasília, em 19.11.2003.

sentantes do *Parquet* Cláudio Fonteles (Procurador-Geral da República), José Muiños Piñeiro Filho (ex-Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro) e Luiz Antonio Guimarães Marrey (Procurador-Geral de Justiça de São Paulo), que o órgão ministerial não pretende, jamais, usurpar as funções da polícia judiciária, a quem compete presidir, com exclusividade, admitem, os inquéritos policiais (art. 144, IV, da CF). Não pretendem, de maneira alguma, gizam, transformar seus gabinetes em burocráticos cartórios policiais, em palavras curtas.

Porém, pretendem, sim, investigar, legitimados por uma tal "pseudo-atribuição concorrente/supletiva" à polícia judiciária que supõem ter, como assinalou o Prof. Fonteles,[22] fundamentando sua reflexão, dentre outros argumentos (vamos relembra-los adiante), com o conhecido adágio popular "de quem pode o mais pode o menos" –, argumento falacioso, porque, como curial entre os hermeneutas, não tem efetividade contra norma expressa na Constituição; logo, inaplicável ao tema testilhado.[23] Dizia Fonteles, a título demonstrativo, que, em tais ou quais crimes[24] (como os de corrupção de policiais e de outras autoridades hierarquicamente superiores, derivados de organização criminosa etc.),[25] a polí-

22. Apontamentos do autor feitos enquanto o professor discursava, na 149.ª Reunião Ordinária do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, contrapondo nossos argumentos.

23. Nesta abordagem, o melhor princípio a dar substrato a uma interpretação segundo a Constituição da República é o da conformidade ao texto constitucional, que implica, quando levado a efeito, na consideração de algumas proposições, segundo doutrina Luís Roberto Barroso, dentre as quais, destacamos: "eleição de uma linha de interpretação para exclusão expressa de outras interpretações possíveis, que conduziriam o resultado contrastante com a Constituição e, por via de conseqüência, a interpretação conforme a Constituição não ser considerada mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se *declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal*" (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição:* fundamentos de uma dogmática transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 175 – destaque do articulista).

24. Como não há balizamento legal, porque o Ministério Público não têm competência para investigar crimes, os interesses do órgão acusador variam (ou podem variar) de acordo com as vontades (ou caprichos) de seus integrantes, o que, só por si, está a revelar o abismo a que os cidadãos estão submetidos.

25. Apontamentos do autor feitos enquanto o emérito professor discursava, na 149.ª Reunião Ordinária do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, contrapondo nossos argumentos.

cia não possui a independência suficiente para investigar, trazendo à balha, para clarificar, a investigação que desencadeou na apelidada "Operação Anaconda",[26] a qual arrastou às agruras do processo criminal juízes, policiais, advogados, auditores da Receita Federal etc., todos, atestam os noticiários, suspeitos de praticarem crimes contra a Administração Pública etc.

Ademais, explicitou o referido professor,[27] com o brilhantismo que lhe é peculiar, o fato de o art. 38, I, da LC 75/1993, dispor ser função institucional do Ministério Público instaurar inquérito civil público e outros procedimentos correlatos, não lhes retira a atribuição/competência de promover, estribados na tal "pseudo-atribuição/competência concorrente/supletiva", investigação de índole criminal. Isto não é verossímil: diferentemente do particular (a quem tudo é permitido, desde que não lhe seja proibido), aos órgãos públicos a competência há de estar prevista em lei.[28] Se não estiver, como não está, é porque ele não a possui. *Tout court*.

5. A palavra do Ministério Público ainda vale?

Como o debate ali travado era de tempo restrito, não nos foi possível revelar que, por intermédio de Wladimir Sérgio Reale, Delegado de Polícia fluminense aposentado e presidente da Adepol-RJ, havíamos tido acesso à có-

26. A ofídica operação foi, ao que se tem notícia, desde seu nascedouro, conduzida pela polícia judiciária. Nesse caso, o *Parquet* exerceu, tão-só, sua missão constitucional de efetivo controle externo das atividades investigatórias. Ou seja: trabalharam em harmonia, em parceria, e um não se imiscuiu nas funções dos outros.

27. Apontamentos do autor feitos enquanto o professor discursava, na 149.ª Reunião Ordinária do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, contrapondo nossos argumentos.

28. No verbo de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Edward Rocha de Carvalho, a "atribuição é *exclusiva de quem a detém e excludente dos demais*, porque sua fonte, única e exclusiva *é a lei*, no caso a Constituição Federal, a qual não vai – e não pode ir – manipulada, em nome de nada, mormente se contra ela vá. Não cabe, ademais, (por evidente que feriria a lógica!) uma solução de compromisso; não se conserta para além do limite fixado em lei e, no caso, a *exclusividade* não está a permitir sequer a dúvida" (excerto colhido em inicial de *habeas corpus* impetrado no TAPR, dez. 2003).

pia reprográfica do esclarecedor *Ofício Presi 31/1992, de Brasília e datado de 06.05.1992, da lavra do então presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República, Dr. Francisco José Teixeira de Oliveira, dirigido ao também então Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira, o qual, em linhas gerais, informava, ao último, "o resultado das conversações que* [havia mantido], *acompanhado pelo colega Dr. Amir José Finocchiaro Sarti, com representantes dos Delegados de Polícia Federal, a propósito de Lei Orgânica do Ministério Público da União", salientando o Procurador Oliveira que, porventura merecedor da homologação de Junqueira, a conciliação das posições assumidas permitiriam "o prosseguimento dos trâmites legislativos, afastados, pelo menos, os embargos opostos pelos policiais".*

Sabemos que, durante a tramitação de leis pelo parlamento, os segmentos representativos da sociedade civil, no exercício salutar da democracia, fazem, de forma legítima, o seu *lobby*, e, no particular, classistas do Ministério Público e da Polícia Federal (antes, com a participação dos da Polícia Civil) nunca deixaram de fazê-lo, cada um defendendo, dentro do espírito público que os norteia, os pontos de vista das instituições que integram e representam. Travavam-se, naquela ocasião, discussões sobre o projeto de lei que desaguaria, como desaguou, na Lei Orgânica do Ministério Público da União 75/1993 e os policiais temiam, não sem razão, atestamos hoje, que a argumentação do órgão ministerial fosse suficientemente capaz de lhes retirar os exclusivos poderes que lhes foram cometidos pela Carta Cidadã, em relevo, o de presidir o inquérito policial.

É mais uma vez o Min. Nelson Jobim[29] quem nos faz rememorar tais conversações:

"(...) o tema voltou a ser discutido quando, em 1993, votava-se no Congresso Nacional a lei complementar relativa ao Ministério Público da União e ao Ministério Público dos Estados, em que havia essa discussão do chamado processo de instrução que pudesse ser gerido pelo Ministério Público.

29. Brasil, STF, 2.ª T., RO em HC 81.326-7-DF, rel. Min. Nelson Jobim, *DJU* 1.º.08.2003.

Há longa disputa entre o Ministério Público, a Polícia Civil e a Polícia Federal em relação a essa competência exclusiva da polícia de realizar os inquéritos.

Lembro-me que toda essa matéria foi rejeitada, naquele momento, no Legislativo (...)".

Diante desse impasse, a *Associação Nacional dos Procuradores da República*, contando com o concurso de "representantes dos delegados de Polícia Federal", e *com o fito de pôr cobro aos conflitos de interesses que vinham "obstaculizando a tramitação da nossa lei* [a do MP] *no Congresso Nacional, em razão de discordância quanto a diversos dispositivos do projeto, supostamente lesivos aos interesses corporativos da classe policial", celebrou, com aqueles, um ajustamento, que, na parte que nos aproveita, guarda relação, tão-só, com o acréscimo, no art. 38, I, daquele projeto legislativo (com o advento da lei, o texto não restou alterado, prevalecendo o acordado), do "termo correlatos (o que limita o alcance do dispositivo ao campo da ação civil pública, como parece ser o alcance real do dispositivo)". "Correlatos", então, à ação civil pública, confessam.* Portanto, este é, e sempre foi, o espírito da lei, sem tirar nem pôr. Melhor, posto e interpretado, por ser a única exegese possível, pelo então presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República, em documento oficial, enviado a seu chefe institucional.

Demais isto, também municiados pelo Delegado Reale, *podemos anotar que o citado ajustamento já havia sido celebrado, em 25.11.1992 e entre as mesmas partes* – sendo que, desta feita, com a participação expressa de dirigentes de órgãos das polícias estaduais (*o termo de acordo*, que Wladimir Reale nos encaminhou por cópia, é *firmado, sem qualquer ressalva*, pelos presidentes da ANPR, da Condepol-Brasil e Adepol-DF, da ANDPF, da Adepol-RJ – assistida pela autoridade policial aposentada e já referida –, do Sindpesp, da ADPESP, e por membros da SPF-MJ e da *PGR, a qual, não é desimportante bradar, ao revés, no ato se fazia representar, nada mais, nada menos do que pelo atual*

Procurador-Geral da República, Prof. Cláudio Fonteles) –, *e estava vinculado "tanto à aprovação do texto legal no Senado da República, quanto na Câmara Federal, no que pertine às relações entre o Ministério Público da União e a atividade policial, ficando desde logo desautorizada pelas entidades que subscrevem o presente termo qualquer nova alteração do texto proposto pelo Relator Sen. Amir Lando, no particular".* É o que se lê do documento, sem rebuços e sem ambages, celebrado quando ainda tramitava o Projeto de Lei 11/1991, que disporia, como ao final dispôs, sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União, assegurando, no inc. I do art. 7.º, ser função do Ministério Público, *in verbis*: "instaurar o inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos".

Conseqüentemente, o, a Casa do Povo, legitimou, privativamente, o que as partes interessadas (Ministério Público Federal e Polícias Federal e Estadual) haviam pactuado, restando a redação final do indigitado art. 38, I, da LC 75/1993, de maneira idêntica àquela relatada no ofício da lavra do então Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República. Senão, vejamos:

"Art. 38. São funções institucionais do Ministério Público Federal as previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I, incumbindo-lhe, especialmente:

I – instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos".

Não custa dizer, só para que não reste "pedra sobre pedra", que nos Capítulos I, II, III e IV do Título I, da LC 75/1993, não encontramos (porque inexistentes) as tais "pseudo-atribuições/competência concorrentes/supletivas" e que estariam, no entendimento de Fonteles, Piñeiro e Marrey a dar abrigo ao Ministério Público para realizar, diretamente, investigações de índole criminal. Ao contrário, no art. 3.º do Capítulo I, Título I, da lei em tela, vamos encontrar, somente, o relevantíssimo, nobilíssimo e indisputável papel de poder-dever o Ministério Público exercer o controle externo da atividade policial.

Portanto, para os que fazem uma interpretação elástica e oblíqua da Constituição e da LC 75/1993, como, citando mais um nome, o Prof. Aury Lopes Jr.,[30] sobrou patenteado que a Carta de 1988, por não consagrar qualquer comando expresso, vedou ao Ministério Público investigar crime (a exceção será adiante enfrentada). Em sede constitucional, excetuando-se as garantias individuais, interpretação só restritiva, é cediço.

De outro lado, sabemos que, embora outras entidades, públicas e privadas, também tenham legitimidade para ajuizar ação civil pública, somente ao Ministério Público foi cometido o poder-dever de instaurar inquérito civil preparatório daquela, e, para a consecução de tal mister (inclusive nos feitos correlatos, correlatos ao inquérito civil público, perdoem-nos a crônica repetição), pode-deve o *Parquet*, sim, se for o caso, ouvir testemunhas, requisitar documentos não acobertados pelo manto da reserva de jurisdição, determinar a realização de perícias etc. Realizar, diretamente, investigação de caráter criminal, não, porque não possui a tal "pseudo-atribuição/competência concorrente/supletiva" dada, apenas, à polícia judiciária.

6. Afinal de contas, quem pode o mais, pode o menos?

É inequívoco reconhecer que pode-deve o Ministério Público, sim, desde que disponha dos elementos suficientes, ofertar denúncia de plano, posto ser o inquérito policial, nestas hipóteses, facultativo e dispensável. Porém, tal circunstância, que é inerente ao regular exercício da titularidade da ação penal pública (art. 129, I, da CF), não está a autorizar que, à mingua daqueles indisputáveis elementos necessários ao oferecimento da preambular, possa o órgão acusador prescindir do inquérito policial, o qual é de presidência exclusiva da autoridade policial (art. 144, IV, da CF).

30. LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 156.

Como já se sublinhou, para os entes públicos,[31] não há como se ver aplicado aquele dito popular aclamado por Fonteles. Não é pelo fato de o Ministério Público poder o mais (controle externo das atividades da polícia judiciária e legitimidade ativa exclusiva para promover os processos de natureza penal pública) que o legislador, implicitamente ("teoria dos poderes implícitos"),[32] lhes conferiu poder o menos (investigar crimes), em virtude de limitações legais (explícita limitação àqueles argumentos sofistas). São singelas regras, demarcadas por claras linhas divisórias, que hão de ser respeitadas em uma República que se pretende oxigenada. Nos países democráticos, cada cidadão exerce sua missão na sociedade, com independência funcional, mas dentro dos hígidos parâmetros constitucionais e legais, não se permitindo que um invada as funções do outro. Devem, todos, sim, trabalhar como num time, com vista a atingir o fim almejado: salvaguardar o Estado de Direito Democrático.

Com efeito, a teoria dos poderes implícitos, interpretada à luz do Direito Constitucional, é desenvolvida a partir de doutrina norte-americana, a qual teve seu marco histórico no julgamento Mc. Cullough *vs.* Maryland, realizado em fevereiro de 1819 (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição:* fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 120 e 122).Porém, sabe-se que "as palavras empregadas na Constituição devem ser entendidas em seu sentido geral e comum, *a menos que resulte claramente de seu texto ao seu sentido técnico jurídico*" (QUINTANA, Segundo V. Linares. *Reglas para la interpretación constitucional.* Buenos Aires: Ed. Plus Ultra, 1987. p. 65. Apud BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 121 – grifos nossos), e, no caso em estudo, a Carta da República não deixou qualquer fenda, a mais mínima brecha, a autorizar o intérprete, com fundamento na lição alienígena, a ter qualquer outra interpretação, a não ser a que restou promulgada. Isso é fato incontroverso.

31. Para o particular, sim, vale o adágio: o que não é proibido é permitido.

32. "Palavra final: STF decide se MP pode conduzir...", cit.

"As palavras tem sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob risco de se perverter o seu papel de transmissoras de idéias e significados. É a interpretação gramatical ou literal que delimita o espaço dentro do qual o intérprete vai operar, embora isso possa significar zonas hermenêuticas muito extensas. A esse propósito, já decidiu o Tribunal Federal alemão: 'Através da interpretação não se pode dar a uma lei inequívoca em seu texto e em seu sentido, um sentido oposto; não se pode determinar de novo, no fundamental, o conteúdo normativo da norma que há de ser interpretada; não se pode faltar ao objetivo do legislador em um ponto essencial'" (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 122-123).

Em texto constitucional não existem palavras supérfluas, "nem se deve partir do pressuposto que o constituinte incorreu em contradição ou obrou com má-fé" (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p 123.); é de se concluir que a teoria dos poderes implícitos, muito derramada pelo Ministério Público para lhe dar pseudosupedâneo constitucional/legal de diretamente conduzir investigações criminais, não tem a menor aplicabilidade à espécie, porque, repise-se, não há lacuna na Constituição da República, ao revés, há norma expressa, motivo pelo qual, aqui, não há espaço para se importar a teoria estrangeira.

Ademais, nem de longe ousaríamos sustentar que, assim, o representante do Ministério Público ficaria, na fase adminicular, restrito aos desconfortáveis limites impostos a um convidado de pedra, que nada poderia fazer para que esta ou aquela prova, por ele tida como indispensável à formação de sua *opinio delicti*, fosse produzida pela autoridade policial. Pode-deve o Promotor de Justiça ter ciência, no prazo de lei, de todos os feitos que foram registrados em sede policial.[33] Se houver inércia da autoridade processante, que se lance mão dos meios coercitivos disponíveis.

33. No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, há anos existem as Centrais de Inquérito do Ministério Público, tendo os Promotores atribuição para atuar diretamente nos feitos decorrentes desta ou daquela delegacia de polícia. Portanto, para a delegacia X, existe o Promotor natural Y. Assim, nada impede (aliás, seria de todo recomendável) que este determine àquele que todo e qualquer registro/boletim de ocorrência viesse a seu conhecimento no tempo de lei (art. 10 do

7. Só a polícia judiciária investiga crime?

É incontroverso, também, que a Constituição conferiu, em certas e raríssimas circunstâncias, a outras autoridades, que não a policial, o poder de investigar, mas não crimes (as exceções ainda virão adiante).

CPP, para não falarmos nas legislações especiais), para que, analisado pormenorizadamente, pudesse o Promotor de Justiça, no exercício da fiscalização direta dos atos da autoridade policial, determinar à realização desta ou daquela diligência (perícia, inquirição de testemunha, requisição de documento etc.) que poderia, inclusive, ser produzida em sua presença (em sua presença, não por ele diretamente).

Para tanto, há de haver vontade (e vontade política também) da Promotoria de Justiça de querer cumprir o efetivo controle externo das atividades policiais, recusando-se esta a trabalhar como uma desimportante peça deste cenário chamado inquérito policial, porque o eficaz andamento deste só se dá por meio de estudo detalhado, onde são traçadas metas investigativas com fito de se apurar os indícios da infração penal e de sua autoria, e, não, por meio dos burocráticos e reprováveis carimbos (em tempos de informatização, estes foram substituídos por folhas contendo cota-padrão) que, simplesmente, simulam controlar/fiscalizar o andamento das investigações.

Com freqüência indesejável, vemos inquéritos e mais inquéritos com a conhecida cota-padrão: "baixem, por X dias, para ultimar as investigações" e, de lá, da polícia, voltam para o Ministério Público, com o também burocrático e abominável despacho-padrão: "em razão do acúmulo de serviços, não nos foi possível dar andamento à determinação ministerial. Subam, requerendo novo prazo para ultimar o inquérito". "Baixam". "Sobem". Caminham, sim, mas de prateleiras em prateleiras, acumulando poeira e colacionando folhas inúteis. A investigação que seria indispensável, não é levada a efeito com a presteza e seriedade desejáveis. No fim deste cavernoso calvário, o arquivamento e/ou a prescrição da pretensão punitiva estatal advém e o cidadão (vítima ou investigado) é o grande prejudicado, pois não vê seus direitos respeitados. É o descréditook do Poder Público.

Não por outra razão (em verdade, com outra razão, como veremos ao fim) que a Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro, em nota oficial assinada em 09.10.2003 (disponível em: <htpp//www.conjur.com.br>, acesso em: 29 nov. 2003), delatou o caos fluminense (antes, o próprio presidente do Tribunal de Justiça, Des. Miguel Pachá, já o havia feito), alertando a população que o tribunal "está fechando Varas Criminais, pois as estatísticas revelam que o número de processos vem diminuindo, passando de 23.433 processos em 2000, para 15.473 em 2001 e 18.011 em 2002. A distorção provocada também pode ser traduzida em números: enquanto uma Vara Criminal recebe em média 22 processos por mês, as Varas Cíveis recebem cerca de 110 processos". Mas, ao mesmo tempo em que divulgam esta estatística alarmante, caminham na contramão da história mundial, pois pretendem alterações legislativas para que possam ser instaurados os odiados, detestados e temerosos Juizados de Instrução, aqueles que dariam ao juiz (que sempre há de estar longe das fogueiras provocadas pelo calor dos debates, para que possa, com isenção, exercer a difícil tarefa de julgar seus semelhantes) poderes para participar do processo de investigação criminal, porque pensam (ou sonham!) que, assim, a impunidade diminuiria. Não por receio, mas por fugir ao tema foco deste ensaio, vamos nos limitar a fazer este registro, deixando, aos doutos, analisar os malefícios dos Juizados de Instrução.

Assim, a título de exemplificação, é que o Congresso Nacional investiga, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 71 da CF), ao exercer o controle externo sobre "a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas", todavia, esta investigação/controle externo não ilidirá o "sistema de controle interno de cada Poder". A mesma investigação/controle será exercida em face das pessoas referidas no parágrafo único, do art. 71 da Carta Política. Porém, é indisputável que essas investigações não são de caráter criminal. Competindo, como compete, ao Congresso Nacional e/ou Tribunal de Contas da União "representar ao Poder competente sobre irregularidades" [se criminais, pode se dirigir diretamente ao Ministério Público ou Polícia]. Por conseguinte, não investigam crimes, por não terem competência para tanto.

Doutra vertente, sempre ilustrando, vamos encontrar as comissões parlamentares de inquérito,[34] as quais, sabemos, não têm o escopo de apurar crimes.

34. Deve-se registrar, por ser por demais importante, que os Procuradores-Gerais de Justiça, quando citam o Prof. Antonio Scarance Fernandes, Procurador de Justiça aposentado, no memorial que apresentaram a Ministros do STF ("Palavra final: STF decide se MP pode conduzir...", cit.), não constataram que o notável jurista da USP, na mesma obra, páginas à frente, prelecionou acerca dos tais (inexistentes) poderes, ao contrário do que aqueles dão a entender no *paper* endereçado à Corte Constitucional. Vejamos:

"*(...) a Constituição atribuiu à polícia a função de investigar as infrações penais, mas, na linha da tendência universal, previu o seu controle pelo Ministério Público e, por outro lado, restringiu, em parte, seus poderes de polícia em prol de maior garantia às pessoas presas ou submetidas a inquérito.*

(...) Não se trata, contudo, de atividade que substituiria integralmente a atividade de polícia judiciária, exercida pela autoridade policial, prescindindo-se do inquérito policial. Pela própria Constituição Federal, sem exclusividade, incumbiu-se aos delegados de carreira exercer a função de polícia judiciária (art. 144, § 4.º). Não foi a norma excepcionada por outro preceito constitucional. O que permitiu o art. 129, VII, é o acompanhamento do inquérito policial pelo promotor.

O avanço do Ministério Público em direção à investigação representa caminho que está em consonância com a tendência mundial de atribuir ao Ministério Público, como sucede em Portugal e Itália, a atividade de supervisão da investigação policial. Entre nós, contudo, depende-se ainda de previsões específicas no ordenamento jurídico positivo, evitando-se incerteza a respeito dos poderes do promotor durante a investigação" (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2000. p. 243-244 – destaque nosso).

Como se viu, o que Scarance doutrina é que, em certas investigações, como as comissões parlamentares de inquérito, sindicâncias, processos administrativos penais etc,. é comum haver o

Sua função cinge-se – como bem leciona o Prof. Luís Roberto Barroso,[35] membro titular do Conselho de Defesa dos Diretos da Pessoa Humana e designado, pelo Min. Nilmário Miranda, para proferir parecer, ao colegiado, acerca da matéria título deste trabalho – a apurar fatos determinados (§ 3.º do art. 58 da CF), "(...) de competência do Congresso Nacional, sem invadir atribuições de outros poderes, não podendo legitimamente imiscuir-se em fatos da vida privada *nem se investir no papel de polícia ou de persecutor criminal*" (destacamos).

Pontificando, a parte final do texto constitucional relativo às CPIs, que, "suas conclusões, se for o caso, [poderão ser] encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores". Nesta hora, mais uma vez antevendo opiniões apressadas, é revelar que o fato de as conclusões das comissões poderem ser encaminhadas, "se for o caso", ao *Parquet*, a fim de que este "promova a responsabilidade (...) criminal dos infratores", deve ser entendido, basicamente, na hipótese de o relatório conclusivo do inquérito parlamentar, recebido pelo órgão acusador como peças de informação, dispor daqueles mínimos elementos que o autorizam a oferecer, de imediato, denúncia, porque, nesta conjectura, como se sabe e já se disse, o caderno policial é despiciendo. Do contrário, não há outra solução: o Ministério Público requisitará à autoridade policial a instauração do competente procedimento policial, passando a exercer o controle externo da atividade policial, como bem avaliou Scarance.[36]

Abra-se, por imprescindível, um parêntese.

Olhos açodados hão de dizer que o constituinte de 1988, inovando os poderes das tão em voga CPIs[37] – que mais parecem devassas, dos tempos das

que chama "apuração indireta de crime", o que – nem é preciso avançar muito – é totalmente diferente daquilo que deram a entender todos os procuradores-gerais de justiça subscritores do documento retro.

35. Apud VIEIRA, Luis Guilherme. *Casos penais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 152.

36. Idem, ibidem.

37. BARANDIER, Antonio Carlos (Org.). *CPI:* os novos comitês de salvação pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002.

Ordenações Filipinas, salvo raríssimas exceções –, deu a elas "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais" (§ 3.º do art. 58 da CF), motivo pelo qual podem, os parlamentares integrantes desta célula do Legislativo, investigar do mesmo modo que os juízes.

De imediato, é bom gizar, e com giz bem luminoso, que magistrado não investiga coisíssima nenhuma. Uma das regras de exceção, por todos aceita sem qualquer discórdia, porque constitucional, é encontrada no art. 33 da LC 33/1979. Das outras, por mais ímpares ainda, cuidaremos mais tarde.

Como nesta seara todo cuidado é pouco, vamos nos apressar e tomar, logo, e por empréstimo, as lúcidas aulas dos Professores Luís Roberto Barroso e Ada Pellegrini Grinover, os quais, do alto de suas cátedras, ensinam:

"Na Itália, leciona Fulvio Fenucci, em estudo monográfico sobre o tema, a despeito de tal cláusula, os limites da investigação parlamentar, sob a luz do art. 82 da Constituição, são os limites de competência próprios do Poder Legislativo. As comissões, assim, hão de ter por limite material (*limiti materiali*) a autonomia dos indivíduos, não podendo afetar a independência dos outros órgãos constitucionais. A idéia de poderes de investigação judicial vem associada à aptidão para a produção de provas, com tomada de depoimentos, realização de perícia e mesmo requisição de documentos. Nunca, porém, violando 'il diritti precostituiti e constituzionalmente garantiti dai privati, sai che si tratti de persone fisiche che di persone giuridiche";[38] [e, por tal motivo] (...) numa visão que procure atribuir algum sentido à precisão constitucional, o que se pode inferir é que o constituinte pretendeu, ao outorgar às CPIs os poderes de investigação referidos pelo art. 58, § 3.º, atribuir-lhes na verdade *poderes instrutórios* idênticos aos reservados aos membros do Judiciário, ou seja, as mesmas prerrogativas que têm os juízes e tribunais na pesquisa probatória: convocação e inquirição de testemunhas, determinação de perícias, requisições de documentos etc., que eram bastante limitadas anteriormente, especialmente em face do art. 3.º,

38. Apud VIEIRA, Luis Guilherme. Op. cit., p. 81.

parágrafo único, da Lei 1.579, que fazia depender a convocação de testemunhas de *solicitação* da CPI ao juiz original".[39]

Em ressunta, conclui Barroso:

"O sentido da expressão poderes próprios de investigação de autoridades judiciais é o de criar para a comissão parlamentar de inquérito o direito, ou, antes, o poder de dar às suas determinações o caráter de imperatividade. Suas intimações, requisições e outros atos pertinentes às investigações devem ser cumpridos e, em caso de violação, ensejam o acionamento de meios coercitivos. Tais medidas, todavia, não são auto-executáveis pela comissão. Como qualquer ato de intervenção na esfera individual, resguardada constitucionalmente, deverá ser precedida de determinação judicial".[40]

Teorizar diferente é ir de encontro à antiga e profícua assertiva de Francisco Campos,[41] no sentido de que "os poderes delegados às comissões de inquérito o devem ser de modo expresso, definido e específico, outros não podendo ser deduzidos por analogia ou sob a alegação de que estão implícitos nos poderes expressamente enunciados, dado que, ainda na esteira doutrinária do ex-Ministro da Justiça, 'uma cláusula constitucional não é uma caixinha de segredos, de que os prestidigitadores extraem os mais heterogêneos objetos'".

Feche-se, por não mais imprescindível, o parêntese.

Poderíamos, aqui, ficar comentando sobre outras hipóteses, todas de natureza não criminal, saliente-se, previstas em legislações ordinárias, como os inquéritos realizados pelo Banco Central em casos de liquidação extrajudicial, os realizados contra funcionários públicos em virtude de falta funcional, os relativos aos assuntos administrativo-tributários etc. Mas, nenhum deles investiga crimes. Se, no curso destes, surgirem indícios da existência de crime (a tal "apuração indi-

39. Idem, ibidem, p.82.

40. Idem, p. 82.

41. Idem, p. 84.

reta" aludida por Scarance), deverão as autoridades investigantes extrair peças e encaminhá-las ao Ministério Público, que, reitera-se, diante da escassez de elementos suficientes à propositura da ação penal, deverá requisitar, por imperativo legal, à autoridade policial, a instauração do procedimento adminicular. Do contrário, a ação pode-deve ser ajuizada incontinenti.

Já desta feita voando em "céu de brigadeiro", força aceitar que, em certas circunstâncias, singulares circunstâncias, diga-se, de soslaio, o legislador constituinte garantiu, a determinadas pessoas, prerrogativa de foro, em razão da função por elas exercida. Nestes casos,[42] ímpares casos, o STF, o STJ, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados possuem, por comando constitucional, competência para investigá-las, processá-las e julgá-las criminalmente. Com a derrogação de súmula pretoriana específica, adveio a Lei 10.628/2002, a qual, em seu § 1.º, estabelece que "a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública". Só para ilustrar, os membros do Ministério Público[43] e os do Judiciário[44] não são investigados por autoridade policial, em razão de possuírem investigador e foro privilegiados (Leis Complementares 75/1993 e 37/1979, respectivamente).

É adequado sacudir, para que nada seja ocultado, que outras legislações ordinárias, sempre lembradas pelos opositores, permitem à autoridade que não a policial investigar crimes.[45] A primeira delas, por todos os doutrinadores abominada e apontada com a balda da inconstitucionalidade,[46] é a Lei 9.034/1995 –

42. Arts. 96, III, 102, I, *b* e *c*; art. 105, I, *a*; art. 108, I, *a*, todos da CF.

43. Par. ún. do art. 19 da LC 75/1993.

44. Par. ún. do art. 33 da LC 37/1979.

45. Antes da Constituição da República de 1988, encontrávamos os execráveis procedimentos judicialiformes (Dec.-lei 3.688/1941, art. 17), em bom tempo banidos de nosso sistema.

46. Por todos, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini. "Que juiz inquisidor é esse". *Boletim do IBCCrim*, n. 30, jun. 1995; e PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório:* a conformidade constitucional das leis processuais. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1999. p. 175-176.

dita do crime organizado –, que instituiu a figura do "juiz-inquisidor" nos parágrafos de seu art. 3.º, aniquilando, assim, o primado da imparcialidade do magistrado e ferindo, letalmente, o do devido processo legal. A outra, prevista na Lei de Falências (art. 111),[47] dá ao magistrado o poder de presidir o "inquérito judicial falimentar", mas, neste procedimento, a investigação do juiz não se limita à busca de elementos de prova para a propositura da ação penal. Como adverte Ada Pellegrini Grinover,[48] ela objetiva, também, salvaguardar "repercussões no âmbito civil da falência, como a concessão de concordata suspensiva". Pondere-se que o decreto-lei em testilha pouco difere do Projeto de Lei 4.376/1993, recém-aprovado pela Câmara, razão pela qual a análise de Pellegrini é ainda pertinente.

Arrematando: não pode o Ministério Público, pessoalmente, investigar crimes, por não ter-lhe sido concedida competência/atribuição em lei. Pode-deve, sim, requisitar à autoridade policial a instauração do procedimento instrutório, sendo-lhe vedado utilizar-se da regra estatuída no par. ún. do art. 4.º do CPP, recepcionada pela Carta de 1988, para, tomando-a como "pseudo-atribuição concorrente/supletiva" à polícia judiciária, investigar crimes, posto que a ressalva introduzida pelo legislador de 1940 é aplicada, sim, ao órgão ministerial, mas, única e exclusivamente, nos fatos de poder-dever investigar os praticados por seus representantes. O resto é quimérico.

8. Dos (legítimos) poderes institucionais do Ministério Público

Trazendo a troca de idéias para terras do Estado do Rio de Janeiro, sem qualquer bairrismo – até porque as demais legislações estaduais do Ministério Público, ao que se sabe, não discrepam do que já restou antes consagrado, mas, fundamentalmente, para contrapor, com a seriedade que o assunto está a mere-

47. Dec.-lei 7.661, de 21.06.1945.

48. Apud VIEIRA, Luís Guilherme. *Casos penais.* Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 80.

cer, a argumentação sacudida, na 149.ª Reunião Ordinária do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, pelo ex-Procurador-Geral de Justiça José Muiños Piñeiro,[49] o qual conosco ali dialogou –, vale explicitar que a LC 106/2003, promulgada em 03.01.2003, repetindo textos das legislações federais, dispõe, em seu art. 34, VI, ser incumbência do Ministério Público, além das funções previstas nas Constituições da República e estadual e em outras legislações, todas aqui já estudadas amiúde, "promover o inquérito civil e propor a ação civil pública, na forma da lei", estatuindo as alíneas *a* e *b*, da lei, as vertentes em que aquele e aquela devem ser instaurados e propostos.

De se notar, por interessantíssimo, que o legislador fluminense fez questão de estabelecer, no art. 35, que:

"(...) no exercício de suas funções, cabe ao Ministério Público:

I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos para a apuração de fatos de natureza civil, sempre que tal se fizer necessário ao exercício de suas atribuições e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, sem prejuízo do processo por crime de desobediência, ressalvadas as prerrogativas em lei;

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades e outros órgãos federais, estaduais e municipais, bem assim das entidades da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das entidades sem fins lucrativos que recebam verbas públicas ou incentivos fiscais ou creditícios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;

d) requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processos em que atue; (...)".

49. Apontamentos do autor feitos enquanto o professor discursava, na 149.ª Reunião Ordinária do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, contrapondo nossos argumentos.

E, como soe acontecer, para atingir o alvo, tem ele o poder-dever de:

"(...)

III – requisitar [destacamos, requisitar] diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observando o disposto no art. 129, VIII, da Constituição da República, podendo acompanhá-los; [insistimos, acompanhá-los, não realizá-los]

IV – receber diretamente da Polícia Judiciária o inquérito policial, tratando-se de infrações de ação penal pública;

V – requisitar informações quando o inquérito policial não for encerrado em trinta dias, tratando-se de indiciado solto mediante fiança ou sem ela".

Contudo, se o membro do *Parquet*, no exercício das funções trazidas à colação, detectar indícios da prática de crime, determina o § 7.º do art. 35 da LC fluminense 106/2003, ser seu poder-dever: "Na hipótese do inciso I deste artigo, surgindo no curso dos procedimentos indícios da prática de infração penal, o Promotor de Justiça tomará as providências cabíveis e remeterá peças ao órgão com atribuição".[50]

Agora, levando a boa contenda para terras paulistas, em respeito ao Procurador-Geral de Justiça Luiz Antonio Guimarães Marrey , que, de modo igual e representando o Colégio de Procuradores-Gerais de Justiça, também conosco discutiu o tema em causa na reunião realizada pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana,[51] vamos encontrar a LC daquele Estado 734/1993, que, no Capítulo I, Seção I, em particular, em seu art. 103, dispõe ser função institucional do órgão, afora promover, privativamente, a ação penal pública (inc. VI):

50. Atribuição para, nunca será cansativo relembrar, cumprir o que determinam os incs. III, IV e V do art. 35 da LC estadual 106/2003, porventura os tais indícios da prática do crime não sejam suficientes para, tomados como peças de informação, instruir, de plano, denúncia, sem necessidade de se requisitar a instauração de inquérito policial, o qual, como se sabe, é dispensável.

51. 149.ª Reunião Ordinária do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, realizada em Brasília, em 19.11.2003.

"VIII – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção, a prevenção e a reparação dos danos causados ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos, homogêneos e individuais indisponíveis".

Para tanto, no exercício do "controle externo da atividade policial por meio de medidas administrativas e judiciais, pode [o Ministério Público], dentre outras" (inc. XIII):

"*a)* ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;

b) ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade de polícia judiciária;

c) representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;

d) requisitar [não presidir, sublinhemos] à autoridade competente [a policial, repiquemos] a abertura de inquérito sobre a omissão ou fato ilícito ocorridos no exercício da atividade policial;

e) receber, imediatamente, comunicação da prisão de qualquer pessoa por parte da autoridade policial estadual, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão".

Ademais, a legislação do Estado de São Paulo estabelece, no art. 104, I, *a*, *b* e *c* c/c os incs. II a VIII, o que poderá-deverá fazer o *Parquet* para instruir os feitos que lhe estão afetos, no regular exercício da presidência de "inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes", ao inquérito civil, está bem óbvio. A Seção II do Capítulo II, por seu turno, nos arts. 105 a 113, disciplina o processo a ser cumprido durante a realização do inquérito civil público. E, por fim, a Seção III do mesmo Capítulo I, para que não paire qualquer má interpretação, disciplina as atribuições concorrentes (entre membros do órgão, apressemo-nos em consignar) e os conflitos de atribuição (substantivo utilizado em sentido estrito, não é inútil comentar).

9. Dos (inconstitucionais e abusivos) poderes institucionais do Ministério Público

A par disto tudo, reconhece-se, não sem enorme tristeza, porque de malefícios incalculáveis, ter surgido nos mais diversos Estados da federação – e é provável que ainda surjam, até que o Pleno do STF e/ou o Congresso Nacional decida, vez por todas (e estão em vias de fazê-lo), sobre a relevante questão –, atos normativos especiais, elaborados pelo Ministério Público, os quais, aqui e acolá, tentaram dar roupagem de legalidade aos procedimentos inquisitoriais, mas sempre ferindo de morte a Lei das Leis e demais legislações aplicáveis à espécie.

Em 1996, só para demonstrar o que se traz à luz, um ato do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça de São Paulo (o de n. 98/1996) pretendeu traçar regras para a realização das investigações criminais. Um parecer, ainda não publicado, de 21.10.1996, do Prof. José Afonso da Silva,[52] no tempo secretário de Segurança Pública daquele ente federado, enviado ao Procurador-Geral de Justiça Luiz Antonio Guimarães Marrey (Of. Sec. Gab. 72/1996, de

52. É bom adiantar, , que o catedrático da USP, citadoem memorial assinado por todos os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados-membro (disponível em: <www.conjur.com.br>, acesso em: 14 nov. 2003) e apresentado a Ministros do STF por ocasião do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.202, 2.613 e 2.703, reconheceu, de fato, que a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos (art. 144 da CF), motivo pelo qual, prelecionou em sua clássica obra (o trecho adiante transcrito faz parte do *paper* retro) "a segurança pública não é só repressão e não é problema apenas de polícia, pois a Constituição, ao estabelecer que a segurança é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144), acolheu a concepção do I Ciclo de Estudos sobre Segurança, segundo a qual é preciso que a questão da segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade permanente de todos, Estado e população" (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 650).

Porém, como se comprova de trabalho específico *sub* o tema, tal circunstância não representa, pontifica José Afonso da Silva, o poder de o Ministério Público se imiscuir nas atividades que foram deferidas, exclusivamente, à autoridade policial, usurpando de suas relevantes funções públicas(ver, José Carlos Fragoso no verbete abaixo). Não por outro motivo, o mesmo professor, no ano de 2000, então Presidente da Comissão Permanente de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros teve, mais uma vez, no Pleno daquele sodalício, a oportunidade de exteriorizar idêntico pensamento.

16.10.1996), afirmou a inconstitucionalidade gritante do ato, como nos fez saber o já tão saudoso José Carlos Fragoso.[53]

Só para se ter pequeníssima idéia do que José Afonso da Silva consagrou naquele judicioso parecer, e para recolocar o tema no exato entendimento do catedrático das Arcadas, sem abrir cavidade para qualquer exegese outra que não se quede em suas próprias lições, as quais transformaram em pó o ato normativo[54] do *Parquet* paulista, vale a transcrição de breve de seujuízo:

53. FRAGOSO, José Carlos. "São ilegais os 'procedimentos investigatórios' realizados pelo Ministério Público Federal". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, vol. 10, n. 37, p. 241-251, jan.-mar. 2002.

54. Neste parecer, José Afonso da Silva sublinha, antes de mais nada, sobre a impropriedade de se lançar mão de ato administrativo do Ministério Público para regular o exercício do controle externo da atividade policial, porque, "de duas uma, ou a LC 73/93 regulou adequada e completamente a matéria, e o Ato 98/96, é absolutamente despiciendo, ou deixou lacunas e o questionado Ato não é o meio adequado para supri-las. É que a Constituição outorgou à lei complementar competência para regular a forma de controle externo, nada mais; e não admite delegação nem à lei ordinária e menos ainda ato administrativo para disciplinar a matéria".

Ademais, disse, com sua inquebrantável autoridade, que a expressão "dentre outros", contida na parte final do inc. XIII do art. 129 da LC 743/93, do Estado de São Paulo, não era fundamento para tal, porque "não remete a futuro ato administrativo, porque seria delegação inconstitucional, uma vez que a Constituição reservou a regulamentação da matéria exclusivamente à lei complementar estadual. Referida locução, 'dentre outras', se liga à cláusula, da cabeça do artigo, 'nos termos da legislação aplicável'. Liga-se, por exemplo, a diversas disposições do Código de Processo Penal e da Lei das Execuções Penais que atribuem faculdade de fiscalização ao Ministério Público. Em conseqüência, a expressão 'dentre outras' não autoriza regular matéria de lei complementar por meio de ato normativo. Aliás, nesse sentido já se pronunciou até mesmo a Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues, com aprovação do não menos insuspeito Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro, em parecer exarado na ADIn 638-0/600-RJ. Não é importante, aqui, que essa ação não tenha sido julgada, porque vale a tese. Diz o parecer:

'Desse modo, parece inequívoco que o art. 129, VII, da CF, ao se remeter à *lei complementar* permitida no art. 128, § 5.º, *caput* – para fazer a definição da atividade de *controle externo da atividade policial* inserida dentre as funções institucionais do Ministério Público –, não estava conferindo, a tal Lei Complementar, para esse fim, o poder de alterar o Código de Processo Penal. Tal art. 129, VII, deve ser entendido, então, tão-somente, no sentido de estar limitado a estabelecer que a *'lei complementar mencionada no artigo anterior'* haveria de definir *a forma*, através da qual os membros da Instituição a desempenhariam, cumulativamente com as demais atribuições institucionais".

Mais incisivo, ainda, é o Acórdão do STF, rel. Min. Ilmar Galvão, exarado na ADIn 1138-RJ, que impugnou a validade de Resolução 447, de 17.06.1994, da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, que versava sobre a mesma temática do Ato 98/96 da PGJ-SP, *in verbis*:

"(...) o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, previsto no art. 129, VII, está limitado pela natureza da lei que o regulamenta – lei complementar –, mas também por outras normas constitucionais. Assim é que, no que interessa aqui, a Constituição estabelece que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a *organização, garantias, direitos e deveres da polícia civil.* Ora, isso quer dizer que cabe à União estabelecer normas gerais sobre essa matéria, e, aos Estados, normas suplementares. Isso significa que não pode a lei estadual, e menos ainda ato administrativo do Ministério Público, atribuir ao controle externo atividades que interfiram com a organização, as garantias, direitos e deveres das policias civis. Mais, ainda o art. 144, § 4.º, estatui que *às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.* Isso quer dizer que a Constituição reservou à polícia civil estadual um campo de atividade exclusiva que não pode ser invadido por norma infraconstitucional e, menos ainda, por disposições de ato administrativo. Uma delas é a de realização do inquérito policial, que constitui o cerne da atividade de polícia judiciária, que não comporta o controle externo do Ministério Público, porque tal controle ainda pertence ao Poder Judiciário (...). A outra é que também à polícia civil, polícia judiciária, se reservou a função de *apuração das infrações penais,* o que vale dizer o poder investigatório, sendo, pois, de nítido desrespeito à Constituição normas que atribuam a Órgão do Ministério

"Ementa. Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar. Dispositivos da Resolução 447, de 17.06.1994, da Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Alegada incompatibilidade com os arts. 22, I, 61, II, *d*, 127, § 2.º, *in fine*, 128, VI e VII, e 144, § 4.º, da CF.

Impropriedade do meio empregado para regulamentação do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, reservada, pela Constituição, à lei complementar da União e dos Estados (art. 128, § 5.º), circunstância que reforça a plausibilidade da tese da argüida inconstitucionalidade formal do referido ato e evidencia a conveniência da pronta suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados, no prol da harmonia funcional dos órgãos envolvidos".

Público a faculdade de promover diretamente investigações, como fez o art. 26 do Ato 98/96".

Sem tirar, nem pôr, melhor, repondo o verbo de José Afonso da Silva ao lugar de onde nunca deveria ter saído, esta é, queiram ou não, sua única opinião acerca dos (inexistentes) poderes do Ministério Público de investigar diretamente crimes.

Na mesma direção é o *entendimento do Instituto dos Advogados Brasileiros* – que, nos idos de 2000, por intermédio da Comissão Permanente de Defesa do Estado de Direito Democrático, no tempo por nós presidida, instado a se pronunciar pelo, à época, Presidente Marcello Cerqueira, depois de caloroso debate, que contou com a presença, dentre outros, do Prof. José Afonso da Silva – através do voto médio de Celso Soares, tendo como relator original da indicação de n. 141/2000, José-Ricardo Pereira Lira –, se posicionou no seguinte sentido: "a Constituição não atribui ao Ministério Público poderes de investigação policial e sim a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais disponíveis".

Com efeito, logo após o STF julgar o *writ* 81.326-7-DF, o Ministério Público paulista editou os Atos Normativos 314-PGJ/CPJ, de 27.06.2003, e 324-PGJ/CGMP/CPJ, de 29.08.2003. Em razão disso, para atender consulta formalizada pelo Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, foi elaborado percuciente estudo pelos Professores Miguel Reale Júnior e Eduardo Reale Ferrari, acerca de sua constitucionalidade/legalidade, no qual, sem firulas, consideram os atos hodiernos tão inconstitucionais quanto o de 1996, analisado pelo Prof. José Afonso da Silva.

Para não nos alongarmos muito, tomamos a liberdade de transcrever fragmento da acurada análise realizada pelos Reale, posta em parecer não publicado:

"A simples leitura desses dispositivos constata que foram expressamente distinguidos os poderes do *Parquet* quando de sua atuação em procedimentos administrativos de sua competência e nos inquéritos policiais.

O inc. VI do art. 129 da CF/88 se refere expressamente a procedimentos administrativos conduzidos pelo Ministério Público, como o inquérito civil. Nessa hipótese, caso um Promotor de Justiça necessite de elementos de prova a instruir uma ação civil pública deverá fazer uso de seus poderes a fim de lograr obter informações e documentos.

Diverso constitui o papel do Ministério Público nos casos de investigação por meio de inquérito policial.

A lei, de fato, não contém palavras inúteis. Se assim não fosse, não teriam sido diferenciados os poderes dos órgãos ministeriais em incisos diferentes para situações diferentes.

O inc. VIII do art. 129 da CF trata especificamente da atuação do Ministério Público no inquérito policial e, mais ainda, a limita à requisição de diligências investigatórias e instauração de inquérito".[55]

Noutras épocas não tão remotas assim, em 02.09.1998, a 2.ª Câm. de Coordenação e Revisão (Matéria Criminal e Controle Externo da Atividade Policial) do Ministério Público Federal decidiu, no Processo 08.112.000.502/96-73 (Parecer 169/97), relator o ilustre vice-Procurador-Geral da República Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, na parte que interessa:

Ementa: Procedimento administrativo criminal instaurado na Procuradoria da República, com fundamento no art. 129, VIII, da CF.

(...)

Impossibilidade em face dos termos do art. 144, § 1.º, IV, da CF/88 – interpretado como garantia constitucional do cidadão de somente ser investigado pela polícia judiciária. Situação diversa do regime anterior".[56]

55. REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. Parecer elaborado em face dos Atos Normativos 314-PGJ/CPJ, de 27.06.2003, e 324-PGJ/CGMP/CPJ, de 29.08.2003, editados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo, 21.10.2003, p. 5.

56. Disponível em: <http//:www.stf.gov.br>. Inicial da ADIn 2.943-6-DF, rel. Min. Carlos Velloso.

Meses antes desta decisão colegiada, em 19.3.1998, a Subprocuradora-Geral da República, doutora Delza Curvello Rocha, por se encontrar em descompasso com a Resolução 38/1998,[57] do Conselho Superior do Ministério Público Federal (instituída, exatamente, pelo então Vice-Procurador-Geral da República Haroldo Ferraz da Nóbrega, o mesmo que dera o parecer supra e que se encontrava no exercício da presidência do Conselho), representou,[58] perante a Procuradoria Geral da República, por meio do ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade (não intentada, como se constata de pesquisa realizada no *site* do STF), por entender que:

"(...) a realização de diligências investigatórias destinadas ao inquérito policial ou futura ação penal, fogem à atuação direta do Ministério Público porque devem ficar jungidas a quem detenha constitucionalmente a titularidade para instaurar esse tipo de procedimento, por se encontrar submetido ao controle judicial, na forma da lei processual, sob pena de restarem feridos o inciso LIII do art. 5.º – 'ninguém será processado (= investigado) nem sentenciado senão pela autoridade competente', além da afronta ao texto já citado do art. 144, I e IV, to-

57. Disponível em: <http//:www.mpf.gov.br>. Da parte a ser destacada, reproduzimos o resumo levado a efeito pela Subprocuradora-Geral da República Delza Curvello Rocha (citação 24):

"a) instauração de procedimentos administrativos investigatórios (arts. 1.º a 4.º):

b) que o membro do Ministério Público Federal, realize pessoalmente, ou em equipe, procedimentos investigatórios próprios, praticando entre outros os seguintes atos (arts. 1.º, 2.º e 3.º):

– inquirição pessoal do investigado;

– inquirição de testemunhas;

– requisição de documentos e perícias.

c) acompanhar pessoalmente, ou em equipe, inquéritos e investigações policiais preliminares, instaurados no âmbito da Polícia Federal, nos termos da Resolução 32 do CSMPF (art. 1.º);

d) a criação, no âmbito de cada Unidade Administrativa, de estrutura de apoio a essa função investigatória".

58. Disponível em: <http//www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 nov. 2003. Inicial da ADIn 2.493, rel. Min. Carlos Velloso.

dos da CF/88. De outro lado, o disposto no art. 7.º da referida Resolução 38 fere a norma constitucional inscrita no § 2.º do art. 127, que impõe que a organização e funcionamento da instituição se realizem observado o princípio da legalidade, não se admitindo que mera resolução possa criar função institucional ou estrutura administrativa para dar suporte a qualquer função.

Finalmente, e porque oportuno, convém deixar consignado que a titularidade plena do exercício da ação penal pública há de ser conceituada como a impossibilidade de ser essa ação iniciada *ex officio*, nesse segundo caso admitida apenas se o Ministério Público não intentá-la no prazo legal.

Esses, Excelência, os fundamentos que entende a ora requerente denunciadores da inconstitucionalidade dos dispositivos normativos apontados, que certamente merecerão maiores subsídios com a análise das questões pela 1.ª Câm. de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (...).

Finalmente, a ora requerente solicita seja o presente pedido apreciado com urgência, visto que a divulgação desse ato normativo, poderá acarretar conseqüências indesejadas – quer em relação ao cidadão, que doravante poderá ser alvo de constrangimento ilegal por parte de atuação de membro do Ministério Público Federal – como também em relação à incolumidade física de algum colega menos ponderado que, sem o devido preparo para o mister investigatório penal, ponha em prática o que a Resolução lhe faculta, colocando inadvertidamente e de alguma forma, sua vida em perigo".

Curioso, mas essencial marcar com sinal reluzente, que *aquela decisão do colegiado do Ministério Público Federal não foi unânime, vencido o atual Procurador-Geral da República, Prof. Cláudio Fonteles* e seus colegas Antonio Fernando, Paulo de Tarso, Roberto Gurgel, Wagner Mathias, Wagner Gonçalves e Helenita Acioli.

Noutro ano, mas sempre com o mesmo fim, o Ministério Público mineiro criou os Centros de Apoio Operacional de Combate ao Crime Organizado e de

Investigação Criminal, respectivamente, CAO e Crimo,[59] os quais conferiam ao *Parquet* mineiro a "'competência' para realizar diligências investigatórias e, para tanto, instaurar e presidir procedimentos administrativos de natureza criminal".[60] Irresignado, o Partido Social Liberal (PSL) ajuizou, no STF, a ADIn 2.703, em face do Governo, da Assembléia Legislativa e do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, a qual não chegou a ser julgada, porque, independentemente da petição[61] "do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais requerendo a prejudicialidade da ação por perda de objeto tendo em vista a revogação do texto legal impugnado", o partido político perdeu sua legitimidade para suscitar o controle concentrado de constitucionalidade, motivo pelo qual, em 19.03.2003, o relator determinou a ação direta de inconstitucionalidade. Em 12.08.2003, o autor requereu o prosseguimento da ação, por ter readquirido representatividade parlamentar. Os autos estão, hoje, conclusos ao ministrorelator.

Enfim, como registrou, para sempre, José Carlos Fragoso:[62] "Não é possível, (...) permitir que o Ministério Público possa acumular as funções de investigador (que a ninguém presta contas), e de instituição encarregada de promover a persecução criminal. Trata-se de um acúmulo perigoso de atribuições, que, sobre ser ilegal e inconstitucional, é absolutamente inconveniente, pois dá lugar, pelo excesso de poder, a abusos intoleráveis".

A Constituição (art. 144, § 1.º, IV) é expressa quanto às atribuições exclusivas da polícia judiciária em presidir inquéritos policiais. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, de n. 8.625/1993, também não se afasta do balizamento constitucional. Estabelece ela funções no art. 25 e seus incisos, sempre em perfeita sintonia com a Carta Cidadã, não custa falar de novo, e, já agora, também com a LC 75/1993. Estabelece, ainda, ela, no art. 26, I, *a* e *b*, os poderes de

59. "Palavra final: STF decide se MP pode conduzir...", cit.

60. Idem, ibidem, p. 2-13.

61. Disponível em: <http//www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 nov. 2003.

62. FRAGOSO, José Carlos. Op. cit., p. 244.

instaurar inquéritos civis e procedimentos administrativos pertinentes (aos inquéritos civis, está bem claro) e, nestes, notificar, colher depoimentos, mandar conduzir, requisitar informações, perícias, documentos etc. No âmbito criminal, reza a lei citada (art. 26, IV): "requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, VIII, da CF, podendo acompanhá-los". E isso não é pouco nem de pouca importância, ao contrário, garante o efetivo controle externo das atividades policiais.

Em razão de todo o exposto, vê-se que as normas regedoras da matéria, em qualquer esfera, constitucional ou não, se mostram coerentes em tudo permitir ao Ministério Público, mas em matéria de inquérito e ação civil pública. Isso não se estende, à evidência, à área criminal, restando os chamados procedimentos investigatórios/administrativos criminais completamente ao desamparo da lei. É essa, também, a leitura de Miguel Reale Júnior e Eduardo Reale Ferrari:

"Tal distinção é reproduzida expressamente na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei 8.625, de 12.02.1993, em seu art. 26, IV – a atuação do Ministério Público no inquérito policial foi tratada em dispositivo legal específico onde fica autorizado ao *Parquet* somente requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, VIII, da CF, podendo acompanhá-los. A expedição de notificações para oitiva de testemunhas e a requisição de documentos fica limitada ao inquérito civil, conforme dispõe o inc. I do mesmo artigo".[63]

10. Membros do *Parquet* chancelam: Ministério Público não tem competência para investigar crimes

Porém não foram apenas advogados e professores os operadores do direito que acorreram a delatar a extravagância e a inconstitucionalidade das investi-

63. REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit., p. 6.

gações criminais diretas do Ministério Público. Interessante apontar, outra vez, que membros do *Parquet*, na condição de fiscais da lei, têm a mesma interpretação, como nos relatam os Professores Reale:

"O próprio Ministério Público Federal reconhece, em parecer lavrado pelo Subprocurador-Geral da República, Jair Brandão de Souza Meira, que a impessoalidade da acusação esgarça-se quando o Ministério Público extrapola de suas funções e substitui-se à Polícia Judiciária, formulando a investigação e a denúncia, em acusações próprias dos Tribunais de Exceção" (parecer ofertado no RHC 8106-DF, em 26.11.1998).[64]

Dois outros casos são conhecidos: o Prof. Juarez Tavares, Procurador Regional da República no Rio de Janeiro, lavrou parecer, no HC 1.137,[65] da 2.ª T. do TRF da 2.ª Reg., pela concessão de ordem de *habeas corpus* para trancar ação penal em que a denúncia (considerada abusiva no acórdão) fora ofertada com base em inquérito administrativo instaurado e realizado por membro do Ministério Público:

"Primeiramente cumpre-nos salientar que a ação penal desfechada contra o paciente, lastreada em inquérito penal realizado pelo próprio órgão do Ministério Público, constituiu, realmente, fato inusitado e estranho, em face da falta de atribuição do *Parquet* quanto ao colhimento de provas com a finalidade de instaurar ação penal, eis que cabe ao mesmo, tão-somente, realizar inquéritos civis, conforme reza a nossa Carta Magna, em seu art. 129, quando dispõe a respeito das funções institucionais do Ministério Público".

Outro se deu em 1998, quando a 2.ª Câm. de Coordenação e Revisão da Procuradoria Geral da República, sob o voto condutor da já mencionada Subprocuradora-Geral da República, Delza Curvello Rocha, prolatou acórdão de natureza administrativa assim ementado:

64. Apud REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit., p. 21.

65. Brasil, TRF 2.ª Reg., 2.ª T., HC 96.02.35446-1 (1137-RJ), rel. Des. Silvério Cabral, *DJ* 05.08.1997.

"Ementa: Procedimento administrativo criminal instaurado na Procuradoria da República, com fundamento no art. 129, VIII, da CF, em virtude de expediente que relata a ocorrência de conduta, em tese delituosa, praticada por deputado federal. Tramitação de referido expediente em cartório criminal, instituído por portaria da chefia. Instauração de procedimento criminal administrativo pelo Ministério Público. Impossibilidade em face dos exatos termos do art. 144, § 1.º, IV, da CF/88 – interpretado como garantia constitucional do cidadão de somente ser investigado pela polícia judiciária. (...) Encaminhamento ao Procurador-Geral da República do presente procedimento administrativo, solicitando cancelamento da autuação, bem como revisão do ato administrativo que criou o noticiado 'cartório criminal', em face dos princípios contidos na Constituição Federal".[66]

11. A jurisprudência. A (futura) decisão do Pleno do STF

Os tribunais vêm formando, ao longo dos últimos anos, uma corrente cada vez mais firme e coesa em repudiar os supracitados procedimentos que se pretendem inquéritos criminais, independentemente das alcunhas diferentes que lhes são conferidos.

Como dito no início, o provimento dado ao RHC 81.326, pelo STF, vem consolidar a tendência jurisprudencial, da qual daremos alguns exemplos, de negar validade às investigações criminais diretas do Ministério Público. Vem na esteira de inúmeras outras decisões, das mais variadas cortes, ainda que com algumas hesitações, pois há turmas ou câmaras que se deixaram encantar pela argumentação sofista.

Assim é que a concessão do HC 1.137, por maioria, pelo TRF da 2.ª Reg., para trancar ação penal proposta com base em inquérito administrativo instaura-

66. Disponível em: <http//www.stf.gov.br>. Inicial da ADIn 2.943. Acesso em: 22 nov. 2003.

do e realizado no âmbito do *Parquet*, que mencionamos ao registrar o parecer (favorável à concessão) do consagrado Juarez Tavares, foi enfrentada por recurso extraordinário interposto por outro membro do Ministério Público. Tal recurso tomou o n. 233.072-4,[67] e foi denegado, também por maioria (mantido, portanto, o trancamento da ação penal), em 18.05.1999, e extrai-se de sua ementa que o Ministério Público não tem competência "para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos".

Na mesma esteira, trilham decisões prolatadas pelo Tribunal de Justiça de Brasília, nos autos das Mandamentais 1999.00.2.002958-2 e 1999.00.2.002413-8, a primeira, sob o voto condutor da Desa. Aparecida Fernandes, e a segunda, sob o voto condutor do Des. Joazil M. Gardes, rezando a ementa da última:

"*Habeas corpus*. Controle externo da atividade policial. Polícia Judiciária. Substituição pelo Ministério Público.

Ao Ministério Público, em sua função controladora da atividade policial, não comporta substituir a polícia judiciária na prática de atos de exclusiva competência. Inteligência do art. 144, §§ 1.º e 4.º, da CF".

Há mais um precedente no STF – onde se abordou o assunto, pela vez primeira e *en passant* – foi o RE 205.473-9,[68] interposto pelo Ministério Público, guerreando concessão de *habeas corpus* pelo TRF da 5.ª Reg., que tivera o efeito de trancar ação penal. Já, então, dissera o Juiz Lázaro Guimarães, relator do *writ*, que não se compreendia "o poder de investigação do Ministério Público fora da excepcional previsão da ação civil pública (art. 129, III, da CF). De outro modo, haveria uma polícia judiciária paralela, o que não combina com a regra do art. 129, VIII, da CF". A hipótese era de ação penal por desobediência, a qual foi conside-

67. Brasil, STF, 2.ª T., RE 233.072-4-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, *DJU* 03.05.2002, *Ementário* 2067-2.

68. Brasil, STF, 2.ª T., RE 205.473-9-AL, rel. Min. Carlos Velloso, *DJU* 19.03.1999, *Ementário* 1943-2.

rada não ocorrente e o recurso extraordinário não foi conhecido, em julgamento datado de 15.12.1998, com parecer, nesse sentido, do então Subprocurador-Geral Cláudio Fonteles. Todavia, na ementa, o relator do recurso, Min. Carlos Velloso, não deixou de registrar sua desaprovação às investigações criminais realizadas por Procuradores da República: "não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial".

Do TRF 2.ª Reg., 4.ª T., se tem notícia da concessão, com efeito de trancamento de ação penal, em 08.11.2000, do HC 99.02.07263-1,[69] relator para o acórdão o Des. Federal Benedito Gonçalves. Da ementa, vale sublinhar a parte final: "Diante da falta de atribuição legal ao Ministério Público Federal para promover diretamente atos investigatórios, há que ser reconhecida a ilegalidade das provas coligidas, sob pena de violação ao princípio do *due process of law*".

No voto condutor, foram mencionadas outras decisões daquela corte regional, no mesmo sentido, tais como, além da concessão do HC 1.137, que ensejou o RE 233.072-4, outrora comentado, uma decisão da 1.ª T., HC 97.02.09315-5,[70] de 19.08.1997:

"I – *Habeas corpus* impetrado objetivando o trancamento da ação penal, defluente de denúncia formulada baseada em subsídios probatórios extraídos de inquérito policial instaurado, processado e presidido por membros do Ministério Público Federal, subscritores da peça vestibular da ação penal.

(...)

IV – Concessão da ordem de *habeas corpus* impetrada em favor dos pacientes para determinar o trancamento da ação penal contra eles instaurada, em curso no Juízo da 13.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Unânime".

69. Brasil, TRF 2.ª Reg., 2.ª T., HC 99.02.07263-1-RJ, rel. Des. Benedito Gonçalves, *DJ* 15.03.2001.

70. Brasil, TRF 2.ª Reg., 1.ª T., HC 97.02.09315-5 (1273-RJ), rel. Des. Ney Fonseca, *DJ* 09.10.1997.

Uma homenagem há de ser feita, neste passo, para fins de registro histórico. O *leading case* fluminense aconteceu em processo relatado pelo humanista Silvio Teixeira Moreira, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro dos mais notáveis que, ao apreciar o *writ* 615/1996,[71] da 1.ª Câm. Crim. daquela corte, salientou:

"(...) A função de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares, são privativas das polícias civis.

Ao Ministério Público cabe o monopólio da ação penal pública, mas sua atribuição não passa do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar.

Somente quando se cuidar de inquéritos civis é que a função do Ministério Público abrange também a instauração deles e de outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes, aqui incluídas as diligências investigatórias".

Garimpando para terçar armas com Lenio Streck no último Congresso Internacional do IBCCrim, Eduardo Carnelós achou e trouxe a lume decisão de fevereiro de 1991, da lavra do Desembargador paulista Weiss de Andrade, proferido no *Writ* 99.018-3/2,[72] como ele destacou, não constante de qualquer repositório jurisprudencial ou mencionado em revistas especializadas, que dramaticamente está a revelar os perigos da investigação conduzida diretamente por aquele que tem a missão de, em nome da sociedade, promover processo criminal em desfavor do cidadão.

Neste emblemático caso, o tribunal, após deferir medida liminar para colocar em liberdade o paciente, que tinha prisão preventiva decretada e fora denunciado por triplo homicídio qualificado, concedeu a ordem para trancar a ação penal. Com efeito, à míngua dos elementos indispensáveis à propositura da ação,

71. Brasil, TJRJ, 1.ª Câm. Crim., HC 615/1996, rel. Des. Silvio Teixeira, *DORJ* 18.09.1996 e 23.09.1996.

72. Brasil, TJSP, 2.ª Câm. Crim., HC 99.018-3/2, rel. Weiss de Andrade, j. 25.02.1991, *DOSP* 02.03.1993.

o Promotor de Justiça, em vez de requisitar novas diligências, chamou aos peitos a investigação, ouviu depoimentos, pediu pareceres de técnicos e, com estes elementos por ele produzidos, ofertou a inicial que, submetida à análise pela angusta via do *habeas corpus*, foi posta por terra.

Após tantas digressões doutrinárias e jurisprudenciais, chegou-se (na realidade, já se chegou antes disso), por meio de pequeníssimo escorço histórico, não teratológico, tampouco teleológico, a um pétreo epílogo: o Ministério Público, cuja inegável importância foi reconhecida na Constituição Cidadã, tem incontáveis poderes, mas, dentre eles, não se encontra o de instaurar e realizar procedimento investigatório com o escopo de colecionar informações que embasem uma preambular. Suas atribuições para investigar diretamente se cingem aos inquéritos civis, salvo a exceção de poder-dever investigar os crimes atribuídos a membros do próprio órgão.

Porém, infelizmente, a contenda ainda não encontrou águas tranqüilas. Neste mar, já dantes navegado, muitas águas vão rolar... e como vão...

De relance, comente-se que se encontra em tramitação, no Pleno do STF, o Inquérito 1.968,[73] relator o Min. Marco Aurélio. Iniciado o seu julgamento em 15.10.2003, no qual se pretende o recebimento de denúncia ofertada em face de deputado federal que está sendo acusado de suposta prática de crimes em desfavor do Sistema Único de Saúde, sua defesa técnica sustentou, dentre outros argumentos, a falta de justa causa para a ação penal, porquanto as provas apresentadas e que estão a escorar a exordial foram produzidas diretamente pelo *Parquet*. O Min. Marco Aurélio, já secundado pelo Min. Nelson Jobim, proferiu voto no sentido de rejeitar a inicial, por entender que o Ministério Público, embora titular da ação penal, não possui competência para realizar diretamente investigações na esfera criminal, mas, apenas, para requisitá-las à autoridade policial competente. O julgamento se encontra suspenso em razão do pedido de vista do Min. Joaquim Barbosa.

73. Brasil, STF, Tribunal Pleno, Inq 1.968, rel. Min. Marco Aurélio.

Demais isto, também em tramitação no STF a ADIn 2.943,[74] relator o Min. Carlos Velloso, na qual o Partido Liberal questiona a matéria sacudida neste ensaio.

12. O sistema processual penal do século XXI: o que se pretende?

Cremos ser fundamental, em questão a ser decidida em "preliminar prejudicial de mérito", que se defina, logo, o que se pretende construir, neste recém-iniciado milênio, a respeito, não só do inquérito policial, mas, sobretudo, de todo o sistema processual penal. Não podemos mais conviver com reformas pontuais, nascidas sob o manto do desespero, do pânico e da irracionalidade.[75] Discussões apaixonadas e apaixonantes à parte, o cidadão que vier a ser processado criminal-

74. Brasil, STF, ADIn 2.943, rel. Min. Carlos Velloso.

75. "(...) a Constituição da República de 88 traçou, como se sabe, uma base capaz de, sem muito boa vontade, enterrar grande parte do atual Código de Processo Penal, marcado pela concepção fascista do processo penal e ancorado na tradição inquisitória, inclusive da fase processual da persecução, só não percebida por todos em razão da pouca perquirição que se faz das suas matrizes ideológicas e teóricas, a começar pelo velho Código de Processo Penal italiano e seu inescrupuloso difusor e defensor *càmicia nera* de todos os instantes, Vincenzo Manzini. Que ele foi um vigoroso articulador teórico do processo penal italiano não se pode negar; mas que era um terrível fascista – expressa isso em sua obra – também não. Pior, porém, é o que se passa com a doutrina nacional, alienada em relação a problema do gênero, como sucedeu, por infelicidade – não se pode crer em outro fundamento – com José Frederico Marques, o primeiro grande escritor, no Brasil, de um direito processual penal que queria superar a base praxista da ritualística de antes da polêmica Windscheid x Muther e, por isso, ajudou a formar toda uma geração de processualistas que, não se dando conta das raízes espúrias raízes do ramo, não poucas vezes pregam uma democracia processual com um discurso fundamentalmente antidemocrático. Assim, não é fácil evoluir; não é fácil avançar na direção da concreção da democracia processual; não é possível proceder ao necessário corte epistemológico e as mudanças – qualquer uma – tendem a manter, como sugeriu Lampedusa, tudo como sempre esteve.

Talvez seja este, afinal, o grande motivo pelo qual vai-se para quarenta anos de tentativas de mudanças (não esquecer que o Anteprojeto Tornaghi era de 1963) e elas não se consumam, dado encontrarem resistências pontuais fundadas em argumentos de tal relevância que se tornam de difícil resposta. Ora, ou se demarca, da melhor maneira possível pela base epistemológica, o campo de incidência da reforma, ou não se retiram as premissas (algumas absolutamente falsas) aos ataques sofridos por ela, a começar daqueles que partem da angústia gerada pelo *novo* aos castelos da segurança calcada no conforto do *velho*. De Bachelard a Freud, de Khun a Lacan, de Foucault

mente, pouco importando a gravidade do crime e do clamor público que dele advier (no mais das vezes, esse é decorrente da opinião publicada, que não guarda relação com aquela), o deve ser com base em um processo penal devido, respeitador

a Barcellona, de Habermas a Dussel, de Hayek a Hikelammert, de Carnelutti a Cordero, muita gente teria muito a dizer sobre o tema.

Neste diapasão, é necessário discutir imensamente antes de tentar mudar – de verdade! – a estrutura e não há que temer as eventuais deficiências do Parlamento e os jogos políticos, muito menos fazendo de conta que eles não existem ou não têm importância porque junto não dizem respeito à questão. Por esta dimensão é inescurecível discurso político aquele que avança contra uma reforma global com a idéia da dificuldade prática de se conseguir, no Parlamento, uma mudança do gênero, mas nenhum mal há nisso, em se fazer um discurso político; muito pelo contrário. No atual estágio do direito, espaço não há para propostas neutrais e alheias às ideologias. Com isso, todavia, desloca-se o eixo do argumento, passando a ser, antes de tudo, uma opção política o modelo da reforma. E aí é preciso ter confiança na força qualitativa e técnica dos juristas, capazes (por que não?) de armar, desde premissas sólidas, uma estrutura que se não consiga mexer, quanto à substância, por interesses antidemocráticos.

Eis a razão pela qual não se pode deixar de sustentar que um *projeto global consistente* refletindo seu tempo, há de vingar como, diga-se de passagem, ocorreu na Itália, em que pese os vinte e cinco anos de discussões, com inúmeras atualizações, sem se perder o rumo, justo porque se manteve a unidade. Há de abrir mão (algo não muito fácil em um país como o nosso, sempre marcado pelo imediatismo da glória, mormente em tempos de extremado individualismo narcíseo), por evidente do açodamento, da pressa de se produzir uma reforma para o dia anterior. Pisapia, para infelicidade de todos, não teve tempo para desfrutar o Código de Processo Penal italiano de 1989; mas não será menos laureado por isso. Quanto aos *guardasigilli,* foram tantos no longo período da gestação do Código, mas não importavam realmente enquanto o valor primeiro fosse a nação italiana, sem embargo de que Giuliano Vassali, Ministro da época da promulgação, não só fosse extremamente respeitado por ser um grande político, como, sobretudo, porque era, e é, um penalista de primeira linha, que pode, com toda a tranqüilidade, ser esquecido como ocupante momentâneo do cargo naquele momento. Serve, aqui, como advertência, antológica análise de Cordero sobre as *macchine giudiziarie:* '(...) ogni causa é politica, inutile dirlo. Organo e funzione sviluppano delle strutture. Era tutto contenuto nella protocellula. Qui non attecchiscono invenzioni stravaganti: gli istituti distinati a lunga durata nascono organicamente dal metabolismo politico; ogni sistema sottintende uma cultura, buona, scadiziario. Restano fuori le prassi, su cui capiremmo poco se ignorassimo i meccanismi infralegali del potere: l'apparato penale ne cova uno temibile; che sia esercitato in forme più o meno asseticamente disinteressate, dipende dalla qualità delle persone e dall'imprinting corporativo. Naturale che ogni tanto qualche stregone politico tenti interferenze'. Se é assim com os órgãos jurisdicionais, por que haveria de ser diferente com a elaboração legislativa, onde são chamados diretamente a dizer sobre o assunto? É preciso, então, cautela; muita cautela, ou seja, reduzir os espaços de interferência ao máximo possível, o que só se alcança com uma maior solidez da base epistêmica" (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais". In: Alexandre Wunderlich (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo.* Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002. p. 140-143).

das garantias fundamentais que estão fincadas na Carta que Ulysses Guimarães, com orgulho, um dia chamou de Cidadã.

Caso os doutos entendam que o Ministério Público deva poder,[76] em tais ou quais condições, dirigir investigação criminal,[77] com a tal competência/atri-

76. E eles querem –mas quem tem que querer é o povo, representado pelo Congresso Nacional! – pois vemos, nos idos de 2002, expressa manifestação de vontade da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, em documento endereçado ao Presidente da Câmara dos Deputados, o hoje Governador Aécio Neves (<http//:www.conjur.com.br>. Acesso em: 29. nov. 2003) e na Carta de Florianópolis, resultado do XX Encontro Nacional dos Procuradores da República (<http//:www.conjur.com.br>. Acesso em: 29 nov. 2003).

77. Cláudio Fonteles, antes de ser investido nas funções de Procurador-Geral da República, em artigo escrito recentemente, denominado "Investigação preliminar: significado e implicações" (apud *Boletim dos Procuradores da República*, ano III, n. 35, p. 18-21, mar. 2001), ao comentar a reforma do Código de Processo Penal que pelo Congresso Nacional tramita, se mostra favorável à manutenção de uma investigação preliminar ("tradicionalmente, essa etapa vem sendo cumprida pelo *inquérito policial*",afirma), não sob o manto dos Juizados de Instrução (como pensamos também), mas com a atuação decisiva do Ministério Público (desde que, repita-se, se venha criar o Juiz das Garantias, que fiscalizará as atividades do *Parquet*), e, para tanto, se socorre de escólios do Prof. Aury Lopes Jr., que, neste aspecto, assevera:

"A tramitação da investigação preliminar deve acontecer direta e desburocratizadamente entre Ministério Público e Polícia de Investigação.

Com isso, a Polícia de Investigação, no Estado Democrático de Direito, como órgão da Sociedade, e não departamento da estrutura centralizada a Administração Pública, leia-se do Poder Executivo, longe ficará das inevitáveis pressões político-partidárias, e, assim, Polícia e Ministério Público, poderão, juntos, e de forma muito mais célere, efetiva e independente, responder aos anseios de Justiça criminal que não seja seletiva, sempre em detrimento do mais fraco, do excluído, mas contemple a todos, sem injunções preconceituosas.

O Estado Democrático de Direito é o que impõe limites a si próprio, e essencialmente na sua tarefa administrativa – Poder Executivo –, não só para que a pessoa humana dotada de garantias efetivas, até que aconteça o ato final de privação de sua liberdade, se assim concluir judicialmente, mas também para que a sociedade, comprometida com os valores de Justiça e Paz, únicos capazes de a todos propiciar igualdade e as oportunidades, possa voltar-se contra quem quer que seja – ricos e pobres – que, por condutas ofensivas da vida, do patrimônio público e privada da saúde, do meio ambiente etc., comprometam o viver em sociedade".

Ou seja, Fonteles reconhece duas coisas primorosas: uma, admite que o procedimento preliminar criminal vem sendo cumprido pelo inquérito policial (não diz, em momento algum do artigo, que o Ministério Público, com a tal pseudo-atribuição/competência concorrente/supletiva que hoje ele diz possuir, possa fazer às suas vezes) e, duas, que polícia e Ministério Público devam caminhar juntos (juntos, quer dizer, lado a lado, e não um usurpando as funções do outro), pois não há se admitir "que o titular exclusivo da ação penal pública, quem, portanto, elabora e apresenta a pretensão punitiva ao juiz fique divorciado, alheio, ao trabalho de investigação prelimi-

buição concorrente/supletiva, como queiram batizá-la, passo subseqüente será, em primeiro, suspender o andamento das propostas legislativas que tramitam pelo Congresso Nacional a inovar as regras da investigação criminal, em especial o Projeto de Lei 4.209/2001 (os outros também), elaborado por comissão presidida pela Profa. Ada Pellegrini Grinover, para, em segundo, ouvida a comunidade científica,[78] se produzir emenda constitucional, pois a alteração, porventura pretendida, não poderá vir em leito ordinário[79].

Nesse momento, fazendo eco com Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, em nada adiantam reformas parciais, faz-se, de há muito, imprescindível uma

nar". Nesse particular, forçoso concordar com Fonteles, até porque a Constituição e todas as demais leis assim exigem. Ninguém pretende, tampouco pretendeu um dia, um Ministério Público inerte. A sociedade civil reconhece sua relevância, mas, em contrapartida, exige desse órgão o cumprimento dos princípios que estão a nortear o Estado democrático de direito, destacando-se, por todos, o do devido processo legal, que veda ao *Parquet*, por falta de competência/atribuição constitucional e legal, investigar crimes, salvo os perpetrados por membros da instituição.

78. É dizer que, conforme regras que norteiam o Estado Democrático de Direito, não se pode admitir, nem ao longe, que reforma de tamanha envergadura venha a ser realizada de afogadilho, dado que virá alterar, sobremodo, todo o arcabouço processual penal até então vigente em terras brasileiras.

79. O Prof. René Ariel Dotti (Disponível em: <http//www.paranaonline.com.br>. Acesso em: 1.º fev. 2004) revela que, em 18.12.2003, a Dra. Maria Teresa Uile Gomes, que chefia o *Parquet* no Paraná, lhe apresentou, quando ele esteve palestrando, em Curitiba, a convite do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça, sobre a matéria ora enfocada, "um esboço de projeto de lei complementar, regulando o funcionamento dos PAIC [Procedimento Administrativo Investigatório Criminal] e com a previsão de garantias para os investigados[!?] e para o objetivo da verdade material". Nesse passo, indaga-se com muita veemência: projeto de lei complementar a quê!?, já que a Constituição não cometeu tal função ao legislador ordinário!, bastando, para comprovar o que se afirma, mencionar-se a PEC 197/2003, subsscrito por contumaz propagandista dos poderes investigatórios criminais do *Parquet*, desde os tempos em que chefiou, por duas vezes, a Procuradoria Geral de Justiça e a Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro. Confia-se que o Prof. Dotti, no auge de sua sapiência, ainda que ferrenho crítico, não só do inquérito policial – "O Ministério Público e a Polícia Judiciária: relações formais e desencontros materiais". *Ministério Público, direito e sociedade*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986. p. 121-144 –, como nos induz pensar o memorial apresentado pelos procuradores-gerais de justiça), mas, sobretudo, de todo o sistema penal e processual penal vigente, é patentear), mas um garante por excelência, na análise que pretende realizar, não alterará sua opinião sobre a inconstitucionalidade de tais procedimentos, por ele já esposada quando da decisão do Grupo Diretor da AIDP/BR (ver nota 81), por ele presidida, pondo no chão discussões inúteis, tudo em respeito ao Estado Democrático de Direito.

reforma de todo o sistema legal pátrio.[80] Mas, para tanto, é necessário que o Judiciário comece a interpretar o CPP à luz dos princípios fundamentais estatuídos pelo legislador constituinte de 1988. Sem a efetividade dessa leitura, serão produzidas leis, leis e mais leis que não solucionam e nem solucionarão os problemas sociais, embora estas sejam vendidas, pelos oportunistas de plantão, como remédio salvador. Quem sabe através de lei delegada, onde seriam delimitadas as diretrizes comuns – epistêmica e constitucional – fixaríamos as regras a serem observadas na elaboração de anteprojetos, projetos de lei e de emenda constitucional. Sem isto, pensa-se, chegaremos ao caos. Perdão, por já estarmos no caos, a Lei Delegada seria medida de ordem.

Com efeito, parlamentares do PT, o que lidera a proposta é ex-procurador-geral de justiça, ex-presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em ambos, tendo exercido dois mandatos, sendo notória sua obstinação pelos poderes de investigação do *Parquet*, em setembro de 2003, encabeçarama PEC 197/2003, que pretende "dar nova redação ao inc. VIII do art. 129 da Constituição da República que dispõe sobre as funções institucionais do Ministério Público", o qual, então, passaria a viger como se segue: "[Cabe ao Ministério Público] *promover investigações* [nasceria, aqui, a competência, depois da tramitação legislativa que está ainda em fase embrionária, porventura a emenda venha a ser promulgada pelo Congresso Nacional], requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais".

À guisa de justificativa, enfatizam que:

"A proposta de Emenda à Constituição em epígrafe, visa a permitir, de forma expressa, que o Ministério Público promova procedimentos investigatórios.

80. COUTINHO, J. N. Miranda. "Efetividade do processo e golpe de cena: um problema às reformas processuais". In: WUNDERLICH, Alexandre. *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002.

O tema diz respeito a uma das mais importantes atribuições dessa Instituição e de fundamental importância para a persecução penal: a investigação de infrações penais.

Vivemos tempos em que as tendências de criminalidade se definem por um acréscimo de condutas delituosas e por fenômenos de organização e internacionalização que sofisticaram o *modus operandi* dos criminosos obrigando os Estados a aperfeiçoarem as estruturas de resposta.

Acrescente-se a isso, as transformações operadas nas condições tecnológicas e culturais com a velocidade imprimida à circulação da informação, a globalização do conhecimento e o reforço do papel reconhecido à opinião pública, constituindo uma nova realidade para a qual são necessários diferentes instrumentos de diagnóstico e intervenção.

Por esta razão, a Organização das Nações Unidas, o Conselho da Europa e as instituições como a Associação Internacional para o Direito Penal[81] têm aprovado princípios ou recomendações que apontam para a necessidade de as polícias realizarem a investigação criminal sob a direção de uma autoridade judiciária ou de um órgão encarregado do exercício da ação penal.

Ressalte-se que a investigação criminal inclui-se nas funções de defesa da legalidade e de garantia da segurança e dos direitos dos cidadãos, não se aplicando à investigação criminal a discricionariedade que caracteriza, em geral, os poderes de polícia, realizando-se sempre de forma vinculada. Isto porque a repressão criminal comporta riscos graves de erosão dos direitos

81. O que não corresponde a realidade, porque, em 02.02.2004, o presidente do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal, Prof. René Ariel Dotti, atendendo específica solicitação do autor sobre o tema enfocado, registrou que, na última reunião do Conselho Diretor da AIDP, realizada no Rio de Janeiro, em 09.01.2004, aprovou "relatório apresentado pela Dra. Luciana Boitexaux a respeito do tema da Investigação Criminal pelo Ministério Público. Apesar do aludido trabalho estar ainda em fase de discussão no seio do Grupo, já existe consenso no sentido de que o Procedimento Administrativo Investigatório Criminal, no seu modelo atualmente em vigor, ofende o princípio do devido processo legal, além de outros declarados na Constituição. (...) Por outro lado, o Grupo Brasileiro não tem conhecimento de qualquer pronunciamento da AIDP a respeito de competência e atribuição funcionais para a investigação criminal que assume contornos próprios de direito processual interno".

individuais e exige, portanto, instrumentos processuais que não permitam que se converta em arbítrio.

Cumpre mencionar, também, que a Constituição Federal em seu art. 144, § 4.º, atribui à Polícia Civil a apuração de infrações penais, exceto de natureza militar, ressalvada a competência da União. Entretanto, tal atribuição não se dá em caráter privativo, sendo esta a correta interpretação deste dispositivo.

A Constituição não deu exclusividade na apuração de infrações penais apenas a uma instituição, basta referir que em outro dispositivo (art. 58, § 3.º) dá poderes à Comissão Parlamentar de Inquérito para investigação própria [CPI não investiga crime!, já se disse].

Nesse sentido, como titular do *jus puniendi*, nada deve impedir que o Ministério Público, além de requisitar informações e documentos para instruir procedimentos, promova atos de investigação para a apuração de ilícitos penais.

Assim, a presente proposição tem suporte no reconhecimento de que, nos tempos atuais, a soma de esforços no combate à criminalidade é imprescindível para vencê-la, e a circunstância de a Constituição expressamente prever esta competência atende à necessidade de fortalecimento de papel do Estado, ante o enfraquecimento gradual, mas inevitável, do controle social exercido pela família, pelos grupos e pelas instituições".

Pronto, talvez, agora – com o explícito (desculpem-nos, mas já nos parecia tão explícito) reconhecimento de que o *Parquet* não goza de qualquer atribuição/competência concorrente/supletiva para promover diretamente investigações de índole criminal (no particular, explicitado por mega-ideólogo das funções investigativas criminais do Ministério Público,) –, tenha o Congresso Nacional dado mais um passo para , depois ouvida a comunidade jurídica, enterrar, mais uma vez, a pretensão ministerial.

O poder exige limites, porque, na falta destes, encontraremos solo fértil para o arbítrio e a prepotência, por todos execrados. Tal freio poderá ser dado,

acaso esta seja a opção legislativa, criando-se o chamado "Juiz das Ggarantias",[82] aquele que exercerá o pleno e efetivo controle externo dos atos ministeriais investigativos, com o fim de ver respeitada a paridade de armas, corolário do devido processo legal, quando, então, e somente então, poder-se-á responder, com a segurança jurídica que deve nortear o Estado Democrático de Direito, que a sociedade, de fato, não tem (mais) medo do Ministério Público.[83]

Enfim, muitas águas revoltas vão rolar... e como vão rolar... enquanto isso...

13. Uma (possível) conclusão: mas será permitido concluir?

Enquanto isso, teremos de estar preparados a enfrentar, com todas as forças, colando todos os cacos d'alma ainda existentes, argumentos falaciosos, sensacionalistas, oportunistas, por vezes misturados, subliminarmente ou não, a espúrios e inescrupulosos interesses eleitoreiros ou oligárquicos, sobretudo quando acesos os holofotes da mídia-marrom,[84] no sentido de que a segurança pública "faliu", a polícia judiciária "faliu" e é corrupta, não está apta e equipada para apurar, com a velocidade da luz, de preferência, os chamados crimes decorrentes de organização criminosa, de corrupção, evasão de divisas, sonegação fiscal etc. Por estes motivos e tantos outros mais, deve o Ministério Público, dito e/ou preten-

82. Aquele que, falando de forma muito singela, exercerá o controle direto dos atos praticados por membros do Ministério Público, com o precípuo fim de coarctar, de plano, abusos que poderão vir a ser praticados pelo promotor investigante, isto sem falar, ser prudente que este magistrado, tenha competência para, entre o oferecimento da denúncia e seu recebimento (vindo ela ou não de investigação ministerial, aqui restando incluídos, também, os chamados "processos de surpresa", quais sejam, aqueles que são inaugurados com base em peças de informações, realizar uma audiência prévia, regida sob a égide do contraditório. Recebida a denúncia, sempre em decisão fundamentada, os autos deveriam ser encaminhados à livre distribuição, respeitando-se, neste passo, o princípio do juiz natural.

83. O *Parquet* deve ser respeitado, jamais temido. Seus poderes devem ser amplos, mas não absolutos, como sustenta, com acerto, o jovem criminalista Marcio Palma.

84. Por todos, ver: BATISTA, Nilo. "Mídia e sistema penal no capitalismo tardio". *RBCCrim* 42/242-263, São Paulo: RT, jan.-mar. 2003.

dido "Quarto Poder", ascender ao patamar mais alto do Poder Público, a todos substituindo, porque seus jovens e idealistas representantes são os únicos incorruptíveis o bastante para, em defesa da sociedade, combater, sem destemor, a criminalidade que, a cada dia, com os nefastos efeitos da globalização, se organiza, se estrutura e cresce, atingindo as pequenas, médias e grandes cidades desta República terceiromundista (mas isso, é bom dizer, não é privilégio nosso). Quem a esse discurso se opuser, é porque tem interesses diversos daqueles que deveriam nortear a mente de um cidadão probo. Isso quando não merece, sem direito a defesa, a pecha de integrar/beneficiar, desta ou daquela forma, os tão temidos grupos criminosos. Esse enredo, de tão velho, é de todos conhecido e utilizado, e como foi, pelos governos ditatoriais que comandaram os destinos brasileiros durante o regime militar. Nesse passo, recomenda-se ler Maria Lúcia Karam.[85]

Porém, há que se reconhecer, com tristeza, que estas mensagens alarmistas não foram extirpadas e ainda são usadas amiúde, principalmente nos momentos em que qualquer voz altiva se levanta para falar, em alto e bom som, que o Ministério Público tem de ter seus atos vigiados e limitados pela lei, como de resto, qualquer ente do Poder Público. O *Parquet*, por mais importante, não está acima das leis.

Assim aconteceu recentemente com o Min. José Dirceu, Chefe da Casa Civil do Governo Luiz Inácio Lula da Silva, acusado pelo presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, Procurador de Justiça fluminense Marfam Martins Vieira, em razão de rumores, posteriormente desmentidos pela assessoria do ministro, de que o governo estaria planejando, na reforma do Judiciário, diminuir os (inexistentes, salvo a exceção à regra) poderes de investigação do *Parquet*. Bastou a fagulha do disse-me-disse para que Vieira lançasse mão do mordaz argumento:

85. KARAM, Maria Lúcia. "A esquerda punitiva". *Discurso sediciosos:* crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996. ano 1, n. 1, 1.º semestre de 1996.

"Se ele [Dirceu] mudou de posição de forma tão radical, certamente fez uma mudança ruim, porque deixou de estar do lado da sociedade para se perfilar ao lado de Fernandinho Beira-Mar, Hildebrando Pascoal, Nicolau dos Santos Neto e outros tantos integrantes do crime organizado. (...) O Ministério Público fraco, que não tenha a seu dispor o arsenal jurídico necessário para defender a sociedade, só interessa aos que estão à margem da lei".[86]

Em monografia que mereceu chancela do IBCCrim, a Profa. Débora Regina Pastana,[87] abordando a denominada cultura do medo, com muita propriedade, a desmistifica, informando-nos que é importante "nos distanciarmos destas fantasias políticas de segurança-total" (e, conseqüentemente, de apuração total das infrações penais),[88] agora partilhadas pela direita e a esquerda. Diz a autora:

"Loic Wacqüant nos remete à reflexão dizendo que 'o que carece está em jogo na escolha entre a edificação, por mais lenta e difícil que seja, de um Estado social e a escalada, sem freios nem limites, uma vez que se auto-alimenta da réplica penal, é simplesmente o tipo de sociedade que o Brasil pretende construir no futuro: uma sociedade aberta e ecumênica, animada por um espírito de igualdade e de concórdia, ou um arquipélago de ilhotas de opulência e de privilégio perdidas no seio de um oceano frio de miséria, medo e desprezo pelo outro (...)'.

Cidadania, democracia e direitos, mesmo quando confrontados com desigualdade, miséria e exclusão social, revelam o caminho possível de luta política e de busca de autonomia. Não há processo de desenvolvimento de direitos sem compromissos democráticos explícitos em torno da redução da

86. FREITAS, Silvana de. "Associação de Promotores faz crística a Dirceu". *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 18.12.2003, Brasil, p. A-5.

87. *A cultura do medo:* reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: Método, 2003. p. 89.

88. Ver, *sub* o tema, THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?* O crime e o criminoso – entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

iniqüidade social, o que certamente implica o fortalecimento da sociedade civil e não do Estado.

O fortalecimento do Estado não diminui a insegurança social, uma vez que atua diretamente contra os criminosos e não contra as causas do crime. Tal insegurança é também o instrumento de autoritarismo para que sempre a força seja desejada socialmente e prometida politicamente. Toda a ideologia de segurança total, longe de restaurar a tranqüilidade, apenas gera incivilidades, afastando o indivíduo de sua condição de cidadão".

Em relação à parte desse discurso punitivo, que em nada contribui para o aperfeiçoamento do Estado de Direito Democrático, tivemos a oportunidade de reconhecer, noutra ocasião, que:

"O brasileiro não vive em paz. Diariamente se depara com o noticiário que faz da violência a sua razão de ser. Cada crime, uma midiática 'sentença condenatória irrecorrível'. Se ele for cruel ou se a vítima é afortunada, o tom é virulento e a pena sem limite. Paredão é dádiva dos justiceiros. São os juízes paralelos. Eles julgam. Não são julgados. Sobrevivem, sem pudor, da tragédia humana. O 'furo' e o discurso eleitoreiro ganham manchetes à custa das dores dos vitimados.

O tema não varia. Violência pela manhã. Violência à tarde. Violência à noite. Ela dá ibope e todos a temem. Ninguém a quer por perto. Câncer do qual se crêem imunes. Poucos admitem encontrar remédio com especialistas. Preferem, sem base ou com base científica distorcida de países primeiromundistas (Itália não é Brasil e Manhattan não é Rio de Janeiro), vender à população solução milagrosa: o fim da criminalidade com o aumento das penas. Cadeia, sustentam os defensores do rigor penal. Nesta seara não existem milagres, por fervorosas que sejam as rezas. Criminalidade não se combate com lei. Por ser fenômeno humano, não tem fim, tem controle. Controle depende de política governamental séria e ininterrupta. Esta jamais implementada nos últimos governos, que optaram pelo neoliberalismo, abandonando espaços sociais nos quais a presença do Estado se fazia, e se faz, imprescindível. Depois de José Carlos Dias e Reale Jr., temos, mais

uma vez, com o Min. Márcio Thomaz Bastos, a esperança de ver frutificado o sonho de gerações.

Exemplo desta propaganda enganosa são os crimes hediondos (pura criação mental dos legisladores patrícios) que datam dos anos 1990. Há mais de década o seqüestro e o tráfico de entorpecentes passaram a merecer tratamento severo. As penas são graves e o apenado ceifado de benefícios durante sua execução. A incidência destes crimes diminuiu? Não. [Será que, se o Ministério Público for o investigante, serão apurados com maior presteza e eficácia?, indagamos agora e já respondemos negativamente.]

O Brasil é vítima da desigualdade social. Esta é um dos pilares da violência. Há que se diminuir o fosso que separa os que tudo têm dos que nada têm. Mas, de outro lado, urge investir na Polícia, no Judiciário e no Ministério Público. Urge, também, seja instalada, país afora, a Defensoria Pública, única instituição capacitada a franquear aos excluídos o pleno exercício da cidadania, espinha dorsal do Estado Democrático de Direito".[89]

Claro está, e até seria desnecessário qualquer marcação, que aquele não é o enfoque utilizado pelos juristas antes citados, por nós muito admirados, os quais, com a liberdade exigida no debate de idéias, se contrapõem a nós neste tema com muita elegância e ética. Mas não há como deixar de reconhecer que segmento, muito barulhento do Ministério Público e de outros setores representativos da sociedade civil, se utiliza deste artifício – sem pudor e impunemente – porque de forte apelo popular.[90]

Tampouco, é bem dizer, que não estamos nos referindo, nem de passagem, ao então presidente do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça (que acumulava a chefia do *Parquet* mineiro) e aos vinte e seis Procuradores-

89. VIEIRA, Luís Guilherme. "Esperança sem terror". *Carta Capital* 243/71, ano IX, São Paulo, 04.06.2003.

90. JUNQUEIRA, Aristides. Apud DINIZ, Laura. Op. cit.

Gerais de Justiça que subscreveram o já referido memorial,[91] embora esses tenham registrado para validar a investigação "parquetária", expressão cunhada, a fórceps, pelo Prof. Alexandre Wunderlicho seguinte:

"(...) as exigências da segurança pública têm colocado sob constantes críticas e análises as funções da *polícia judiciária e do Ministério Público*. As instâncias formais de controle da criminalidade têm passado por profundas crises com o aumento da delinqüência violenta e, não raramente, com o desgaste dos órgãos encarregados da aplicação da lei penal. A própria legislação e Justiça Criminal exigem reformas para a sua adequação à realidade. O Código de Processo Penal prevê tímidas hipóteses de atuação do Ministério Público na repressão da criminalidade. O nosso procedimento criminal, por exemplo, representa um tortuoso itinerário para a busca de uma justiça rápida e eficiente. O sistema adotado deixa a desejar quanto à eficácia e agilidade das investigações. Embora protagonistas da mesma atividade de persecução penal, a interdependência entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público é muito deficitária, quando não rejeitada completamente.

(...)

Como se vê, mostra-se anacrônico e contraproducente o entendimento de que a atuação do Ministério Público na fase preparatória da ação penal restringe-se a requisitar diligências investigatórias e inquérito policial sempre que necessitar coletar dados para formação de seu convencimento. Por isto, não se pode coarctar as funções do Ministério Público na prevenção da criminalidade, em busca da celeridade, do aperfeiçoamento e da indisponibilidade da persecução penal.

(...)

Por outro lado, é necessário lembrar que diversas situações recomendam a intervenção do Ministério Público, por sua independência em relação aos demais Poderes do Estado, desde a fase preparatória da ação penal, realizando investiga-

91. Disponível em: <http//conjur.uol.com.br/textos/14807/>. Acesso em: 14 nov. 2003.

ções próprias. Não é raro ver-se policiais que são responsáveis pela prevenção e repressão da criminalidade envolvendo-se com o crime organizado e na prática de atos de corrupção com o objetivo de impedir a investigação de delitos, bem como cometendo atos de violência (por exemplo, tortura) ou abuso de poder. Em outras situações, os próprios chefes dos policiais (por exemplo, Secretário de Segurança, Delegados de Polícia) podem ser os responsáveis pelas ações criminosas. Da mesma forma, não se pode olvidar da criminalidade presente no Poder Público (peculato, desvio de verbas, corrupção etc.). Nestes casos, entre outros, é inegável que a própria atividade de polícia judiciária poderá falhar, quando não for omitida".

Para responder os argumentos, valem muito reproduzir as abalizadas lições de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho,[92] que, já nos idos de 1994, no exercício das funções públicas que desempenha na Procuradoria Geral do Estado do Paraná, provocado por consulta, formalizada pelo à época Delegado-Geral da Polícia Civil daquele Estado, acerca da Resolução 97/1994, da Procuradoria Geral de Justiça também daquela unidade federativa, a qual instituía a Promotoria de Investigação Criminal – que passaria a atuar junto à Central de Inquéritos, esta criada pelo Decreto Judiciário 543/1993 – ao mesmo tempo em que concluía ser referida norma administrativa inconstitucional, assim fundamentava seu sempre lúcido e coerente pensamento:

"Antecedente psicológico, portanto, à análise do tema, é a desmilitarização do pensamento quando do tratamento de questões que envolvam o poder da polícia, mesmo porque, ainda hoje, infelizmente, não são poucos – e normalmente os serviçais do Poder e do *status quo* – que vêem os Delegados de Polícia em nível inferior, partindo de um *a priori* negativo. Esquecem-se, tais desavisados, que os Delegados de Polícia, como estabelecido em lei, são tão bacharéis em Direito

92. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "A inconstitucionalidade de lei que atribua funções administrativas do inquérito policial ao Ministério Público". *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba (2), ago. 1994, p. 447-449 e 451.

quanto os Magistrados e os promotores de Justiça, separando-se, quanto a este aspecto, e tão-só, a realização e aprovação em concursos públicos diversos. No mais, cada carreira tem suas peculiaridades, suas vantagens, seus níveis e extensão do poder e suas desvantagens, típicas do exercício da própria função. Por isso, se ao magistrado está delegado o poder jurisdicional e, aí, como função principal, aquela de julgar (sobre relevância que sobressai deste mister frente às demais carreiras (...) às autoridades policiais coube encampar o dever do Estado de oferecer segurança pública, não poucas vezes com a vida, longe dos gabinetes, luxuosos ou paupérrimos, mas distantes dos conflitos letais".

Rematando Jacinto Nelson, com a força e a alma de um garante de estirpe:

"Tem-se, portanto, como fundamental, a conservação da estrutura do Ministério Público na forma como concebida na Constituição Federal de 1988, pelo menos até que a sociedade brasileira, por si só, assuma a sua própria defesa, por suas organizações não-estatais. Há, todavia, até tal ponto, um longo processo, como um percurso sinuoso, não poucas vezes incompreendido, até porque fere privilégios de alguns, em favor dos interesses da maioria. Para tanto, é preciso que se pense sistematicamente: a democracia exige que cada um cumpra o seu papel; mas trate de não avançar naquele demarcado aos outros, sob pena de se consolidar uma sobreposição que só faz prejudicar, até porque não permite que se definam as responsabilidades. O pior, porém, é quando essa tentativa, em verdade inadmissível, decorre da desconfiança, da suposição de que o 'outro' não cumpre, por infindáveis motivos, o seu papel. E tudo, pela outra face da questão, também pela suposição de que quem se sobrepõe assim o faz porque se imagina capaz de fazê-lo. A mudança, em tal situação, não tem qualquer procedência, ou melhor, é prejudicial (...). 'Por isso, se não consigo amarrar o juiz pela lei, se não consigo trancá-lo por um garantismo mentiroso (que no fundo só serve para legitimar o status quo da sociedade, para legitimar as camadas da sociedade, que se digladiam na produção normativa), se não consigo alterar essa forma, não há outra solução a não ser partir para a possibilidade oposta e, por ela, buscar soluções. Os juízes,

entretanto, precisam ser acreditáveis: e é preciso acreditar nos juízes, mas também nos promotores de Justiça, delegados de polícia e assim por diante. E a razão é simples: mesmo que se desconfie, não adianta nada. Não adianta, por exemplo, querer bitolar o delegado de polícia porque, se ele entender que o caso noticiado não é crime, não faz inquérito policial; e toda a estrutura da justiça penal cai de joelhos quando se rasga a papelada da comunicação do crime e se joga no lixo. Não podemos, portanto, fazer de conta que a coisa não existe, porque ela está lá; todos os dias e todas as horas; e está acontecendo agora; e a isso não podemos ficar omissos, divagando tão-só em belos discursos sobre o dever ser.' A sobreposição, destarte, é um ledo engano. No caso em discussão, quem arriscaria dizer que o Ministério Público, deixando de lado, por vários de seus órgãos, as relevantes funções que lhe foram atribuídas pela Constituição Federal, deverá perquirir melhor que as autoridades policiais? Ora, tal pensamento chega até a ser ingênuo. Para tanto, basta ver que a hipótese (por óbvio, dentro da estrutura atual do nosso processo penal), que conduz (ou conduziria) a um Juizado de Instrução, de todo indesejável por isso. Afinal, como demonstrou Franco Cordero, com genialidade que lhe é peculiar, não importa quem faz o papel de inquisidor (a função, epistemicamente, conduz o agente), sendo sempre idêntico o resultado (...). Por outro lado, é preciso também questionar até que ponto o próprio Ministério Público tem cumprido a contento com as funções que o legislador constituinte lhe acometeu, *v.g.*, indagando quantos foram os órgãos que deduziram ações em defesa de interesses difusos ou coletivos; e a resposta não pode ser outra que não aquela que se refere a uma tímida atuação. Se é assim, embora pareça singelo, faz-se mister indagar se não é o caso do Ministério Público tratar de cumprir com total eficácia as suas atribuições, pelo menos antes de se arvorar a querer ocupar espaços legalmente atribuídos a outras instituições.

(...)

Afinal, sabem todos que a apuração de infrações penais é a função mais relevante da Polícia Judiciária, quase sua própria razão de ser e, enfim, imanente

a ela. Retire-se, portanto, desta, aquela função e teremos um órgão reduzido a expedientes burocráticos sem escopo. Por todos, veja-se a lição de José Afonso da Silva: 'A polícia civil, dirigida por delegados de carreira, em cada Estado, incumbe as funções de polícia judiciária, nos termos já referidos antes, e a apuração de infrações penais, exceto: a) as de competência da polícia federal no âmbito restrito já assinalado; b) as militares' (...) o qual, como referido anteriormente em seu texto, já havia delimitado o espaço de atuação: '(...) mas apesar de toda vigilância, não é possível evitar o crime, sendo pois necessária a existência de um sistema que apure fatos delituosos e cuide da perseguição aos seus agentes. Esse sistema envolve as atividades de investigação, de apuração das infrações penais, a indicação de sua autoria, assim como o processo judicial pertinente à punição do agente. É aí que entra a polícia judiciária, que tem por objetivo precisamente aquelas atividades de investigação, de apuração das infrações penais e de indicação de sua autoria, a fim de fornecer os elementos necessários ao Ministério Público em sua função repressiva das condutas criminosas, por via de ação pública'".

Só para clarificar o que Jacinto Coutinho prelecionou, vamos citar duas ocorrências recentes e que estão a demonstrar, cada uma a seu modo, a difusão do discurso absolutista e totalitário, de que só este ou aquele ente do Poder Público é capaz, por esta ou aquela razão, de combater os crescentes índices das chamadas criminalidades violentas ou sofisticadas. Aliás, este discurso, fora a tangível ameaça ao Estado Democrático de Direito, por infundado, não se sustenta, pois assentado em terreno arenoso, de nenhuma concretude, pois de há tanto sabemos que os problemas maiores não são os das instituições, mas os dos homens, que são suscetíveis, deixando-se, por vezes, seduzir a todos os tipos de influência, principalmente as nefastas influências advindas do efêmero e fugaz poder.

Em ligeira pesquisa realizada,[93] tomamos conhecimento de que, nos idos de 2000, quando em curso uma investigação ministerial que apurava as ilegalida-

93. Disponível em: <http//:www.estadao.com.br> e <http//:www.oglobo.com.br>. Acessos em: 2 nov. 2003).

des de máquinas de azar numa das capitais mais importantes do país, foi divulgado, com grande estrépito, o conteúdo de uma fita contendo a conversa de um cidadão, genro e então Chefe-de-Gabinete do Procurador-Geral de Justiça do Estado membro, com suposto "intermediário" do segmento investigado. O conteúdo dessas conversações revelou o seu possível envolvimento com o grupo criminoso e num esquema de extorsão montado para aliviar a apreensão das máquinas. Nelas, o ex-Chefe-de-Gabinete do Procurador-Geral do Ministério Público negocia o pagamento de propina para que o órgão findasse a perseguição aos empresários investigados, que estavam com suas atividades proibidas no Estado.

O nome do procurador-geral – que pediu férias de trinta dias, para que seus colegas da Corregedoria tivessem mais liberdade nas investigações inauguradas para apurar estes graves fatos, e, depois requereu a aposentadoria, pois, segundo comentou na mídia, não mais suportava as pressões que vinha sofrendo – foi citado nas conversações levadas a público e aparece como sendo o nome do "chefe de cima". De sereparar, também, que nesse *affair* foi citado, como integrante do criminoso esquema, o nome de importante político de expressão nacional, ex-Ministro de Estado e, no tempo desses acontecimentos, Secretário de Estado.

De tudo, em honra ao princípio constitucional da presunção de inocência, extrai-se, tão-somente, o delicadíssimo exemplo, porque, embora inaugurado o processo (não se sabe se contra todos) não foi ele ainda julgado .

O outro caso, de viés diferente, mas, de jeito igual, gravíssimo e revelador do abuso que pode acontecer na condução de investigações em desacordo com as leis patrícias, nos chegou ao conhecimento por intermédio de professores do sul do país.

Com efeito, depois de veiculação de matéria jornalística que estava a denunciar eventual prática de crimes de abuso do poder econômico, consistentes na formação de um cartel de empresas, Promotoria de Justiça Especializada Criminal de um dos Estados membros, instaurou um expediente investigativo em 2002.

Até novamente aflorar o fato, sempre pela mídia, o Ministério Público inquiriu, por várias vezes, os denunciantes. O próprio órgão acusador-investigador, que nunca dera qualquer ciência de seus atos (nessas investigações ministeriais de índole criminal isto é comum acontecer) e nunca inquiriu qualquer investigado, apesar de alguns destes lá terem comparecido com este fim, postulou, a juízo de plantão daquele Estado, a interceptação telefônica de mais de vinte aparelhos, e outras medidas mais, todas, diga-se de passagem, deferidas e mantidas sob sigilo, até mesmo para os advogados dos investigados, os quais só tiveram acesso aos autos depois de ter-lhes sido concedida medida liminar em mandado de segurança impetrado com este escopo.

Com base nesse arremedo de inquérito policial, a Secretaria de Defesa Econômica, que trabalhou lado a lado com o Ministério Público, determinou a instauração de procedimento em sua instância e celebrou, antes mesmo da inauguração do inquérito policial, termo de leniência.

Por fim, mas não por último, devemos rememorar que pendenga judicial de igual jaez também foi sacudida logo após a promulgação da Constituição da República de 1988. Diziam, alguns, que a Carta vigente havia recepcionado a alínea *e* do inc. II do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, motivo pelo qual não havia necessidade de lei a regulamentar a escuta telefônica (inc. XXII do art. 5.º da CF). Portanto, milhares e milhares de cidadãos tiveram suas vidas bisbilhotadas, apesar das "autorizações" judiciais, até que o Pleno do STF proclamou, determinando o trancamento do processo, nos autos da Mandamental 69.912-0-RS,[94] através do voto do progressista Min. Sepúlveda Pertence, Juiz que serve de exemplo para todos que idealizam seguir – ou exercem – a dificílima

94. Cumpre salientar, neste passo, que, levado, pela primeira vez o *writ* a julgamento, a tese restou vencida por seis a cinco. Detectado, pelo impetrante, que havia o impedimento legal do Min. Néri da Silveira, nova mandamental foi posta, e, aí, houve o empate no julgamento, prevalecendo, então, o regimento interno do STF, que, nesta hipótese, delibera a favor da tese mais benéfica ao paciente. Não fosse esta especificidade, milhões e milhões de cidadãos estariam sujeitos à invasão de suas privacidades, ou seja, a mercê de iniqüidades.

missão de julgar seus semelhantes, que a prova produzida em processo gaúcho, o qual redundou em condenação de um traficante de entorpecentes, era ilícita, bem como ilícitas eram as dela decorrentes, pois estribada, tão-somente, em escutas telefônicas "autorizadas" judicialmente.

Pronto. Sinal rubro. Milhares de *writs* a postular tratamento idêntico foram impetrados, pois, como é cediço, as provas ilícitas são inadmissíveis no processo (inc. LVI do art. 5.º da CF). Atento à problemática,[95] o então Ministro da Justiça e hoje do STF, Nelson Jobim, encaminhou anteprojeto de lei para o Congresso Nacional, o qual, em tempo recorde (ou seja, com vontade política), transformou-se na Lei 9.296/1996.[96]

Como se vê, outrora a interceptação telefônica a depender de lei e, hoje, o Ministério Público investigando crimes sem competência para tal, a pôr em risco a segurança jurídica do país, imprescindível ao cotidiano de qualquer povo que se pretende civilizado.

"Navegar é preciso" mas para as águas tranqüilas e límpidas do garantismo penal, porto seguro do Estado Democrático de Direito, mola primaz da Constituição da República Federativa do Brasil.

95. *Sub* o tema, recomenda-se a leitura da Exposição de Motivos da Lei 9.296/1996.

96. Também sensível aos infindáveis abusos cometidos pelo Judiciário nas autorizações para escutas telefônicas, mormente depois do escandaloso *affair* baiano, no qual convergiam suspeitas sobre a participação do senador Antonio Carlos Magalhães (denunciado no STF, a preambular não foi recebida), o Ministro da Justiça, Dr. Márcio Thomaz Bastos, constituiu comissão, presidida por Ada Pellegrini Grinover, que tivemos a honra de integrar, para apresentar anteprojeto de lei com o fim de substituir a lei atual. O anteprojeto já foi encaminhado ao presidente do Congresso Nacional, Senador José Sarney.

O Ministério Público pode ou não investigar? Uma análise de recente decisão do STF

Marcellus Polastri Lima

Procurador de Justiça do Rio de Janeiro. Mestre e Doutorando em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Estácio de Sá-RJ. Professor dos Cursos de Pós-Graduação da União de Escolas de Ensino Superior Capixaba-ES, Fundação Escola Superior do Ministério Público da Bahia e da Fundação Getúlio Vargas-RJ. Professor Convidado da Escola da Magistratura-RJ.

Sumário: 1. Uma decisão surpreendente – 2. Da não-exclusividade da investigação criminal pela polícia – 3. A investigação própria por parte do Ministério Público – 4. A autorização constitucional e legal para o atuar investigatório do *Parquet* – 5. Uma decisão que não se adapta a precedentes do STF – 6. Conclusão.

Resumo: Abordagem acerca da existência ou não de poder investigatório por parte do Ministério Público na área criminal, em face da Constituição de 1988 e da legislação infraconstitucional, com análise da celeuma provocada por decisão recente do STF, sendo feito um confronto com outras posições jurisprudenciais e final exame crítico.

Palavras-chave: Ministério Público – Investigação própria – Procedimento investigatório – Poderes investigatórios – Jurisprudência do STF.

1. Uma decisão surpreendente

Há pouco tempo, a comunidade jurídica nacional foi surpreendida com o resultado do julgamento, pela 2.ª T. do STF, do HC 81.326-7, do Distrito Fede-

ral, sendo relator o Min. Nelson Jobim, quando, por unanimidade, se deliberou que o Ministério Público não pode investigar, sendo a investigação policial, no Brasil, exclusiva da polícia judiciária.

Esta é a ementa do acórdão:

"Ementa: Recurso ordinário em *habeas corpus*. Ministério Público. Inquérito administrativo. Núcleo de investigação criminal e controle externo da atividade policial/DF. Portaria. Publicidade. Atos de investigação. Inquirição. Ilegitimidade.

1. *Portaria. Publicidade*

A Portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, no que tange a publicidade, não foi examinada no STJ.

Enfrentar a matéria neste tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes.

2. Inquirição de autoridade administrativa. Ilegitimidade.

A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VII).

A norma constitucional não contemplou a possibilidade de o *Parquet* realizar e presidir inquérito policial.

Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crimes.

Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes.

O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa.

Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da corporação. Chefia de polícia. Corregedoria.

Recurso conhecido e provido".

Como frisado, o julgamento trouxe surpresa e até certa perplexidade, pois o STJ reiteradamente já vinha decidindo que o *Parquet* poderia investigar infrações criminais diretamente, e o próprio STF já tinha decisões nesse sentido.

E o que mais causava espécie no acórdão era, *data venia*, a equivocada fundamentação do voto condutor do eminente Ministro-relator.

Sim, pois se baseia o Ministro-relator, para fundamentar seu voto, em precedentes legislativos e decisões do STF *anteriores à Constituição de 1988*, e, como é sabido, com a nova Constituição foi dada uma nova roupagem ao Código de Processo Penal, depurando o sistema acusatório de nosso processo penal, antes, nitidamente, de caráter acusatório misto.

Outrossim, como é intuitivo, para uma boa hermenêutica jurídica, o método histórico, utilizado pelo Ministro-relator, é o que mais pode levar a equívocos interpretativos, sendo melhor a utilização do método teleológico, junto com demais meios hermenêuticos.

2. Da não-exclusividade da investigação criminal pela polícia

De qualquer modo, a decisão foi equivocada, também, por outros motivos, seja ao exame de normas já insertas no vetusto Código de Processo Penal, seja ao exame da nova Constituição e leis posteriores a ela.

Assim é que o art. 12 do CPP dispõe que o inquérito policial deverá acompanhar a ação penal *quando sirva de base para ela*, e, destarte, se vê que poderá existir ação penal sem que tenha havido inquérito policial, ou seja, apesar de a investigação preliminar do inquérito ser feita para fundamentar a futura ação penal, o processo pode existir sem esta, o que demonstra a *autonomia* do inquérito policial, sendo no Brasil facultativa a instauração do inquérito. Assim, trata-se o inquérito de procedimento pré-processual autônomo e instrumental.

Portanto, o inquérito, pelo Código de Processo Penal, não é necessário para a instauração da ação penal, sendo sua instauração no Brasil *facultativa*, ao contrário de outras legislações alienígenas que contemplam o sistema obrigatório.[1]

1. Exemplo da obrigatoriedade na instauração de inquérito encontramos na Espanha.

Basta se atentar para os arts. 12, 27, 28, 39, 5.º e 40 do CPP para perceber que no Brasil o promotor pode dispensar o inquérito, iniciando a ação com simples peças de informação ou representação da vítima, desde que contenham os elementos indispensáveis para tal.

Partindo-se desta premissa irrefutável, não sendo o inquérito policial indispensável no Brasil, devemos nos ater a duas indagações: 1. A investigação criminal seria exclusiva da polícia no Brasil? 2. Poderia o Ministério Público, também, realizar investigações criminais?

Dispõe o art. 144, § 1.º, IV, e § 4.º, da CF:

"Art. 144. A Segurança Pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I. Polícia Federal.

II. Polícia Rodoviária Federal.

III. Polícia Ferroviária Federal.

IV. Polícias Civis.

V. Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares.

§ 1.º – À Polícia Federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:

(...)

IV – *exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União* (grifo nosso).

§ 4.º – *Às Polícias Civis, dirigidas por delegados de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares*" (grifo nosso).

Portanto, consoante expressa previsão constitucional, a *exclusividade* para *exercer a polícia judiciária* é deferida somente à Polícia Federal.

Destarte, a Constituição Federal não dá às policias civis dos Estados membros a exclusividade de apuração das infrações penais, e nem mesmo das atividade

des de polícia judiciária, pois o que faz é dizer que *incumbe* à polícia civil as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, mas sem o caráter de *privatividade*.[2]

Como já salientamos em outra ocasião: A Constituição, quando desejou dar foro de privatividade a algum exercício de função, assim manifestou-se de forma expressa, como ao dizer que cabe ao Ministério Público promover *privativamente* a ação penal pública (cf. art. 129, I, da CF).[3]

Conforme leciona Vicente Greco Filho: exceto o caso da Polícia Federal, quanto à Polícia Judiciária da União, o princípio que rege a atividade policial é o da não-exclusividade, ou seja, admite-se que mais de um órgão apure infrações penais, o que, ademais, é de interesse público.[4]

Entendemos que, mesmo em relação à Polícia Federal, o que é exclusivo é o exercício da *polícia judiciária*, e não a apuração de crimes (art. 144, § 1.º, IV), já que a própria Constituição elenca exceções à regra geral, considerando ainda que as funções de polícia judiciária não se refletem necessariamente na apuração de crimes, cabendo também auxiliar a justiça criminal, fornecer informações necessárias à instrução e julgamentos de processos, realizar diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público e cumprir mandados de prisão, na forma do art. 13 do CPP.

Consoante Aury Lopes Jr.: não dispôs a Constituição que a polícia judiciária tenha competência exclusiva para investigar, pois o art. 144, §§ 1.º, I, e 4.º, simplesmente prevê que a Polícia Federal e a Civil deverão exercer as funções de polícia judiciária, apurando as infrações penais. Não existe *exclusividade* desta

2. O próprio STF julgou que "ao cuidar das funções de polícia judiciária e investigações criminais atribuídas a Polícias Civis, o texto constitucional do § 4.º do art. 144 não utiliza o termo exclusividade" (ADIn 1517-DF, rel. Min. Maurício Corrêa, *Informativo STF* 71).

3. LIMA, Marcellus Polastri. "O controle externo da atividade policial". *Suplemento Jurídico do Diário Oficial do Rio de Janeiro*, ano III, n. 31, jan. 1991.

4. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 82.

tarefa, inclusive porque quando pretendeu estabelecer a exclusividade de competência, o legislador o fez de forma expressa e inequívoca.[5-6]

Observa Hugo Nigro Mazzilli que: "Se não se admitisse a possibilidade de apuração autônoma de crimes, por outros meios que não a polícia judiciária, haveria grave risco de inviabilizar-se, em certos casos, a apuração administrativa de algumas infrações penais".[7]

Verificado que não existe monopólio exclusivo da polícia para elaboração da investigação criminal, fica evidente que outras autoridades poderão proceder a investigações criminais, como, aliás, deflui, de maneira solar, do par. ún. do art. 4.º do CPP.

Por outro lado, na Carta Magna os arts. 129, I, VI, VIII e IX autorizam a investigação pelo Ministério Público, o art. 58, § 3.º, trata do inquérito procedido pelas Comissões Parlamentares de Inquérito e os arts. 71, 74, § 2.º, estabelecem a investigação pelo Tribunal de Contas.

Da mesma forma, leis ordinárias especiais, recepcionadas pela nova ordem constitucional, estabelecem investigações conduzidas por outros órgãos, que não a polícia judiciária, ou os substituem por elementos outros, a saber: na Lei de Falência (inquérito judicial), Lei de Imprensa (exige somente cópia do escrito ou a notificação à emissora), Lei 4.898 (basta a representação), crimes contra a saúde pública (inquéritos por autoridades administrativas alfandegárias), e no caso de detectação de prática de crimes em sindicâncias administrativas, cujas cópias deverão ser enviadas ao Ministério Público, para formação de *opinio delicti*, existindo ainda o inquérito civil, presidido pelo *Parquet*, que, *v.g.*, pode em seu bojo apurar crimes contra o meio ambiente.

5. LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 142-143.

6. Cf. arts. 22, 49 e 51 da CF.

7. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 179.

Assim, continua em vigor, plenamente recepcionado pela Constituição de 1988, o par. ún. do art. 4.º do CPP, que estabelece que "a competência (leia-se atribuição) definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função".[8]

3. A investigação própria por parte do Ministério Público

Obviamente, não sendo a Polícia Judiciária detentora de exclusividade na apuração de infrações penais, deflui que nada obsta que o Ministério Público promova diretamente investigações próprias para elucidação de delitos.

De há muito Frederico Marques defendia que o Ministério Público poderia, como órgão do Estado-Administração e interessado direto na propositura da ação penal, atuar em atividade investigatória.[9]

E afirmava o mestre:

Se é o Estado-Administração quem investiga e acusa, é irrelevante o órgão a quem ele atribua uma ou outra função. No juízo ou no inquérito quem está presente é esse Estado-Administração. Que importa, pois, que ele se faça representar, na fase investigatória, também pelo Ministério Público?[10]

Como já visto, o art. 4.º do CPP dispõe, em seu parágrafo único, inteiramente recepcionado pela nova ordem constitucional, que a atribuição para apuração de infrações penais não exclui a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a função.

Assim, exercendo o *Parquet* a investigação se posiciona na situação de autoridade administrativa, já que, aqui, não é parte, como no processo penal, e, ao

8. Observe-se que a recente Lei 9.043, de 09.05.1995, alterou a expressão "jurisdição" para "circunscrição", *caput* do referido artigo, esquecendo-se, entretanto, da equivocada expressão do parágrafo único.

9. Cf. José Frederico Marques, "Promotores no inquérito policial", *Estudos de direito processual penal*, 2. ed., Campinas: Millenium, 2001.

10. Op. cit., p. 87.

encarregar-se de apuração de infração penal, através de colheita de provas, pode o órgão do Ministério Público praticar uma gama variada de atos, e, tal como no caso de requisição de inquérito, está sujeito a controle de legalidade, podendo, inclusive, ser considerado autoridade coatora para fins de *habeas corpus* e mandado de segurança.

A atual boa doutrina é uníssona quanto à possibilidade de o *Parquet* investigar, consoante o saudoso Julio Fabbrini Mirabete, citando vários autores:

"Tem o Ministério legitimidade para proceder a investigações e diligências conforme determinarem as leis orgânicas estaduais".[11]

E, acrescente-se, isto se dá, ao contrário do que afirma o eminente Ministro-relator no acórdão citado, *na forma da Constituição e de outras leis infraconstitucionais.*

O velho Código de Processo Penal já dispensava o inquérito policial para o oferecimento da ação penal, desde que dispusesse o Ministério Público de *peças de informação*, e Tourinho Filho, considerando que o fim do inquérito é justamente o embasamento da ação penal pelo promotor, asseverava que:

"(...) desde que o titular da ação penal tenha em mãos as informações necessárias, isto é, os elementos imprescindíveis ao oferecimento da denúncia ou queixa, é evidente que o inquérito será perfeitamente dispensável (...) E não é só: o art. 27 do CPP dispõe que qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção".[12]

O inc. VI do art. 129 da Carta Magna veio solidificar esta posição, instrumentalizando o agir do Ministério Público, ao assegurar ao *Parquet* a expedição de notificações e requisições de informações e documentos *nos procedimentos de sua atribuição.*

11. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 36.

12. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Curso de processo penal.* 23. ed. São Paulo: Saraiva. 2001. vol. I, p. 178.

Trata-se, à saciedade, de coleta direta de elementos de convicção pelo promotor para elaborar *opinio delicti* e, se for o caso, oferecimento de denúncia, uma vez que, como já asseverado, não está o membro do Ministério Público adstrito às investigações da polícia judiciária, podendo colher provas em seu gabinete ou fora deste, para respaldar a instauração da ação penal.

Portanto, recebendo o promotor notícia de prática delituosa terá o poder-dever de colher os elementos confirmatórios, colhendo declarações e requisitando as provas necessárias para formar sua *opinio delicti*.

Obviamente que tais elementos probatórios terão o mesmo tratamento daqueles colhidos inquisitorialmente pela polícia, devendo ser ratificados em juízo para embasar decreto condenatório.

Nenhuma contradição ou conflito existe em relação à colheita de provas e posterior oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público, como a princípio pode parecer. A autoridade policial assim já agia no chamado procedimento judicialiforme, hoje revogado, e a parte privada pode colher elementos probatórios, a toda evidência, para embasar a queixa-crime, e nestes casos ninguém se atreve a defender a impossibilidade deste atuar.

Como bem conclui Márcio Luís Chila Freysbelen: "A investigação criminal presidida pelo promotor é absolutamente normal e amparada em lei".[13]

E, neste sentido, também, Hugo Nigro Mazzilli, se referindo ao Ministério Público:

"Seria um contra-senso negar-lhe a possibilidade de investigação direta de infrações penais, quando isto se faça necessário, seja nos casos em que a polícia tenha dificuldades seja até mesmo quando os próprios policiais, porque envolvidos em crime, tenham desinteresse na apuração dos fatos".[14]

13. FREYSBELEN, Márcio Luís Chila. *O Ministério Público e a Polícia Judiciária:* controle externo da atividade policial. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 16-17.

14. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 169.

E assim já se posicionava a jurisprudência do STJ e dos Tribunais Regionais Federais:

"Processual penal. Denúncia. Impedimento. Ministério Público.

I. A atuação do promotor na fase investigatória – pré-processual – não o incompatibiliza para o exercício da correspondente ação penal.

II. Não causa nulidade o fato do promotor, para formação da opinio delicti, *colher preliminarmente as provas necessárias para a ação penal.*

III. Recurso improvido" (STJ – RHC 3.586.2-PA, 6.ª T., rel. Min. Pedro Acioli, *DJU* 30.05.1994).

O STJ, em outra ocasião, assim dispôs:

"'O Ministério Público, como órgão de defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis (CF, art. 127), tem competência para instaurar inquérito policial para investigar a prática de atos abusivos, suscetíveis de causar lesão a tais interesses coletivos'.

A instauração de tal procedimento não provoca qualquer constrangimento ilegal ao direito de locomoção, revelando-se, por isso, impróprio o uso de *habeas corpus* para coibir eventuais irregularidades a ele atribuídos' (RHC 7.063-PR, rel. Min. Vicente Leal, *DJU* 14.12.1998).

'São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos, visando oferecer denúncia' (HC 7.445-RJ, rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* 1.º.02.199)".

E esta é a posição dos Tribunais Regionais Federais:

"*Habeas corpus* – Denúncia oferecida com base em investigações procedidas pelo Ministério Público.

1. O inquérito é, em regra, atribuição da autoridade policial.

2. O Parquet pode investigar fatos, poder que se inclui no mais amplo de fiscalizar a correta aplicação da lei (...)" (TFR 4.ª Reg., HC 97.0426750-9-PR, rel. Juiz Fábio Bittencourt da Rosa, 24.06.1997 – *DJU* 16.07.1997).

Acrescentou o TFR 4.ª Reg., no último acórdão, que "tal poder do órgão ministerial mais avulta, quando os envolvidos na infração penal são autoridades policiais submetidas ao controle externo do Ministério Público".

Dispôs, em outro julgado, o mesmo tribunal:

"Atos investigatórios realizados diretamente pelo Ministério Público. Validade reconhecida.

I – São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar informações e documentos para instruir seus procedimentos, visando oferecimento de denúncia.

II – Ordem que se denega".[15]

Hoje a matéria é, inclusive, sumulada pelo E. STJ, *verbis*: Súm. 234 do STJ: "A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia".

Mas não é só. O próprio STF também se inclinava nesta direção:

"Regular participação do Órgão do Ministério Público em fase investigatória e falta de oportuna argüição da suposta suspeição do magistrado. Pedido indeferido" (HC 75.769-3-MG, 1.ª T., rel. Min. Octavio Gallotti, v.u., j. 30.09.1997, *DJU* 28.11.1997).

Como dito *supra*, o método histórico utilizado pelo eminente relator não nos leva a um bom resultado hermenêutico, sendo melhor, em matéria de hermenêutica, a utilização do método teleológico, e conforme argumenta Aluisio Firmo Guimarães da Silva e outros:

(...) mesmo não se considerando *explícita* a autorização constitucional para que o Ministério Público conduza investigações criminais diretamente, se invocada a Teoria dos Poderes Implícitos, cunhada pela Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *MacCulloch vs. Maryland*, de inegável aplicação no

15. HC 7445-RJ, 5.ª T., rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* 1.º.02.1999.

direito constitucional brasileiro,[16] quando o constituinte concede a determinado órgão ou instituição uma função (atividade-fim), implicitamente estará concedendo-lhe os meios necessários ao atingimento do seu objetivo (atividade-meio), sob pena de se ver frustrado o exercício do *munus* constitucional que lhe foi cometido.[17]

De se ressaltar que, conforme temos insistido, *se trata aqui de investigações procedidas pelo* Parquet *através de procedimentos próprios e não de instauração de "inquérito" por este órgão*, pois inquérito é a denominação dada ao procedimento investigatório realizado pela polícia judiciária, ou outro órgão para o qual a lei determine tal nomenclatura (*v.g.*, inquérito judicial e inquérito da Comissão Parlamentar).

Importante a ressalva, uma vez que, por mais de uma vez, o eminente Ministro, em seu voto condutor, se refere "à impossibilidade do *Parquet* instaurar inquérito", *verbis*:

"(...) A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (cf. art. 129, VII). A norma constitucional não contemplou, porém, a possibilidade *do mesmo realizar e presidir inquérito policial*" (...) (grifo nosso).

Ora, não há dúvida de que o Ministério Público não pode instaurar *inquérito policial* (*sic*), o que seria até teratológico, já que o Ministério Público não é *polícia*. O inquérito é meio e instrumento para investigação por parte da polícia. O *Parquet*, quando investigar, se utilizará de um procedimento próprio, e não de inquérito policial, até porque, segundo entendemos, o atuar investigatório do Ministério Público deve ser supletivo, não se autorizando a usurpação de funções próprias da autoridade policial.

16. FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. vol. 2, p. 132.

17. Cf. Aluísio Firmo Guimarães da Silva et al., "A investigação criminal direta pelo Ministério Público", *Boletim do IBCCrim* 66, maio de 1988.

Assim, até aqui, nenhuma impropriedade no voto do eminente relator, já que, por óbvio, não pode o Ministério Público realizar inquérito policial.

Agora, no ponto em que afirma que o Ministério Público não pode realizar diretamente diligências investigatórias, é que reside o equívoco.

4. A autorização constitucional e legal para o atuar investigatório do *Parquet*

Após a Constituição de 1988, resulta indubitável que a Constituição, mesmo que implicitamente, autoriza o *Parquet* a proceder a investigações criminais, pois como argumenta Hugo Nigro Mazzilli:

"No inc. VI do art. 129, cuida-se de procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público – e aqui também se incluem investigações destinadas à coleta direta de elementos de convicção para a *opinio delicti*: se os procedimentos administrativos de que cuida este inciso fossem apenas em matéria cível, teria bastado o inquérito civil de que cuida o inc. III (...) Mas o poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível, atingindo também a área destinada a investigações criminais".[18]

Com efeito, é claro o propósito do legislador constituinte, e, ademais, podendo o Ministério Público o mais, ou seja, *requisitar a instauração de inquérito e diligências investigatórias* (hoje imperativo constitucional, previsto no art. 129, VIII), obviamente poderá o menos, ou seja, dispensá-lo, colhendo diretamente a prova.

Assevere-se que, consoante Hugo Nigro Mazzilli, subsiste, inclusive, a eventual presidência de inquéritos policiais, nos casos definidos na LC 40/81 em seus arts. 7.º, VII e 15, V, já que recepcionada neste aspecto pela Constituição.[19]

Depois da Constituição de 1988, com o advento da Lei 8.625/93, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, foram, mais detalhadamente, dispo-

18. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual...*, cit., p. 121.

19. Cf. op. cit., p. 178.

nibilizados os instrumentos para a investigação direta pelo Ministério Público, em artigos distintos, *verbis*:

"Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I – instaurar inquéritos civis *e outras medidas e procedimentos pertinentes*, e para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;

II – requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie;

III – requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;

IV – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, VIII, da CF, podendo acompanhá-los;

§ 1.º As notificações e requisições previstas neste artigo, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça".

Saliente-se, ainda, a previsão de cumprimento gratuito das requisições ministeriais e comprovação firmada pelo membro do *Parquet* para efeito de não desconto de dia de trabalho, na hipótese de requisição de empregado ou funcionário (§§ 3.º e 4.º).

A exemplo do disposto na Constituição da República, entendemos que o estabelecido no item I do art. 26 da Lei 8.625/93 refere-se *não só aos inquéritos civis, como a quaisquer outros procedimentos, sendo a expressão pertinente relativa a medidas e procedimentos condizentes com as funções do Ministério Público, e não somente aqueles procedimentos civis, conforme estabelecido no* caput *do art. 26.*

Tanto é assim que o art. 26 estabelece três modalidades de exercício de funções do *Parquet* e as conseqüentes diligências cabíveis: no item I, em relação a inquéritos civis, medidas e procedimentos (obviamente próprios da atividade ministerial); no item II, requisições em procedimentos que oficie, com instauração própria ou não; no item III, controle de legalidade e correcional através de requisição de sindicâncias ou outro procedimento em unidades administrativas e, no item IV, requisição de instauração de inquéritos à polícia judiciária ou órgão militar.

Também a LC 75/93, do Ministério Público da União, que se aplica subsidiariamente aos Ministérios Públicos dos Estados membros, por força do art. 80 da Lei 8.625/93, traz normas esparsas a respeito.

O art. 7.º, II, defere a apresentação de provas pelo Ministério Público em investigações instauradas pela Polícia Judiciária ou por autoridade militar, o que pressupõe a colheita direta destas provas em complementação àqueles inquéritos, e no item III autoriza a mesma produção de provas em inquéritos administrativos.

O art. 8.º dispõe que *para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público poderá, nos procedimentos de sua competência*:

"I – notificar testemunhas e requisitar condução coercitiva, no caso de ausência justificada;

II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

III – requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;

IV – requisitar informações e documentos a entidades privadas;

V – realizar inspeções *e diligências investigatórias*;

VI – ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;

VII – *expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar*;

VIII – ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;

IX – *requisitar auxílio de força policial*" (grifos nossos).

Como se vê, a LC 75/93, com melhor redação do que a Lei 8.625/93, não deixa margem de dúvidas quanto à operacionalização das investigações criminais diretas no âmbito do Ministério Público.

Este, também, o entendimento de Aury Lopes Jr.:

"Analisando os diversos incisos do art. 129 da CB, em conjunto com as Leis 75/93 e 8.625/93, especialmente o disposto nos arts. 7.º e 8.º da primeira e 26 da segunda, constata-se que no plano teórico está perfeitamente prevista a atividade de investigação do promotor na fase pré-processual (...) Resulta óbvio que se o legislador atribui ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública – atividade-fim– deverá conceder-lhe também os meios necessários para alcançar de forma mais efetiva este fim, de modo que a investigação preliminar, como atividade instrumental e de meio, deverá estar sob seu mando".[20]

5. Uma decisão que não se adapta a precedentes do STF

O que mais causa estranheza é o fato de que a decisão ora analisada é contraditória com posição do STF a respeito da não-exclusividade da investigação criminal por parte da polícia e do poder investigatório do *Parquet*.

20. Op. cit., p. 142-143.

Já se fez menção, aqui, ao acórdão no HC 75.769-MG, da 1.ª T. do STF, da lavra do eminente Min. Octavio Gallotti.

Outrossim, o que causa estranheza é que no HC 77.371-SP, o mesmo rel. Min. Nelson Jobim decidiu frontalmente em contrário da sua recente decisão, *verbis*:

"*Habeas corpus*. Processo penal. Sentença de pronúncia. *Prova colhida pelo Ministério Público.*

Inocorre excesso de linguagem na sentença de pronúncia que apenas demonstra a existência de indícios claros e suficientes de autoria e motiva sucintamente a ocorrência da qualificadora do homicídio. E remete ao Tribunal do Júri a solução da questão.

Legalidade da prova colhida pelo Ministério Público. Art. 26 da Lei 8.625/93. Ordem denegada" (grifo nosso).

Naquela oportunidade, em seu voto, assim fundamentou o Min. Nelson Jobim:

"Quanto à aceitação, como prova, de depoimento testemunhal colhido pelo Ministério Público, não assiste razão ao paciente, por dois motivos: a) não é prova isolada, há todo um contexto probatório em que é inserida; e b) *a Lei Orgânica do Ministério Público faculta a seus membros a prática de atos administrativos de caráter preparatório tendentes a embasar a denúncia*" (grifos nossos).[21]

Destarte, em ainda recente decisão, o mesmo eminente Min. Nelson Jobim *decidiu frontalmente em contrário da decisão ora analisada.*

Mas o que mais avulta em termos de incompatibilidade e contraditoriedade, por ir de encontro a uma decisão plenária, é o fato de que o Pleno do STF denegou liminar requerida pela Adepol (Associação Nacional dos Delegados de Polícia) na ADIn 1517-UF, sendo relator o Min. Maurício Corrêa (j. 30.04.1997, Informativo STF 69), onde era questionada a constitucionalidade do art. 3.º da Lei 9.034/95 (Lei de Combate ao Crime Organizado), conferidor de poderes

21. *Revista do Ministério Público* 9/409-413, 1999.

instrutórios ao juiz na fase investigatória –, e assim conclui o julgado (vencido o Min. Sepúlveda Pertence), *verbis*:

"A investigação criminal não é monopólio da Polícia Judiciária, pois, como ressaltado pelo relator, 'a Constituição não veda o deferimento por lei de funções de investigações criminais a outros entes do Poder Público, sejam agentes administrativos ou magistrados', o que, aliás, vem confirmar a indiscutível recepção da previsão contida no par. ún. do art. 4.º do CPP".[22]

Ora, se o Pleno do STF decidiu que mesmo o juiz, que tem a função de julgar, pode investigar, o que não dizer do *Parquet*, cuja função é promover a ação penal pública, necessitando ser dotado de meios para alcançar este fim.

E, aliás, no voto vencido do lúcido Min. Sepúlveda Pertence não passou despercebida tal conclusão, quando assevera que "com muito mais razão devemos admitir a atuação do Ministério Público na investigação própria, até porque este é titular privativo do exercício da ação penal pública (art. 129, I, da CF) e destinatário da investigação criminal".

Não se pretende afirmar que foi feliz a decisão plenária do Pleno do STF, uma vez que, para nós, o juiz constitucionalmente não está autorizado a investigar, já que vigora no Brasil o sistema acusatório, *ex vi* do art. 129, I, da CF, e restaria, de outra parte, comprometida a sua imparcialidade, vulnerando-se a regra *ne procedat ex officio*. O que se afirma é que, no momento em que o Pleno do STF reconhece que o juiz pode investigar, resulta completamente contraditório e conflitante com a orientação da Suprema Corte o julgado capitaneado pelo eminente Min. Nelson Jobim, ao afirmar, ao contrário, que a investigação é exclusiva da polícia e que o Ministério Público não pode realizar diligências investigatórias diretas. Se o magistrado, que deve ser imparcial, pode, com muito mais razão o *Parquet*, que tem a função de formar a *opinio delicti*, sendo parte na ação penal.

22. <www.stf.gov.com.br>. In: ADIn 1517-UF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 30.04.1997. Ver *Informativo do STF*, n. 69.

6. Conclusão

De se concluir pelos fundamentos *supra* que o acórdão resultante do julgamento, pela 2.ª T. do STF, do HC 81.326-7, do Distrito Federal, não resiste a uma análise mais profunda, sendo mais uma daquelas decisões infelizes.

Outrossim, não há que se dar tanto valor a este precedente, pois se trata de posição, queremos crer, isolada e que fatalmente não encontrará ressonância no STF.

Aliás, tal já se pode ver de julgamento mais recente da 1.ª T. do STF, em que, apesar de ventilar questão atinente à prisão provisória, acabou tangendo o controvertido ponto, *verbis*:

"Indeferido *habeas corpus* em que se pretendia a nulidade do decreto de prisão preventiva fundado na necessidade de garantir a ordem pública e viabilizar a instrução criminal. *O tribunal acompanhou o voto do Min. Marco Aurélio, relator, que embora considerando ilícito o depoimento de testemunha colhido pelo Ministério Público, porquanto este órgão não tem poderes para realizar diretamente investigações conforme julgado pela 2.ª T. no RHC 81.326-DF, entendeu estar respaldada a prisão preventiva do paciente em razão dos depoimentos prestados por outras testemunhas, posteriormente assassinadas. De outra parte, os Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence deixaram expresso que não consideram ilegal o fato de a testemunha ter prestado depoimento ao Ministério Público*" (HC 83.157-MT, rel. Min. Marco Aurélio, j. pela 1.ª T. em 1.º.07.2003, conforme consta do *Informativo STF* 314 – grifo nosso).

Como se vê do julgado, o eminente rel. Min. Marco Aurélio, ao tentar impor o equivocado precedente do julgado do RHC 81.326-DF, teve *oposição veemente de seus pares*, o que demonstra que a posição adotada naquele acórdão da 2.ª T. é isolada e, esperamos, sobretudo em nome de uma esperada coerência da Suprema Corte, que, em breve, seja pacificada a posição de que, obviamente, o *Parquet*, como *dominis litis* na ação penal pública, pode, supletivamente, realizar diligências investigatórias.

Sim, supletivamente, uma vez que não se defende aqui que o Ministério Público deva substituir a polícia em seu papel investigatório. Não. A polícia é que

deve, primordialmente, investigar, pois esta é a sua principal função. Ao Ministério Público cabe, em casos extraordinários, e no efetivo controle externo da atividade policial, de forma subsidiária, também investigar quando tal se faça necessário, em nome, sobretudo, do princípio da obrigatoriedade que norteia o processo penal pátrio.

4.2 Parecer

Tipicidade e causa de aumento de pena

Miguel Reale Júnior
Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Sumário: 1. Os fatos – A denúncia e a indagação – 2. Causa de aumento de pena – 3. A inobservância de norma técnica – 4. Violação do contraditório e da ampla defesa – 5. Conclusão.

1. Os fatos – A denúncia e a indagação

Sicrano e Beltrano estão sendo processados, acusados de homicídio culposo de que foi vítima Ticia. Os réus são médicos psiquiatras e atendiam à vítima, que apresentava quadro maníaco depressivo. Foi, então, prescrito à paciente o remédio, que veio a lhe causar a doença y diagnosticando-se no laudo *post-mortem* "negrose hepática submaciça".

Foram denunciados por comportamento culposo que resultou na morte da vítima, comportamento este *imperito* por não se ter diagnosticado a possibilidade da doença y; *imprudente* por não se ter tomado as cautelas necessárias como exames prévios e depois exames clínicos minuciosos e completos; *negligente* porque se limitaram os médicos a prescrever alguns exames não imediatos, devendo,

diante da toxidade da substância prescrita, serem tomados cuidados especiais, tendo faltado com a atenção que deveriam empregar no caso.

Na própria denúncia aventa-se a hipótese de concessão de suspensão condicional do processo. Quando do interrogatório, formulado o pedido de suspensão condicional do processo pela defesa, no entanto, manifestou-se contrariamente o membro do Ministério Público oficiante na vara, pois entendia que estava caracterizada a causa de aumento de pena prevista no § 4.º do art. 121 do CP, consistente na inobservância de norma técnica de profissão, com o que a pena mínima fica acrescida de um terço, sendo, portanto, superior a um ano de detenção.

O M. Juiz determinou a remessa dos autos ao promotor ofertante da denúncia para eventual aditamento quanto à capitulação do § 4.º do art. 121 do CP, mas já se antecipando o magistrado considerou que "a denúncia já descreve essa parte da imputação, somente não a tendo capitulado ao final".

O promotor denunciante limitou-se a solicitar que constasse da inicial estarem os acusados incursos no § 4.º do art. 121 do CP, porque efetivamente "o crime resultou de inobservância de regras técnicas da profissão".

Diante da mera reprodução dos termos da lei, sem especificação de qual norma técnica de profissão fora não observada, diversa do núcleo da culpa constante de uma de suas formas imputadas aos acusados, e a justificar a qualificadora, indagam os ilustres advogados dos réus se há respeito ao contraditório e à ampla defesa, para que se possa responder corretamente à imputação.

Examinados os autos, passo a dar meu parecer, analisando inicialmente a natureza da causa de aumento de pena, a necessidade do processo de tipificação e logo de imputação expressa, para depois examinar a conceituação de inobservância de norma técnica de profissão, em especial com relação ao ato médico, bem como a dificuldade de sua distinção do núcleo da culpa. Conseqüentemente, defluo a obrigatoriedade de se indicar na denúncia de forma explícita qual a norma técnica não observada, distinta da imprudência ou negligência atribuídas, de forma

a se justificar como causa de aumento de pena e a ser acrescida ao fato típico, sob pena de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

2. Causa de aumento de pena

"A causa de aumento de pena, bem como de diminuição de pena constitui uma circunstância do crime. Assim sendo, tal como anteriormente examinei com relação às circunstâncias legais, reveste-se de tipicidade e sua construção gira em torno de um valor a ser tutelado e que se acrescenta ao valor do bem jurídico expresso no tipo penal principal.

As circunstâncias legais, agravantes e atenuantes revestem-se de tipicidade e constituem modelos de modalidade das condutas, construídos em função de valores".[1]

Nas circunstâncias agravantes há um comando que se adiciona à norma incriminadora, com a ameaça de majoração da pena; nas circunstâncias atenuantes há um aviso de que a menor censura não elide o delito, mas recomenda que a quantidade penal não seja elevada.

Há, portanto, nas circunstâncias agravantes, a construção de um modo de conduta claramente tipificado e construído em torno de um *valor*.[2] Quem pratica um delito, caracterizado pela presença de uma circunstância agravante, desrespeita dois valores penalmente relevantes: o tutelado pela norma incriminadora e o reconhecido pelo tipo da circunstância reputada agravante.

Dessa maneira, é de concluir haver necessidade do processo de adequação típica para o reconhecimento de uma circunstância,[3] ou seja, a verificação da

1. Nosso verbete "Circunstâncias do crime", na *Enciclopédia Saraiva*, vol. 14, p. 411 et seq.

2. SHECAIRA, S. S. "Circunstâncias do crime". *Revista Brasileira de Ciências Penais* 23/71, ano 6.

3. TEIXEIRA DE AZEVEDO, D. *Dosimetria da pena, causas de aumento e de diminuição*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 50; SCARANCE FERNANDES, A. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: RT. p. 291.

congruência, por exemplo, entre motivo do agir e o motivo estatuído como merecedor de pena agravada, *v.g.*, motivo fútil ou torpe, bem como ter-se agido de forma a impossibilitar a defesa do ofendido.

A norma instituidora de uma circunstância descreve um dado objetivo ou subjetivo que é necessário que se constate esteja presente na ação concreta como elemento que se adiciona ao tipo nuclear, e que o legislador elege como conduzente a uma pena maior, no caso da agravante, por ferir outro bem jurídico além do bem jurídico protegido pela norma incriminadora.

As causas de aumento ou diminuição constituem, como ressalta David Teixeira de Azevedo, circunstâncias objetivas "ligadas ao tipo penal em seu aspecto descritivo e normativo e à antijuridicidade em seu âmbito objetivo".[4]

Como circunstâncias que são, as causas de aumento, para que sejam reconhecidas, necessitam ser submetidas a um processo de adequação típica, verificando-se o significado no plano da interpretação da norma para depois se constatar no plano da ação concreta se ocorreu efetivamente aquela espécie de dado constante da norma instituidora da causa de aumento. Nas causas de aumento, destaca-se uma circunstância como merecedora de uma majoração da pena, e deve haver configuração típica deste dado de realidade para, em face da adequação, justificar-se a exasperação da pena prevista pelo legislador.

É por esta razão que Scarance Fernandes considera que se deve exigir, como aliás vem a ser a atual posição doutrinária, a indicação expressa da circunstância agravante e o reconhecimento de sua adequação típica, como imposição dos princípios constitucionais do sistema acusatório e das garantias do contraditório e da ampla defesa. A seu ver cumpre ocorrer debate prévio sobre circunstância agravante e sua inclusão pelo promotor na denúncia.[5]

Na verdade, como salienta David Teixeira de Azevedo, as causas de aumento apenas se distinguem das qualificadoras em vista do critério político de

4. Op. cit., p. 80.

5. Op. cit., p. 291 e 293.

apenação, pois nas qualificadoras fixam-se mínimo e máximo superiores, enquanto nas causas de aumento há uma majoração em percentual fixo ou variável, porém não há diferença no que tange à estrutura típica, porque "ambas têm referência dogmática com o bem jurídico"[6] a refletir maior ou mais intenso ataque ao interesse tutelado ou lesão concomitante a outro valor também digno de tutela.

Da mesma forma, como a adequação típica é imperativa, na hipótese de circunstância qualificadora, é ela obrigatória em face das causas de aumento. E para que haja adequação típica é essencial que a circunstância ou causa de aumento venha explicitada na denúncia, não apenas genericamente, mas indicando qual o *dado de fato* que se faz presente na ação imputada e que é tipicamente adequado à figura abstrata constante da descrição normativa instituidora de determinada causa de aumento.

A defesa apenas poderá reagir à imputação se conhecer de antemão qual o elemento fático que pretende a acusação ser reconhecido como configurador da causa de aumento, para contestar sua existência ou alegar a inadequação típica.

Os aspectos fáticos caracterizadores da causa de aumento, como a inobservância de norma técnica, devem constar da denúncia ou de aditamento, sendo que sem a *mutatio libelli*, como acentua Gustavo Badaró,[7] que descreva os fatos configuradores da causa de aumento, é impossível a condenação com a majoração prevista no art. 121, § 4.º, do CP.

Não é diferente a orientação jurisprudencial, como se pode ver na decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, relatada pelo juiz Xavier Homrich, para o qual "se a inicial acusatória não contém a imputação correspondente às causas especiais de aumento definidas no § 4.º do art. 121 e no § 7.º do art. 129 do CP e se essa omissão não foi suprida de forma hábil antes da sentença, o Magistrado não pode reconhecer a ocorrência das mesmas e agravar a pena".

6. TEIXEIRA DE AZEVEDO, D. Op. cit., p. 58 et seq.
7. BADARÓ, G. H. R. I. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: RT, 2000. p. 275.

Igualmente, considera outro acórdão relatado pelo juiz Azevedo Júnior que o desrespeito à regra técnica é causa de aumento e como tal é inadmissível o seu reconhecimento se não incluído na denúncia.[8]

Acórdão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo determina que a citação genérica do § 4.º do art. 121 do CP não pode prevalecer, pois dificulta o recorrente, que tem o direito de saber o motivo pelo qual a reprimenda é aumentada.[9] Em outra decisão do mesmo Tribunal, rel. Sylvio do Amaral, especifica-se que deve haver explícita menção do fato na hipótese de imputação pela causa de aumento prevista no art. 121, § 4.º, do CP[10]

Assim, na hipótese da causa de aumento em razão de inobservância de norma técnica de profissão, arte ou ofício, deve haver a clara indicação de qual norma foi não observada, para que se efetive o processo de tipificação desta circunstância graças à sua adequação a uma determinada omissão do comportamento devido. E esta exigência é ainda maior no campo médico, no qual prevalece uma discricionariedade na escolha do tratamento, pois, por se tratar de norma penal em branco,[11] a ser completada pelas normas consagradas no exercício da medicina como cautelas regulares e reconhecidas pela experiência ou pela ciência como obrigatórias, é imprescindível que a defesa, para se estabelecer o contraditório, saiba, de forma expressa, qual norma técnica foi desrespeitada, a fim de exercer em plenitude a contestação e explicação, sem ter de imaginar qual seja a norma técnica pretendida pela acusação como não observada.

8. Acórdãos relacionados por: BADARÓ, G. Op. cit., p. 276; WILSON PINHO. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial* – Parte especial. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. vol. 2, p. 2.207.

9. Acórdão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, rel. Alvaro Cury, referido por Wilson Pinho, op. cit., p. 2.207.

10. WILSON PINHO. Op. cit.

11. Sobre norma penal em branco remeto ao nosso *Instituições de direito penal*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol. 1, p. 103.

3. A inobservância de norma técnica

Parece-me difícil, especialmente no exercício da medicina, que as normas de cuidado próprias da profissão não estejam incluídas nas normas comuns de diligência, sendo a meu ver, no que acompanho Silva Sánchez, difícil distinguir a imprudência comum de um profissional na prática da medicina da imprudência profissional,[12] como desatenção diante da *lex artis*, das normas específicas que o obrigam a um especial cuidado, o que justificaria uma reprimenda mais grave.

Na verdade, o nosso Código Penal de 1940 deixou, neste passo, de seguir o Código italiano no qual em muito se espelhou, e que admite, como forma de culpa, a violação de lei, regulamento, disciplina. No entanto, visando, como assinala Nelson Hungria, a reprimir mais severamente os homicídios e lesões corporais derivados de acidentes automobilísticos, estabeleceu o legislador a causa de aumento decorrente da *inobservância de norma técnica de profissão, arte ou ofício*.[13]

A doutrina e a jurisprudência buscam estabelecer uma distinção entre as formas da culpa e o desrespeito a normas técnicas, que por si não se apresentem como a própria falta de diligência na prática da ação, como o núcleo caracterizador da ausência do devido cuidado.

Desse modo, tentam diferenciar a inobservância de norma técnica da imperícia, esta constituiria a falta de conhecimentos ou a inabilidade, enquanto a outra viria a ser a ausência de emprego dos conhecimentos que se possui por indiferença ou desprezo pelas regras da profissão, deixadas de observar.[14]

12. *Medicinas alternativas e imprudência médica*. Barcelona: Bosch, 1999. p. 22 et seq.

13. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. vol. V, p. 186. Considerando que havia descaso pelas cautelas técnicas, em especial quanto à velocidade, o que conforme a Exposição de Motivos deu origem à causa de aumento.

14. HUNGRIA, N. Op. cit., p. 188; FREDERICO MARQUES. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1961. vol. IV, p. 236; BRUNO, A. *Direito penal* – Parte especial. Rio de Janeiro: Forense. t. 4, p. 129; MAGALHÃES NORONHA. *Direito penal*. 2. ed. São Paulo, 1963. vol. 2, p. 39.

No campo médico, como já assinalei, a multiplicidade de circunstâncias próprias a cada caso concreto dificulta que se estabeleçam as normas técnicas, a *lex artis*, que não se confundem com o cuidado necessário e possível ao se utilizar uma técnica ou na condução de um tratamento, pois será negligente o médico se não seguir um *standart* técnico, ou seja, o cuidado e a precaução que a maioria dos especialistas considera válidos para controlar os riscos próprios do caso em cura.[15]

A falta de cumprimento da arte médica, "das regras conhecidas pela ciência médica como apropriadas à abordagem de um determinado caso clínico",[16] não altera a estrutura da conduta culposa como negligente,[17] enquanto desrespeito a normas de cautela desprezadas por um profissional no exercício da medicina.

Ora, como se vê, no âmbito da medicina a *lex artis* vem a ser o que se generaliza como prática normal a ser seguida, pois adotada nos casos análogos. A *lex artis* constitui, portanto, as regras conhecidas pela ciência médica na abordagem de casos de determinada natureza, revelando-se o descumprimento destas recomendações, fruto da experiência e do saber, a própria falta do devido cuidado, expresso em ato negligente ou imprudente.

Desse modo, o comportamento negligente ou imprudente do médico está, na generalidade dos casos, contido no desrespeito a uma norma da arte médica,

15. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J. *Homicídio y lesiones imprudentes: requisitos y limites materiales*. Edijus, 1999. p. 222. De forma semelhante entende G. Baumann de Lima, com base em Calcerrada, que a *lex artis* "constitui a conformidade com a técnica normal requerida ou seja a atuação médica corresponda com a generalidade das condutas profissionais perante casos análogos" ("Culpabilidade do médico e a *lex artis*". *RT* 695/427). Para T. Quintela de Brito a *lex artis* vem a ser as regras generalizadamente reconhecidas pela arte médica e ainda os demais e gerais deveres de cuidado do tráfego médico ("Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 12, n. b3, 2002, p. 376.

16. GALHARDAS, M. F. "Negligência médica no Código Penal revisto". *Sub Judice, justiça e sociedade*. Lisboa, jan.-jun. 1996. n. 11.

17. SCHURMANN PACHECO, R. "La culpa antirreglamentaria". *Doctrina Penal*, n. 17 a 20, Buenos Aires: Depalma, 1982. p. 700. Entende que a culpa chamada anti-regulamentar apenas caracteriza negligência, imprudência ou imperícia.

sendo impossível diferenciar a negligência ou a imprudência da inobservância de norma técnica profissional no exercício da medicina.

Por essa razão a jurisprudência tem entendido, com absoluta procedência, que não se pode considerar a circunstância da inobservância de norma técnica de profissão quando se a erigiu em núcleo da culpa, não podendo ser ela bivalente, ora modo da culpa, ora causa de aumento de pena. Assim se considera que quando o desrespeito à norma técnica se põe como o núcleo da culpa é impossível que opere como causa de aumento.[18]

4. Violação do contraditório e da ampla defesa

No caso em tela, violou-se o contraditório e a ampla defesa ao se afirmar, como o fez o magistrado, que a "denúncia descreve essa parte da acusação, somente não a tendo capitulado", sendo certo que nenhuma menção há na inicial acusatória acerca de inobservância de norma técnica, sem se identificar o fato que corresponderia à inobservância de norma técnica[19] e sem se indicar qual a norma técnica que se considera não observada e diversa do núcleo da culpa, a configurar, portanto, isoladamente, causa de aumento de pena.

A denúncia enquadrou cada um dos passos do tratamento como uma das formas de culpa, imperícia, negligência e imprudência. Se porventura houve indicação de algum fato correlacionado ao desrespeito de regra da arte da medicina, sem, no entanto, o qualificar como inobservância de norma técnica, tal se fez

18. Neste sentido vejam-se as decisões do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, reproduzidas por Wilson Ninho, op. cit., p. 2.206, e relatadas por Jarbas Mazzoni e Renato Talli.

19. A indicação do fato é relevante também em face do nexo de causalidade, pois, como preleciona Frederico Marques (op. cit., p. 236), deve haver entre o descumprimento da regra técnica e o evento lesivo uma relação de causa e efeito. No mesmo sentido, de que a inobservância deve ser causa e não mera ocasião ao evento lesivo, S. Schreiber, "Reflexões acerca da responsabilidade penal do médico", *Revista da AJUFE* 63/323, ano 19. Assim, para o exame do nexo de causalidade é fundamental que se conheça o fato concreto que se tipifica como inobservância de norma técnica, a fim de se questionar se há entre ele e o evento uma relação de causa e efeito.

incluindo-o como núcleo da culpa, até mesmo porque, conforme estou convencido e já assinalei no início, é difícil distinguir a falta de cuidado, a negligência de um profissional médico, da negligência profissional, pois a ausência de cautela está exatamente no não-seguimento da *lex artis*.

No caso em exame, quando se capitula cada acontecimento como uma das formas de culpa, maior ainda a exigência de indicação de qual seria o fato correspondente à inobservância de norma técnica e de qual norma técnica que opera sem referência ao núcleo da culpa e que há de se reputar como circunstância alheia ao tipo central. E essa circunstância é de ser analisada, destarte, como um dado a ser adicionado ao tipo básico, revestida de tipicidade, pois enquadrável a sua realidade fática à norma técnica imputada como desrespeitada, *na condição exclusiva de causa de aumento*.

Quando instado a aditar a denúncia, o promotor limitou-se a repetir as palavras da lei, imputando aos acusados o texto legal, o que impede o exercício da defesa, impedindo demonstrar que não se dá a adequação típica de inobservância de regra técnica profissional generalizada como conduta aplicável a casos análogos.

Não podem os acusados tentar pescar na denúncia o que se diz que nela se contém, sem se explicitar, em jogo de esconde-esconde, qual a inobservância de norma técnica a ser considerada como circunstância que importa em aumento de pena, e que estaria constando da inicial.

Assim, há de se observar a lição de Frederico Marques ao ensinar que o juiz deve dar definição jurídica aos fatos imputados, não só ao fato principal, mas também às circunstâncias descritas na imputação e dele separáveis.[20] Ressalto e dou ênfase à referência aos fatos imputados (fato principal e circunstâncias) e que devem ser apresentados como típicos. Na hipótese da causa de aumento de inobservância de norma técnica, a tipicidade há de decorrer da indicação de que houve

20. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000. vol. II, p. 307.

desrespeito a uma determinada norma técnica por se ter dado um fato enquadrável nesta omissão da cautela reconhecida como apropriada.

5. Conclusão

Deve a imputação indicar qual o fato concreto em correspondência a determinada norma técnica da arte da medicina que foi desrespeitada. Mas a leitura da denúncia, no caso em exame, mostra cabalmente não haver uma descrição de tal natureza, com referência à propalada causa de aumento, razão pela qual ela não pode ser reconhecida para majorar a pena em eventual sentença condenatória.

E, ressalte-se, a causa de aumento não pode ser bivalente, núcleo da culpa e circunstância majorante, em virtude do que deve o fato tipificado como inobservância de regra técnica ser diverso do fato apresentado como negligência ou imprudência.

Em conclusão, posso afirmar configurar-se, no processo em exame, afronta aos princípios do sistema acusatório e das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa com o acréscimo, sem imputação fática, da incidência da causa de aumento da inobservância de norma técnica prevista no § 4.º do art. 121 do CP.

É este o meu parecer.