Dupl.

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

38

Ano 9 • abril-junho de 2002

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim



EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Trimestral • Ano 9 • n. 38 • abril-junho de 2002

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

© *Edição e distribuição da*

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.
Rua do Bosque, 820 • Caixa Postal 678
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil
Internet: http://www.rt.com.br
e-mail: editorial.revista@rt.com.br

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO
Coordenadora de Revistas: ORIENE PAVAN

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

Diagramação eletrônica e revisão: Oficina das Letras Apoio Editorial S/C Ltda.
CNPJ 03.391.911/0001-85

Impressão e acabamento: Editora Parma Ltda.
CNPJ 62.722.103/0001-12

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

É com grande orgulho que o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim apresenta mais um número de sua *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, que vem a público em um delicado momento, tanto no Brasil como no mundo.

De fato, no final deste 1.º semestre de 2002, o Brasil vive uma dupla expectativa, que se repete a cada quatro anos: a Copa do Mundo e as eleições presidenciais. Esta coincidência de eventos traz ao menos uma vantagem e duas desvantagens. A primeira delas está relacionada à completa mobilização da mídia e população, em torno dos dois eventos. Nada é mais importante que a escalação e o desempenho da seleção brasileira, o escrete canarinho, a pátria de chuteiras. No meio tempo, surge uma vaga preocupação com a sucessão presidencial, a renovação parcial do Senado e a troca de cadeiras na Câmara Federal e nas Assembléias Legislativas, além da sucessão nos governos estaduais.

A grande vantagem da coincidência é que, em um mesmo ano, resolvem-se duas questões que, se assim não fosse, prejudicariam a clara visão dos problemas nacionais em dois anos distintos, consecutivos ou não.

E aqui se revela, então, a segunda desvantagem decorrente do fato de a eleição presidencial e a Copa do Mundo acontecerem em um mesmo ano: toda e qualquer discussão sobre algum assunto se passa sob as lentes destes dois eventos. Os candidatos manifestam-se sobre a escalação do selecionado e os craques são ouvidos sobre as questões políticas, econômicas e sociais que se apresentam durante o ano. E mesmo quando se cingem ao seu *métier*, os craques e os candidatos não conseguem ver além do objetivo de ganhar a Copa ou a eleição.

No plano internacional, a situação não é muito melhor. Os conflitos armados que estão ocorrendo no globo, especialmente no Oriente Médio, ao lado da insana guerra particular desencadeada pelo "dono do mundo", jogam fumaça – de pólvora, incêndios e bombas – sobre as reais causas dos conflitos e sobre significativos fatos econômicos e sociais.

Nesse contexto, a adoção de uma mesma moeda pela União Européia, único bloco econômico capaz de fazer frente aos EUA, passou quase despercebida fora de seus próprios limites e das publicações econômicas especializadas. Mas não para a *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, que neste número traz um artigo sobre a falsificação de notas de euro, verificada já no dia seguinte ao início de sua circulação.

Cumprindo sua função de dissipar a fumaça que, nos planos internacional e interno, obnubila a visão crítica sobre as grandes questões atuais, aí incluídas as questões criminais, a *Revista Brasileira de Ciências Criminais* apresenta também um artigo onde Claus Roxin trata da imputação objetiva, assunto atualmente em voga no Brasil, sobre o qual muitas impropriedades, e mesmo tolices, vêm sendo ditas e escritas.

O problema da segurança pública, histericamente explorado pela mídia e pelos envolvidos no processo sucessório, recebe análise na seção *Polícia e Direito*, em artigos sobre o uso de telefones celulares nas prisões e sobre o projeto legislativo que trata do inquérito policial. Aspectos da questão carcerária vêm examinados na seção *Criminologia*, onde está relatada a experiência de um programa de apoio à reintegração social dos encarcerados, bem como registradas algumas reflexões sobre a interdisciplinariedade no trabalho técnico-profissional nas prisões.

Os adolescentes em conflito com a lei são tema de dois artigos publicados neste número, nas seções *Sociologia Jurídica* e *Infância e Juventude*.

Outro tema recorrente, os médicos e clínicas envolvidos em acusações de maus tratos e abusos contra pacientes, mereceram a atenção de Nilo Batista. Na seção *Jurisprudência Comentada*, o magistrado Dyrceu Aguiar Dias Cintra Jr. debruça-se sobre julgado que tratou da caracterização de movimentos sociais reivindicatórios como quadrilha ou bando.

Estes são apenas alguns dos destaques deste número da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, que submetemos à apreciação e análise de nossos leitores, convictos de estarmos contribuindo para uma visão mais clara dos problemas criminais da atualidade, no Brasil e no mundo, ou ao menos incentivando uma mais profunda reflexão sobre eles.

O Conselho Diretivo

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 3

COLABORADORES 7

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1 A teoria da imputação objetiva – CLAUS ROXIN 11

1.2 A falsificação da moeda única européia (Euro): o tratamento jurídico na União Européia – JOHN VERVAELE 32

1.3 Esquema agravatorio de la Ley de Seguridad Ciudadana (Ley 16.707, del 12.07.1995) modificativa del Código Penal uruguayo – RAÚL CERVINI 63

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1 Da reclamação – ADA PELLEGRINI GRINOVER 75

2.2 Hermenêutica na execução penal – ANDREI ZENKNER SCHMIDT 84

2.3 Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem* – GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ 122

2.4 Dolo eventual e culpa consciente – SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA 142

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1 Anotações sobre alguns ilícitos no Código de Trânsito Brasileiro – GERALDO DE FÁRIA LEMOS PINHEIRO 155

4. INFÂNCIA E JUVENTUDE

4.1 Adolescentes suspeitos ou acusados da autoria de atos infracionais em São Paulo. Convênio Ilanud/Febem-SP/PAJ – Infância e Juventude – ELOÍSA MACHADO DE ALMEIDA, ALEXANDRE HOJDA, KARYNA SPOSATO e TÚLIO KAHN 165

5. CRIMINOLOGIA

5.1 Programa de apoio à reintegração social de encarcerados através de sessões de debates: relato de uma experiência – ALVINO AUGUSTO DE SÁ, CARLA C. VIVIAN CLARIZIA, FÁBIO C. MASTROIANNI, JULIANA BALLOTI MONTEIRO, LOURDES TATIANE F. SOARES, LUCIANA J. GONÇALVES, LUCIANA LUTAIF, MARISOL S. VERA, MÔNICA SOLIGUETO e VANESSA A. CORDIOLLI 211

5.2 Reflexões acerca da interdisciplinaridade no trabalho técnico-profissional dentro das prisões – GIZELDA MORATO FRANZINO 236

6. POLÍCIA E DIREITO

6.1 Uso de telefone celular em prisões – EDILENICE PASSOS 247

6.2 Notas sobre o projeto referente ao inquérito policial – JOSÉ BARCELOS DE SOUZA 257

7. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

7.1 Maus tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas – O caso da Clínica Santa Genoveva – NILO BATISTA 271

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

8.1 Efeitos da crise da esfera pública de segurança. Perspectivas teóricas e históricas – LUÍS ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA 293

9. ANTIGÜIDADE DE DIREITO CRIMINAL

9.1 O processo jurídico da Inconfidência Mineira – ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES 317

10. JURISPRUDÊNCIA

10.1 Jurisprudência comentada

10.1.1 Movimento social reivindicatório não se confunde com quadrilha ou bando – DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR 335

10.1.2 O preconceito – RANULFO DE MELO FREIRE 344

10.2 Ementário de Jurisprudência – ROBERTO DELMANTO JUNIOR, FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO e MIRELLA PARREIRA IACONELLI 352

11. LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

11.1 Medida Provisória 27, de 24.01.2002 – Dispõe sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, para os fins do disposto no inciso I do § 1.º do art. 144 da Constituição 373

11.2 Medida Provisória 28, de 04.02.2002 – Dispõe sobre normas gerais de direito penitenciário e dá outras providências 374

11.3 Emenda Constitucional 14, de 12.03.2002 (Estado de São Paulo) 375

12. RESENHAS

12.1 LANDENNE, Philippe. *Resistir en la prisión. Paciencia, pasiones, evoluciones.* Bruselas: Lumen Vitae, 1999. 272p – Resenha por ANTONIO BERISTAIN 377

12.2 MACHADO, Antônio Alberto. *Ministério Público, democracia e ensino jurídico.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 207p – Resenha por PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES 383

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 385

COLABORADORES

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ALEXANDRE HOJDA

Economista e Pesquisador do Ilanud.

ALVINO AUGUSTO DE SÁ

Professor na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Coordenador da Pesquisa "Programa de Apoio à reintegração social de encarcerados através de sessões de debates: relato de uma experiência".

ANDREI ZENKNER SCHMIDT

Advogado Criminalista. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Conselheiro Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul.

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático Emérito de Derecho Penal – San Sebastián.

ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES

Ex-Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado.

CARLA C. VIVIAN CLARIZIA

Estudante de Psicologia na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

CLAUS ROXIN

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

DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR

Juiz de Direito em São Paulo. Membro da Associação Juízes para a Democracia. Membro do Conselho Diretivo da *RBCCrim.*

EDILENICE PASSOS

Mestre em Biblioteconomia e Documentação. Chefe do Serviço de Apoio Técnico da Consultoria Legislativa, Senado Federal.

ELOÍSA MACHADO DE ALMEIDA

Estudante de Direito e Pesquisadora do Ilanud.

FÁBIO C. MASTROIANNI

Estudante de Psicologia na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

Advogado Criminalista em São Paulo.

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

GIZELDA MORATO FRANZINO

Assistente Social. Pós-Graduada na Prática do Exercício Profissional. Docente na Escola de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. Diretora do Centro de Ressocialização de Presidente Prudente-SP.

GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ

Mestre e Doutorando em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo. Advogado. Professor de Teoria Geral do Processo da Unitau.

JOHN VERVAELE

Catedrático da Universidade de Utrecht e do Colégio da Europa (Bruges).

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA

Advogado. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Subprocurador-Geral da República aposentado.

JULIANA BALLOTI MONTEIRO

Estudante de Psicologia na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

KARYNA SPOSATO

Advogada. Mestranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Gerente da Área de Criança e Adolescente do Ilanud.

LOURDES TATIANE F. SOARES

Estudante de Psicologia na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

LUCIANA J. GONÇALVES

Estudante de Psicologia na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

LUCIANA LUTAIF

Estudante de Psicologia na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

LUÍS ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA

Doutor em Sociologia pela Universidade de São Paulo. Pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência e Professor na UMC.

MARISOL S. VERA

Estudante de Psicologia na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

MIRELLA PARREIRA IACONELLI

Advogada Criminalista em São Paulo.

MÔNICA SOLIGUETO

Estudante de Psicologia na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

NILO BATISTA

Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Titular de Direito Penal da Universidade Cândido Mendes. Presidente do Instituto Carioca de Criminologia.

PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES

Mestre e Doutorando pela Universidade Estadual Paulista. Professor Assistente-mestre da Universidade Estadual Paulista. Promotor de Justiça de Franca-SP. Membro do Movimento do Ministério Público Democrático; do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e da AIDP – Grupo Brasileiro.

RANULFO DE MELO FREIRE

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

RAÚL CERVINI

Profesor de Derecho en las Facultades de Derecho de la Universidad de la República y Universidad Católica del Uruguay. Secretario General para América Latina y Segundo Vicepresidente del Consejo Consultivo del International Center of Economic Penal Studies.

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

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

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

Professor na Universidade de São Paulo. Secretário-Geral do Grupo Brasileiro da AIDP. Membro da Academia Brasileira de Direito Criminal.

TÚLIO KAHN
Sociólogo. Doutor em Ciências Políticas. Coordenador de Pesquisa do Ilanud.

VANESSA A. CORDIOLLI
Estudante de Psicologia na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 39 • julho-setembro • 2002

• Problemas da história do controle social:
o exemplo da tortura
Ana Lúcia Sabadell

• A fase preparatória do processo penal –
Tendências na Europa. O caso português
Anabela Miranda Rodrigues

• Jurisdicción universal –
La perspectiva del Derecho Internacional Público
Jan-Michael Simon

• Anotações sobre aspectos penais e processuais penais
das Leis 9.099/95 e 10.259/2001 – Leis dos Juizados Especiais
Maria Lúcia Karam

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1

A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA *

CLAUS ROXIN

SUMÁRIO: 1. Problemas do tipo na teoria causal e final da ação – 2. Linhas mestras da teoria da imputação objetiva: 2.1 A criação de um risco não permitido; 2.2 A realização do risco não permitido; 2.3 O alcance do tipo e o princípio da auto-responsabilidade – 3. Outras conseqüências da teoria da imputação objetiva: 3.1 A diminuição do risco; 3.2 O risco permitido; 3.3 O fim de proteção da norma de cuidado em seu significado para o critério da realização do perigo; 3.4 A atribuição ao âmbito de responsabilidade de terceiros (*Zuordnung zum Verantwortungsbereich anderer*) – 4. A importância da imputação objetiva para a moderna teoria do tipo. Sobre a "confusão entre o objetivo e o subjetivo": 4.1 O deslocamento do centro de gravidade (*Akzentverlagerung*) para o tipo objetivo; 4.2 A reestruturação do ilícito culposo; 4.3 A importância da imputação objetiva para os delitos dolosos; 4.4 O subjetivo na imputação objetiva – 5. O desenvolvimento da teoria da imputação objetiva e seus atuais opositores: 5.1 O surgimento e a consolidação da moderna teoria da imputação; 5.2 Sobre a antiga história dogmática da teoria da imputação; 5.3 Opositores atuais da teoria da imputação objetiva: 5.3.1 Sobre o problema da criação do perigo; 5.3.2 Sobre o problema dos desvios causais; 5.3.3 Sobre a unidade temática da imputação objetiva.

Resumo: Trata-se de uma exposição introdutória da teoria da imputação objetiva pelo seu fundador, que, após lhe expor as linhas mestras, apresenta alguns casos específicos de sua aplicação, elucida algumas de suas conseqüências para a construção da teoria do tipo e responde a críticas formuladas pelo finalismo.

Palavras-chave: Imputação objetiva – Imputação – Tipo – Tipo objetivo – Delito culposo – Risco – Perigo.

1. Problemas do tipo na teoria causal e final da ação

O sistema jurídico-penal "clássico" alemão, desenvolvido na virada do século principalmente por Liszt e Beling, fundamentava o tipo no conceito de causa-

(*) (N. do T.) Tradução de Luís Greco, autorizada pelo autor, do estudo "Die Lehre von der objektiven Zurechnung", originalmente publicado em *Chengchi Law Review* 50,

lidade. O tipo considerava-se realizado toda vez que alguém constituía uma condição para o resultado nele previsto, ou seja, toda vez que alguém o causava, no sentido da teoria da equivalência dos antecedentes. Acabava o tipo, assim, com uma grande extensão. Afinal, nesta perspectiva, praticou uma ação de matar não só aquele que disparou o tiro mortífero, mas todos os que contribuíram para o resultado com uma *condictio sine qua non*: o fabricante e o vendedor do revólver e da munição, aqueles que ocasionaram a desavença da qual resultou o tiro, até mesmo os pais e outros ascendentes do criminoso. As necessárias restrições à responsabilização jurídico-penal daí resultantes teriam de ser realizadas em outros níveis do sistema: na antijuridicidade ou, principalmente, na esfera da culpabilidade, onde se localizavam todos os elementos subjetivos do delito.

Contra este sistema levantou-se, por volta da década de 30, a teoria finalista da ação, fundada principalmente por Welzel, que vê a essência da ação humana não no puro fenômeno natural da causação, e sim no direcionamento, guiado pela vontade humana, de um curso causal no sentido de um determinado fim antes tomado em vista. Esta compreensão da conduta como um ato finalístico, orientado a um objetivo, evita consideravelmente o *regressus ad infinitum* da teoria causal da ação, eis que, ao contrário dela, já analisa o dolo no nível do tipo, como a parte subjetiva deste. Em virtude disso, o posicionamento do dolo no tipo é aceito quase unanimemente pela ciência jurídica alemã.

O grande progresso que trouxe a teoria finalista da ação limita-se, porém, ao tipo subjetivo. Para a realização do tipo objetivo, considera ela suficiente a mera relação de causalidade, no sentido da teoria da equivalência. Com isso, o tipo continua demasiado extenso. Esclarecerei o que tenho em mente através de três grupos de casos, à guisa de introdução:

a. Consideremos, agora, que "A" deseje provocar a morte de "B"! "A" o aconselha a fazer uma viagem à Flórida, pois leu que lá, ultimamente, vários turistas têm sido assassinados; "A" planeja que também "B" tenha esse destino. "B", que nada ouviu dos casos de assassinato na Flórida, faz a viagem de férias, e de fato é vítima de um delito de homicídio. Deve "A" ser punido por homicídio doloso? Se reduzirmos o tipo objetivo ao nexo de causalidade, esta seria a conclusão. Afinal, "A" causou, através de seu conselho, a morte de "B", e almejava esse resultado.

maio 1994 (edição especial para o Simpósio Taiwanês/Alemão/Espanhol de Direito Penal).

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); *JZ* – Juristenzeitung; *JA* – Juristische Arbeitsblätter; *NJW* – Neue Juristische Wochenschrift; *NStZ* – Neue Zeitschrift für Strafrecht; OLG – Oberlandesgericht (Tribunal Superior do Land); *RGSt* – Decisões do Reichsgericht (Tribunal do Reich) em matéria penal; Rn – Randnummer (número de margem); StGB – Strafgesetzbuch (Código Penal alemão); StPO – Strafprozeßordnung (Código de Processo Penal alemão); *ZStW* – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Ou pensemos no caso do homem de aparência suspeita que vai comprar um punhal afiado em uma loja! O vendedor ("V") pensa consigo: "Talvez ele queira matar alguém com o punhal. Mas isto deve ser-me indiferente". Tem "V" de ser punido por homicídio praticado com *dolus eventualis*, na hipótese de o comprador realmente apunhalar alguém? Objetivamente, "V" constituiu uma causa para a morte da vítima, e subjetivamente assumiu o risco de que tal resultado ocorresse.

b. Problemas similares ocorrem nas hipóteses de grande relevância prática que são as de desvios na causalidade. Limito-me ao conhecido exemplo escolar, em que "A" atira em "B" com intenção de matá-lo, mas somente o fere. O ferido é levado por uma ambulância a uma clínica; mas ocorre um acidente de trânsito, vindo "B" a falecer. Cometeu "A" um delito consumado de homicídio? Ele certamente causou a morte de "B" no sentido da teoria da equivalência, e também a almejou. Se ainda assim não deve haver um delito consumado de homicídio, isto é difícil de fundamentar do ponto de vista de uma compreensão causal do tipo objetivo.

c. Como exemplo do terceiro grupo de casos quero lembrar a hipótese extraordinariamente comum da entrega de tóxicos. Imaginemos que "A" venda heroína a "B"! Os dois sabem que a injeção de uma tal quantidade de tóxico gera perigo de vida, mas assumem o risco de que a morte ocorra; "A" o faz porque o que lhe interessa é principalmente o dinheiro, e "B", por considerar a sua vida já estragada e só suportável sob estado de torpor. Deve "A" ser punido por homicídio cometido com *dolus eventualis*, na hipótese de "B" realmente injetar em si o tóxico e, em decorrência disso, morrer? A causalidade de "A" para a morte de "B", bem como seu dolo eventual, encontram-se fora de dúvida. Se considerarmos a causalidade suficiente para a realização do tipo objetivo, teremos que concluir pela punição.

2. Linhas mestras da teoria da imputação objetiva

A teoria da imputação objetiva tenta resolver os problemas que decorrem destes e de outros grupos de casos, ainda a serem examinados. Em sua forma mais simplificada, diz ela: um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (2.1), quando o risco se realiza no resultado concreto (2.2), e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (2.3).[1]

2.1 A criação de um risco não permitido

O primeiro grupo de casos por mim mencionado refere-se à criação de um risco não permitido. Instigar alguém a uma viagem à Flórida, ainda que, em seu

(1) Mais detalhadamente, com minuciosas referências, Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil (AT)*, 1992, vol. I, § 11, Rn. 36 *et seq.*

aspecto objetivo, constitua a causa de uma morte e, subjetivamente, tenha por finalidade a morte da vítima, *não pode sequer objetivamente constituir uma ação de homicídio*, porque tal conduta não criou um perigo de morte juridicamente relevante, e não elevou de modo mensurável o risco geral de vida. É duvidoso que uma viagem à Flórida tenha aumentado o pequeno risco de ser vítima de um delito de homicídio, existente em qualquer país. Ainda assim, enquanto não imperar o caos em determinado Estado, a ponto de que os países de onde saem os visitantes desaconselhem, em razão do perigo, uma viagem para lá, um eventual aumento do risco será juridicamente irrelevante, tendo em vista os milhões de turistas que voltam para casa ilesos. A morte do viajante não pode ser, portanto, imputada ao provocador da viagem como ação de homicídio. Isto significa que sequer o tipo objetivo do homicídio está preenchido, de modo que a pergunta a respeito do dolo sequer se coloca.

Em meu outro exemplo, o da venda de um punhal a uma pessoa de aparência suspeita, ter-se-á de admitir a existência de um certo risco. Mas este risco é permitido. Pois uma vida ordenada em sociedade só é possível se o indivíduo, em princípio, puder confiar em que as pessoas com quem interage não cometerão delitos dolosos. Do contrário, além de punhais, igualmente não poderiam ser vendidos ou emprestados materiais inflamáveis, fósforos, machados, enxadas. Por exemplo, é possível partir o crânio de alguém com um caneco da Baviera. Mas o risco de uma tal utilização abusiva é permitido pelo Estado, pois a sociedade não pode funcionar sem bens passíveis de abuso.

Vigora aqui o *princípio da confiança*,[2] conhecido do Direito Penal de Trânsito: pode-se confiar em que os outros se comportarão conforme ao Direito, enquanto não existirem pontos de apoio concretos em sentido contrário, os quais não seriam de afirmar-se diante de uma aparência suspeita (pois se trata de um critério vago, passível de aleatórias interpretações), mas só diante de uma *reconhecível inclinação para o fato* (*erkennbare Tatgeneigtheit*).[3] Uma tal inclinação existiria, por exemplo, se, no momento em que estivesse ocorrendo uma perigosa rixa diante da loja, o vendedor entregasse o punhal a um dos contendores. Na hipótese de que alguém fosse morto com o punhal, o vendedor deveria ser punido por homicídio culposo ou por auxílio a um homicídio, de acordo com o seu conhecimento da situação. No exemplo acima dado, porém, o princípio da confiança permanece em vigor. O vendedor não criou um perigo proibido, de modo que,

(2) Veja-se, mais aprofundadamente, Roxin, *Bemerkungen zum Regreßverbot* (Observações sobre a proibição de regresso), Tröndle-FS, 1989, p. 177 *et seq.*; idem, *AT*, 1992, vol. I, § 24, Rn. 26 *et seq.*

(3) (N. do. T.) Cirino dos Santos, em sua *A moderna teoria do fato punível*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 109, prefere traduzir a *erkennbare Tatgeneigtheit* por "reconhecível disposição para o fato". Diga-se de passagem que o citado manual contém detalhada exposição da teoria da imputação objetiva, com referências aos posicionamentos dos principais autores alemães.

independentemente da causação ou de seu substrato psíquico, nem a venda do punhal, nem o resultado morte daí decorrente lhe podem ser imputados como ações de homicídio.

2.2 A realização do risco não permitido

Em meu segundo grupo de casos, no exemplo do sujeito que, ferido por alguém com dolo de homicídio, vem a morrer em um acidente de ambulância, o resultado igualmente não poderá imputar-se àquele que atirou, apesar de ter sido causado e almejado. É verdade que, através do tiro, criou o autor um perigo imediato de vida, o que é suficiente para a punição por tentativa. Mas este perigo não permitido não se realizou, pois a vítima não morreu em razão dos ferimentos, e sim de um acidente de trânsito. O risco de morrer em um acidente não foi elevado pelo transporte na ambulância; ele não é maior do que o risco de acidentar-se quando se passeia a pé, ou com o próprio automóvel. Falta, portanto, a realização do risco criado pelo tiro, de modo que o resultado morte não pode ser imputado àquele que efetuou o disparo como sua obra. Ele não cometeu uma ação de homicídio, mas somente uma ação de tentativa de homicídio.

Também antes do desenvolvimento da teoria da imputação objetiva, a punição só por tentativa de homicídio correspondia à opinião francamente dominante na Alemanha. Mas esta opinião era – e em parte ainda é – fundamentada de um modo completamente distinto. Analisava-se o caso sob o aspecto do desvio no curso causal, tendo-se criado a tese de que o dolo deveria abranger o curso causal em suas "linhas gerais". Em se tratando de um "desvio essencial", dever-se-ia excluir o dolo. Assim, enquanto a teoria da imputação objetiva considera já o tipo não preenchido, a teoria mais antiga, que também é defendida pela jurisprudência, exclui somente o dolo. Na verdade, a consideração de que aqui se trata de um problema de dolo é uma solução aparente. Pois o decisivo é justamente se existe ou não um desvio essencial, e isto é um critério objetivo. De fato, trata-se de um ponto de vista bastante vago, pois o conceito de "essencialidade" ainda precisa ser preenchido com algum conteúdo. Mas se tentarmos concretizá-lo, chegaremos à conclusão de que um desvio é essencial, quando nele não se realiza o risco contido na ação de tentativa. Daí se vê que o deslocamento do problema para a doutrina do dolo não faz mais que dar uma roupagem subjetiva a uma questão de imputação objetiva, obscurecendo, além disso, a solução, através do uso de elementos pobres de conteúdo como a "essencialidade".

2.3 O alcance do tipo e o princípio da auto-responsabilidade

Em meu terceiro grupo de casos, que caracterizei através do exemplo da entrega de heroína, o ato de entregar a droga constitui uma criação de um risco

não permitido. A criação de um tal risco é proibida, pois a entrega do tóxico, por si só, já é punível com uma pena grave segundo o Direito alemão [§ 29, par. 1, n. 1, Lei de Tóxicos (*Betäubungsmittelgesetz*)]. Além disso, o risco não permitido se realizou, pois aquele que recebeu a droga faleceu graças à injeção de heroína. E, ainda assim, a causação de uma morte com dolo eventual – que é o que podemos constatar no traficante – não é uma ação de homicídio. Pois, de acordo com o Direito alemão, sequer a participação dolosa em um suicídio, ou seja, no ato doloso de matar-se a si próprio, é punível. Um simples *argumentum a maiore ad minus* chega ao resultado de que também não poderá ser punível a participação em uma autocolocação em perigo, quando houver por parte da vítima uma completa visão do risco, como no nosso caso, em que existe um suicídio praticado com dolo eventual. O alcance do tipo (*Reichweite des Tatbestands*) não abrange esta hipótese; pois, como demonstra a impunidade da participação em suicídio, o efeito protetivo da norma encontra seu limite na auto-responsabilidade da vítima.[4-5]

Inicialmente, o Bundesgerichtshof (BGH) punia, em casos desta espécie, o traficante por homicídio, mesmo que só se conseguisse provar a culpa, como na maior parte dos casos. Somente em 1984, numa espetacular mudança jurisprudencial (aliás, sob a imediata influência de um estudo de Schünemann),[6] é que negou o Tribunal a existência de um delito de homicídio, decidindo (*BGHSt* 32, p. 262): "Autocolocações em perigo, desejadas e realizadas de modo responsável, não estão compreendidas no tipo dos delitos de homicídio ou lesões corporais, ainda que o risco que se assumiu conscientemente se realize. Aquele que instiga, possibilita ou auxilia uma tal autocolocação em perigo não é punível por homicídio ou por lesões corporais". Esta decisão é o principal sucesso que a teoria da imputação objetiva conseguiu até hoje na práxis jurisprudencial alemã.

(4) Veja-se, com referências – também da jurisprudência – Roxin, *AT*, 1992, vol. I, § 11, Rn. 86 *et seq.*

(5) (N. do T.) Como é sabido, o Direito brasileiro, ao contrário do alemão, pune a participação em suicídio, de modo que os argumentos expendidos pelo autor não são válidos em face de nosso ordenamento. Porém, isto não implica que, automaticamente, se deva optar pela punibilidade daquele que participa em uma autocolocação em perigo, mas tão-só que, qualquer que seja a solução defendida, ela precisará basear-se em outros fundamentos. Para uma exposição do problema e destes possíveis fundamentos em ordenamentos jurídicos que punem a participação em suicídio, vejam-se Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, Barcelona: Bosch, 1998, p. 42 *et seq.*, e Costa Andrade, *Consentimento e acordo em direito penal*, Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 281-283, autores que se mostram de acordo com a solução da impunidade.

(6) "Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?" (Homicídio culposo através da entrega de tóxicos?), *NStZ* 1982, p. 60.

3. Outras conseqüências da teoria da imputação objetiva

Meus exemplos introdutórios abrangem unicamente uma pequena parcela da multiplicidade de problemas que se podem solucionar através da teoria da imputação objetiva. Alguns outros (mas não todos) campos de aplicação desta doutrina serão, ao menos, esboçados.

3.1 A diminuição do risco[7]

Ações que diminuam riscos não são imputáveis ao tipo objetivo, apesar de serem causa do resultado em sua forma concreta e de estarem abrangidas pela consciência do sujeito. Quem convence o ladrão a furtar não mil, mas somente cem marcos alemães, não é punível por participação no furto, pois sua conduta não elevou, mas diminuiu o risco de lesão. O mesmo vale para a redução de lesões corporais em rixas, bem como para vários casos análogos.

3.2 O risco permitido[8]

A importância do risco permitido vai bastante além do caso do princípio da confiança, acima referido. Sempre que, em virtude de sua preponderante utilidade social, ações perigosas forem permitidas pelo legislador – em certos casos, sob a condição de que se respeitem determinados preceitos de segurança – e, mesmo assim, ocorra um resultado de dano, esta causação não deve ser imputada ao tipo objetivo. Isto vale em especial para o tráfego de veículos. Aquele que respeita as regras de trânsito e, ainda assim, acaba se envolvendo em um acidente com conseqüência de lesões a bens jurídicos, não praticou ação de homicídio, lesões corporais ou dano; pois as lesões aos bens jurídicos não decorreram de um risco proibido, e sim de um risco tolerado pela lei.

Este ponto de vista possui grande relevância também para os riscos advindos de modernos complexos industriais. Acidentes que ocorram apesar do respeito aos padrões legais de segurança sequer objetivamente constituem ações de lesões corporais. O fato de que, possivelmente, eles tenham sido calculados, bem como o de que o risco de sua ocorrência tenha sido assumido, não é o bastante para fundamentar um dolo de lesões corporais, pois sequer o tipo objetivo, a que o dolo deve referir-se, está preenchido. Nestes casos, é o legislador quem suporta os riscos. Se, por outro lado, o risco permitido for ultrapassado, através, por exemplo, de desrespeito às normas de segurança, a causação de um resultado de lesões corporais decorrente desta violação representará uma ação de lesões corporais,

(7) Mais aprofundadamente, Roxin, *AT*, 1992, vol. I, § 11, Rn. 43 *et seq.*

(8) Idem, ibidem, Rn. 55 *et seq.*

que será punível a título de dolo ou culpa, a depender da disposição psíquica do responsável.

3.3 O fim de proteção da norma de cuidado[9] em seu significado para o critério da realização do perigo

A teoria da imputação objetiva desenvolveu critérios de imputação ainda mais precisos: para o preenchimento do tipo objetivo não basta que haja um nexo entre o resultado e o risco não permitido criado pelo causador. É preciso, além disso, que o resultado esteja abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado. Veja-se o caso julgado pelo Tribunal do Reich (*RGSt* 63, p. 392):

Dois ciclistas passeiam um atrás do outro, no escuro, sem estarem com as bicicletas iluminadas. Em virtude da inexistência de iluminação, o ciclista que vai à frente colide com um terceiro ciclista, vindo da direção oposta. O resultado teria sido evitado, se o ciclista que vinha atrás tivesse ligado a iluminação de sua bicicleta.

Aqui está claro que o ciclista que vem à frente deve ser punido por lesões corporais culposas. Pois o dever de utilizar o farol tem por fim evitar colisões. O primeiro ciclista, ao dirigir sem iluminação, criou o perigo não permitido de uma colisão, e este perigo também se realizou. Mas deve-se imputar o resultado também ao ciclista de trás, de maneira que ele tenha de ser punido por lesões corporais culposas? Leve-se em conta que também ele criou o perigo de que o primeiro ciclista provocasse uma colisão. Afinal, a simples iluminação da segunda bicicleta teria evitado o acidente com o primeiro ciclista; e este perigo se realizou da mesma forma que o criado pelo outro ciclista. Mas, e é neste ponto que se encontra a diferença decisiva: a finalidade do dever de iluminação é evitar colisões próprias, não alheias! O resultado deveria ser imputado ao segundo ciclista somente se fosse ele a colidir com um terceiro. O seu dever de iluminar não tinha de impedir que outro ciclista colidisse com um terceiro. O segundo ciclista não realizou o risco não permitido que a lei queria evitar através de seu comando, podendo ele, portanto, ser acusado pela falta de iluminação, mas não punido por lesões corporais culposas.

Acontecimentos nos quais o fim de proteção da norma de cuidado desempenha um papel decisivo são bastante freqüentes. Desta multiplicidade de exemplos tomarei somente os casos em que um motorista ultrapassa a outrem de modo contrário ao dever, vindo o condutor do carro ultrapassado a morrer, por causa de um infarto provocado pelo susto (OLG Stuttgart, *NJW* 1959, p. 2.320), ou porque, em virtude de um irreconhecível defeito material, se quebra a roda do carro ultrapassante, daí decorrendo uma colisão (*BGHSt* 12, p. 79). A

(9) (N. do T.) A palavra alemã é *Gefahrvermeidungsvorschrift*, que, literalmente, se traduziria por "dispositivo de evitação do perigo". Dei preferência, porém, a uma fórmula mais simples e clara.

ultrapassagem contrária à norma de cuidado representa um risco não permitido e também está causalmente vinculada ao resultado. Mas a proibição de ultrapassagem tem unicamente a finalidade de evitar colisões resultantes do processo perigoso de ultrapassagem em si próprio. O impedimento de uma parada cardíaca ou da quebra de uma roda não estão compreendidos no fim das normas sobre a ultrapassagem. Daí por que se deva negar, em ambos os casos, um homicídio culposo.

3.4 A atribuição ao âmbito de responsabilidade de terceiros (Zuordnung zum Verantwortungsbereich anderer)

O critério do alcance do tipo, que, inicialmente, expliquei através do princípio da auto-responsabilidade – o caso da entrega de droga – será agora esclarecido, se me permitirem os senhores, através de um segundo exemplo, que versa sobre a delimitação de âmbitos de responsabilidade. Escolherei um caso julgado pelo OLG de Celle (*NJW* 1958, p. 271):

"A" bate seu carro contra uma árvore, por desatenção. Um passageiro fratura o quadril esquerdo. No hospital, morre ele por causa de uma sepsemia (envenenamento do sangue),[10] decorrente de desatenção médica.

Também em casos desta ordem costumam nossos tribunais condenar o primeiro causador por homicídio culposo. Eles partem da premissa segundo a qual se deva sempre contar com erros leves ou de gravidade média da parte dos médicos, de modo que seus efeitos ainda representariam uma realização do risco do acidente. Isto pode ser verdadeiro. Contudo, a jurisprudência ainda não percebeu que a pergunta a ser formulada é, muito mais, a seguinte: não deverá o médico sozinho responder por estes erros? E a resposta é afirmativa. Afinal, a partir do transporte para o hospital, o tratamento do paciente se torna problema exclusivo dos médicos. Se não conseguirem eles impedir a morte, deve-se punir o primeiro causador por homicídio culposo, já que os médicos não criaram um perigo de morte, mas somente não puderam eliminar um perigo já existente. Em nosso caso a situação é diversa. A fratura da perna não gera perigo de vida. Um tal perigo foi, isso sim, criado e realizado unicamente pelo comportamento dos médicos. Como o primeiro causador não pode vigiar o comportamento dos médicos, não deve ele também responder por aquilo que eles façam. O alcance do tipo não compreende uma imputação tão extensa.

(10) (N. do T.) No original, a palavra é *Sepsis*. Porém, em nosso idioma, o termo "sepse" não significa envenenamento do sangue, e sim "intoxicação causada pelos produtos de um processo putrefativo" (R. Paciornik. *Dicionário médico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 1992). Daí por que, orientado pelo Prof. Dr. Talvane de Moraes, preferi o termo "sepsemia", que designa um quadro patológico típico, causado pela disseminação de microrganismos patogênicos e toxinas circulantes do sangue, através da corrente sanguínea.

Isto se aplica genericamente a todo erro médico que se encontre fora do risco típico de lesão.[11] Se o paciente morre não por seu ferimento, mas por um erro na narcose, cometido pelo anestesista, o primeiro causador não será responsabilizado por homicídio culposo. Tais erros, mesmo que previsíveis, já não se encontram no âmbito de responsabilidade do primeiro causador, não sendo, portanto, alcançados pelo tipo.[12]

4. A importância da imputação objetiva para a moderna teoria do tipo. Sobre a "confusão entre o objetivo e o subjetivo"

*4.1 O deslocamento do centro de gravidade (*Akzentverlagerung*) para o tipo objetivo*

A teoria da imputação objetiva confere ao tipo objetivo uma importância muito maior da que ele até então tinha, tanto na concepção causal como na final.

a) A teoria causal da ação reduziu o ilícito dos delitos de resultado ao nexo de causalidade. Numa aplicação conseqüente, isto conduz ao conhecido *regressus ad infinitum*, do qual falei inicialmente. É claro que, por exemplo, dar à luz o assassino é uma *condictio sine qua non* para a morte da posterior vítima, mas ainda não representa uma ação de matar. A teoria causal da ação e do tipo falha por completo diante do problema de delimitar o tipo de delito (*Deliktstyp*) do respectivo crime.[13] É exatamente esta tarefa que a teoria da imputação objetiva procura resolver. Ela fornece regras genéricas a respeito de quais causações de uma morte, de lesões corporais ou de um dano constituem ações de matar, lesar ou danificar, e quais não. Com isto ela possibilita não só uma descrição plástica da face objetiva de cada ilícito típico, mas também soluciona, como demonstraram meus exemplos, inúmeros problemas concretos de punibilidade. Acima de tudo, ela possibilita uma limitação política e criminalmente plausível da responsabilidade por culpa, que foi demasiado estendida pela jurisprudência alemã, nas trilhas do pensamento causal.

(11) Veja-se, a respeito, Schünemann, "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits – und Gefährdungsdelikte" (Tendências modernas na dogmática dos delitos culposos e de perigo), *JA* 1975, p. 719.

(12) Veja-se, para outros problemas de imputação no comportamento médico, Roxin, *AT*, vol. I, § 11, Rn. 108 *et seq.*

(13) (N. do T.) A palavra *Deliktstyp* significa que o tipo não é concebido de maneira formal, como conjunto de elementares desconexas unidas unicamente pela vontade de um legislador, e sim como a individualização de uma conduta ilícita, compreendendo as elementares que a caracterizam como conduta proibida diversa das demais (veja-se Roxin, *AT*, vol. I, § 10, Rn. 19). Critica-se a teoria causal justamente porque, ao considerar típica toda *condicio sine qua non* do resultado, não consegue ela construir o tipo como *Deliktstyp*.

b) Através da moderna teoria da imputação, o tipo objetivo aumenta em importância também em relação àquilo que lhe conferia a teoria finalista, e isto às custas do tipo subjetivo. É verdade que o posicionamento do dolo no tipo subjetivo é plenamente compatível com a teoria da imputação objetiva. Mas a concepção da ação típica é bem diferente. Enquanto os finalistas consideram ação de matar unicamente o direcionamento consciente do curso causal no sentido da morte, de acordo com a concepção aqui defendida, toda causação objetivamente imputável de uma morte será uma ação de matar, e isto também quando ela não for dolosa. O dolo não é algo que cria a ação de matar, mas algo que pode nela existir ou estar ausente. Enquanto os finalistas não consideram o homicídio culposo uma ação de matar – apesar de uma causação punível de uma morte –, para a teoria da imputação objetiva são justamente o homicídio, a lesão etc. culposos que constituem o protótipo da ação de homicídio ou de lesão. Só por causa disso, o ponto de gravidade do delito já se desloca para a face objetiva do tipo.[14]

4.2 A reestruturação do ilícito culposo

Mesmo entre aqueles que em princípio seguem a teoria da imputação objetiva, ainda pouco foi reconhecido que ela permite, pela primeira vez, construir um sistema do ilícito culposo. De acordo com esta visão, será culposo aquilo que, de acordo com os princípios acima expostos, possa ser imputado ao tipo objetivo. Os conceitos com os quais a dogmática tradicional tentou apreender a culpa – violação do dever de cuidado, previsibilidade, reconhecibilidade, evitabilidade – são supérfluos e podem ser abandonados. Pois aquilo que se deseja dizer através deles pode ser descrito de modo bem mais preciso pelos critérios de imputação por mim expostos.

É certo, apesar de meio impreciso, que a causação de resultados e de cursos causais imprevisíveis – pense-se em meus exemplos da viagem à Flórida e da morte pelo acidente com a ambulância! – não gera qualquer culpa. Mas isto se explica melhor através da consideração de que, no primeiro caso, não foi criado perigo não permitido e de que, no segundo, o perigo criado não se realizou. A referência à imprevisibilidade acaba por esconder o problema. Pois, teoricamente, todos os cursos causais possíveis segundo uma lei natural são previsíveis. O decisivo é aquilo que, de acordo com parâmetros jurídicos, se é obrigado a prever – e é exatamente isto que é determinado pelos critérios de imputação.

O mesmo ocorre com a evitabilidade. Quando se dizem inevitáveis, e, portanto, não-culposos, os acidentes de trânsito ocorridos apesar do respeito a todos os dispositivos legais, isto corresponde à linguagem cotidiana; porém, não se trata de uma expressão juridicamente exata. Pois é claro que os riscos ligados ao

(14) A respeito de um outro aspecto desse deslocamento do centro de gravidade, veja-se abaixo, 4.3.

trânsito de veículos são evitáveis, bastando que nele não se participe, e se ande a pé. A razão decisiva para inexistir culpa está em que, em tais acidentes, o que se realiza é um risco permitido. A argumentação através da inevitabilidade é completamente supérflua.

E, por fim, fazendo referência só mais a este conceito central do arsenal da antiga dogmática do delito culposo, diga-se que também o critério da "violação do dever de cuidado" nada mais é que uma denominação que compreende em si os pressupostos cuja existência leva à criação de um risco juridicamente desaprovado. Mas uma caracterização destes pressupostos já não consegue ele fornecer. Ela só pode ser obtida através de parâmetros, como as normas jurídicas, normas de trânsito, o princípio da confiança, a figura comparativa diferenciada[15] etc., que descrevi mais detalhadamente noutra sede.[16] Quanto à chamada omissão do cuidado devido, esta expressão, além de não dizer nada, é também substancialmente incorreta, pois gera a falsa impressão de que o ilícito da ação culposa consista em uma omissão. Se, por exemplo, alguém provoca um incêndio em virtude de um manejo pouco cuidadoso de fósforos, a culpa se localiza em um agir positivo, a saber, na criação de um perigo não permitido, e não na omissão de medidas de cuidado. Com acerto diz Jakobs:[17] "No âmbito da comissão, não se comanda um uso cuidadoso de fósforos, mas se proíbe o uso sem cuidado, inexistindo dever de uso".

A teoria da imputação objetiva cria, portanto, uma dogmática do ilícito culposo completamente nova. Este fenômeno ainda foi pouco reconhecido. Se abrirmos nossos comentários e manuais, veremos que os antigos critérios do delito culposo ainda são utilizados de modo irregular,[18] simultaneamente às regras de imputação acima desenvolvidas, não ficando esclarecida qual a relação entre eles. Ao invés disso, deveria consolidar-se o conhecimento de que a imputação da culpa na esfera do tipo é determinada unicamente pelos critérios da imputação objetiva.[19]

4.3 A importância da imputação objetiva para os delitos dolosos

A teoria da imputação objetiva tem maior relevância prática na determinação do ilícito culposo, embora também nos delitos dolosos mostre ela sua impor-

(15) (N. do T.) A palavra alemã é *differenzierte Maßfigur*, e designa aquilo que entre nós se costuma chamar de "modelo do homem prudente e consciencioso" (Cirino dos Santos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 104).

(16) ROXIN, *AT*, 1992, vol. I, § 24, Rn. 14 *et seq.*

(17) *AT*, 2. ed., 1991, 9/6.

(18) Vejam-se as referências em ROXIN, *AT*, 1992, vol. I, § 24, Rn. 8 *et seq.*

(19) Neste sentido também Yamanaka, "Die Entwicklung der japanischen Fahrlassigkeitsdogmatik im Lichte des sozialen Wandels" (A evolução da dogmática da culpa à luz da mudança social), *ZStW* 102, 1990, p. 928 *et seq.* (p. 944): "A contrariedade ao cuidado objetivo não deveria ter qualquer significado autônomo dentro do conceito de culpa, mas ser absorvida no critério da imputação objetiva".

tância. Meus exemplos introdutórios já o devem ter comprovado (o caso da Flórida, da ambulância, da venda do punhal e da entrega de heroína), pois todos foram construídos de modo que a ocorrência do resultado morte fosse desejada ou, pelo menos, aceita pelo autor. Se nestes casos não há como falar em homicídio doloso, isto se deve a que o tipo objetivo não está preenchido; assim, a vontade de realização do autor não está direcionada a um objeto com relevância jurídico-penal. A ausência do dolo decorre da negação do tipo objetivo, de modo que a teoria da imputação objetiva também acaba, mediatamente, por estreitar o campo do dolo. Se considerássemos o tipo objetivo realizado, teríamos que aceitar o dolo nestes casos, e assim o problema seria erroneamente solucionado no sentido da punibilidade.

Isto é questionado por aqueles que tentam eliminar acontecimentos não-imputáveis através da negação do dolo, entre os quais se encontram principalmente os finalistas. Voltaremos a este ponto logo adiante, ao nos enfrentarmos com as mais novas críticas à imputação objetiva (5.3.1, 5.3.2). Demonstrei através do exemplo da ambulância (2.2) que, nos desvios causais, está fadada ao insucesso a tentativa de considerar o tipo objetivo preenchido, negando-se o dolo sob o fundamento de que o autor não previu de modo suficientemente exato o curso causal.

A mesma coisa deve ser esclarecida à luz do "risco permitido". Armin Kaufmann[20] construiu o seguinte exemplo: o motorista "M" inicia, de modo cuidadoso, a ultrapassagem de um automóvel e da motocicleta que está logo atrás deste, na consciência de que o motociclista "X", subitamente, "sem se certificar da situação ou tampouco sinalizar", poderia tentar ele mesmo a ultrapassagem, provocando uma colisão com "M" que teria conseqüências mortais para "X". Se considerarmos que "M" se arrisca e que realmente ocorre o caso previsto, não se pode punir "M" por um homicídio, a não ser que o comportamento errôneo de "X" fosse reconhecível já no início da ultrapassagem. Pois o desenrolar do acontecimento se encontra no âmbito do risco permitido e não preenche, portanto, o tipo objetivo do delito de homicídio. Se afirmássemos sua realização com base unicamente na causação da morte, recusando a teoria da imputação objetiva, não escaparíamos da punição. Afinal, haveria dolo.[21]

Chega-se à conclusão de que também nos delitos dolosos não é possível tornar a teoria da imputação objetiva supérflua, através da negação do dolo em casos que sejam intuídos como não merecedores de pena. Neste aspecto, a teoria da imputação objetiva provoca um deslocamento do ponto de gravidade para o tipo objetivo também nos dolosos.

(20) Jescheck-FS. *"Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?* (Imputação objetiva no delito doloso?), 1985. p. 251 *et seq.*

(21) Isto também é admitido por Armin Kaufmann, que chega ao mesmo resultado através de uma interpretação restritiva da elementar "matar" (como a nota 19, p. 267-268).

4.4 O subjetivo na imputação objetiva

A imputação objetiva – e isto é mais um capítulo na "confusão entre o objetivo e o subjetivo"[22] – depende não só de fatores objetivos, como também de subjetivos. No exame da pergunta quanto a se existe uma criação não permitida de um risco, é decisivo o ponto de vista que teria tomado um observador prudente (*einsichtig*) antes da prática do ato; mas a este observador devem-se acrescentar os conhecimentos especiais do autor concreto. Por isso inexiste criação não permitida de perigos quando alguém convence outrem a fazer uma viagem, na qual o avião cai. Se aquele que induz à viagem tiver, porém, informações de que está planejado um atentado ao avião, torna-se ele *ceret paribus* punível pelo ato culposo (e também por doloso, a depender da disposição de sua vontade). O conhecimento especial do autor, ou seja, um dado subjetivo, fundamenta aqui a criação do perigo e, assim, a imputação ao tipo objetivo!

Fatores subjetivos desempenham comumente um papel decisivo também no alcance do tipo. Assim é que, no caso da entrega de heroína (2.3), coloquei que a imputação ao tipo objetivo encontra seus limites na auto-responsabilidade da vítima. Quando, porém, o fornecedor da droga conhecer a periculosidade do material bem melhor que o comprador, o vendedor será o responsável, de maneira que também aqui o conhecimento do autor se torna importante para a imputação ao tipo objetivo.

Struensee[23] chegou mesmo a desenvolver a tese segundo a qual o delito culposo sempre pressuporia um tipo subjetivo, consistindo este no conhecimento e na realização finalista de fatores fundamentadores do risco. Aquele que, por exemplo, sabe que está dirigindo pelo cruzamento com o sinal vermelho, ou que está ultrapassando em uma curva sem visibilidade, realiza de modo culposo o acidente que daí decorre. Struensee engana-se, contudo, ao considerar o conhecimento dos fatores fundamentadores do risco um pressuposto necessário da culpa:[24] quem for tão desatento a ponto de sequer notar o sinal vermelho ou a curva, também cria um risco não permitido e age culposamente. Mas é ainda assim correto que o conhecimento das circunstâncias fundamentadoras do risco seja um fator relevante para a imputação ao tipo objetivo.

(22) (N. do. T.) Roxin se refere à crítica comumente feita pelos finalistas, de que a teoria da imputação objetiva, ao resolver casos de desvios causais, *dolus generalis*, e ao levar em consideração conhecimentos especiais do autor, estaria, na verdade, etiquetando de objetivos problemas do tipo subjetivo, numa inaceitável confusão entre os dois lados do tipo, tão meticulosamente separados um do outro pelo finalismo (assim, por exemplo, Armin Kaufmann, nota 19, p. 260 *et seq.*).

(23) "Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts" (O tipo subjetivo do delito culposo), *JZ* 1987, p. 53 *et seq.*

(24) Quanto a isto Roxin, "Finalität und objektive Zurechnung" (Finalidade e imputação objetiva), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 237 *et seq.* (p. 249 *et seq.*).

Nada disto, contudo, é um argumento válido contra a teoria da imputação objetiva. Fica provado, unicamente, que também fatores subjetivos podem desempenhar um papel na imputação objetiva. A imputação objetiva se chama "objetiva" não porque circunstâncias subjetivas lhe sejam irrelevantes, mas porque a ação típica constituída pela imputação – o homicídio, as lesões, o dano etc. – é algo objetivo, ao qual só posteriormente, se for o caso, se acrescenta o dolo, no tipo subjetivo. Ao tipo subjetivo pertencem somente elementos subjetivos do tipo, como o dolo e os elementos subjetivos do injusto. Conteúdos de consciência que não são elementares do tipo, mas que têm importância unicamente para o juízo de perigo ou para a distribuição da responsabilidade entre os diversos participantes, dizem respeito à imputação ao tipo objetivo.[25] De qualquer maneira, deve-se ter em mente que a imputação objetiva também é influenciada por critérios subjetivos. Ações humanas, e também ações típicas, consistem sempre em um entrelaçamento de momentos objetivos e subjetivos.

5. O desenvolvimento da teoria da imputação objetiva e seus atuais opositores

5.1 O surgimento e a consolidação da moderna teoria da imputação

A teoria da imputação objetiva, tal como ela hoje se desenvolveu, surgiu aproximadamente em 1970. A idéia do risco, que acima esbocei em diversos âmbitos de aplicação, foi desenvolvida por mim anteriormente,[26] enquanto meus alunos Rudolphi[27] e Schünemann[28] deram contribuições essenciais para a fundamentação da idéia do fim de proteção e para a definição do alcance

(25) Mais detalhes em Roxin, ibidem, p. 250 *et seq.*

(26) "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht" (Reflexões sobre a problemática da imputação no Direito Penal), *Honig-Festschrift*, 1970, p. 133 *et seq.* (também em: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 123 *et seq.*) A teoria do aumento do risco, por mim criada, de que não trato neste estudo, surgiu já no ano de 1962 (Roxin, "Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten (Violação de dever e resultado nos delitos culposos), *ZStW*, 1962, vol. 74, p. 411 *et seq.*; também em *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 147 *et seq.*).*

(*) (N. do. T.) Ambos os estudos encontram-se traduzidos para o português, no volume *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Trad. Ana Paula Natscheradetz. Lisboa: Vega Universidade, 1993.

(27) "Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre" (Previsibilidade e fim de proteção da norma na doutrina jurídico-penal da culpa), *JuS* 1969, p. 549 *et seq.*

(28) "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits – und Gefährdungsdelikte" (Tendências modernas na dogmática dos delitos culposos e de perigo), *JA* 1975, p. 575 *et seq.*, p. 715 *et seq.*

do tipo.[29-30] A teoria da imputação objetiva é hoje aceita de modo quase geral na literatura de manuais e comentários,[31] e tem sido levada adiante em seu desenvolvimento por grandes monografias.[32] Entre os seus defensores existem, obviamente, opiniões diversas a respeito de vários problemas individuais. Em suas linhas mestras metódicas e substanciais, contudo, a teoria da imputação objetiva consolidou-se na literatura alemã.

5.2 Sobre a antiga história dogmática da teoria da imputação

As raízes histórico-espirituais da teoria da imputação objetiva remontam até a filosofia jurídica de Hegel. Dela é que Larenz, no ano de 1927,[33] extraiu uma concepção da imputação objetiva, que logo depois foi aplicada por Honig[34] especialmente na dogmática jurídico-penal. Foi a Honig (e, é claro, também a Larenz) que me referi ao desenvolver em 1970 aquilo que denominei de princípio do risco,[35] que desde então tem feito uma carreira repleta de sucessos. Alguns[36] vêm

(29) Veja-se também Roxin, "Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten" (Sobre o fim de proteção da norma nos delitos culposos), Gallas-FS, 1973, p. 241 *et seq.*[*]

(*) (N. do T.) Este estudo também está traduzido para o português, encontrando-se na coletânea citada na última nota do tradutor.

(30) Veja-se, sobre estas questões histórico-dogmáticas, o apartado sobre a evolução histórica da teoria da imputação objetiva em Toepel, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt* (Causalidade e nexo de violação do dever no delito culposo de resultado), 1992, p. 136 *et seq.* Hirsch, em sua crítica, refere-se à "teoria da imputação objetiva (...) introduzida por Roxin" ["Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel" (O desenvolvimento da dogmática penal depois de Welzel), *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln* (Edição comemorativa da Faculdade de Direito para a festa de 600 anos da Universidade de Köln), 1988, p. 403 *et seq.*].

(31) Vejam-se unicamente as referências em Roxin, *AT*, vol. I, 1992, § 11, Rn. 41, nota de rodapé 62.

(32) Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht* (O delito culposo no Direito Penal), 1974; Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Erfolg in einem funktionalen Straftatsystem* (Imputação objetiva e pessoal do comportamento, perigo e resultado em um sistema funcionalista do fato punível), 1981; W. Frisch, *Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges* (Comportamento típico e imputação do resultado), 1988.

(33) *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung* (A teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva), 1927.

(34) "Kausalität und objektive Zurechnung" (Causalidade e imputação objetiva), *Festgabe für Frank*, 1930, vol. I, p. 174 *et seq.*

(35) Como a nota 24, Honig-FS, p. 135.

(36) Veja-se Toepel, como a nota 28, p. 140 *et seq.*

duvidando, ultimamente, se esta correlação entre a concepção moderna e a antiga é justificada.

De fato, em Larenz e Honig pode-se encontrar não mais que um ponto de partida, que não dá idéia alguma do desenvolvimento ulterior da concepção. Diz Larenz:[37] "A imputação (...) tem a ver com a pergunta quanto ao que se deve adscrever a um sujeito como sua ação, pela qual deve ele ser feito responsável". Isto corresponde exatamente à concepção atual. Mas o autor restringe a importância prática da idéia à exclusão do caso fortuito:[38] "A imputação não é outra coisa que não a tentativa de distinguir o próprio ato de acontecimentos casuais". O critério de Honig, da "direcionabilidade objetiva a um fim",[39] fundamenta-se sobre a mesma idéia:[40] "É imputável aquele resultado que pode considerado posto de modo final". Com isso, exclui-se da imputação, novamente, nada mais do que o caso fortuito, que não pode ser objetivamente "finalizável".

Enquanto isso, a nova teoria da imputação se ocupa, é verdade, de excluir os acontecimentos fortuitos do tipo, como deveriam mostrar os casos da Flórida e da ambulância (acima, 2.1 e 2.2). Mas os resultados que ocorrem por ocasião de uma diminuição do risco ou de um risco permitido, bem como aqueles que se encontram fora do fim de proteção da norma de cuidado ou fora do alcance do tipo, não são fortuitos, e ainda assim não são imputados. A moderna teoria da imputação possui, portanto, um campo de aplicação bem mais extenso que em seus primórdios, com Larenz e Honig. Os resultados da teoria antiga limitavam-se, em essência, àquilo que já à época se podia obter através da teoria da adequação ou da relevância.[41]

5.3 Opositores atuais da teoria da imputação objetiva

A jurisprudência alemã até agora "não acolheu de modo expresso a teoria da imputação objetiva", mas dela se aproximou reiteradamente,[42] aceitando-a em

(37) Como a nota 31, p. 51.

(38) Como a nota 31, p. 61; com palavras quase idênticas, p. 75, p. 84.

(39) (N. do T.) O termo alemão, só dificultosamente passível de tradução para nossa língua, é *objektive Zweckhaftigkeit*. Elena Larrauri, "Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n. 41, 1988, p. 715 *et seq.* (p. 739), o traduz de modo a meu ver excessivamente simplificador: "objetiva finalidad".

(40) Como a nota 32, p. 184.

(41) Veja-se, sobre a teoria da adequação e da relevância, Roxin, *AT*, 1992, vol. I, § 11, Rn. 31 *et seq.*

(42) Neste sentido, o juiz federal Goydke, "Probleme der Zurechnung und Schuldfähigkeit im Strafverfahren" (Problemas de imputação e capacidade de culpabilidade no processo penal), *Verkehrsstrafverfahren usw* (Processo penal de trânsito etc.), Deutscher Anwaltverlag, 1992, p. 8.

algumas partes; já expus isso no que se refere ao princípio da auto-responsabilidade (acima, 2.3). De qualquer forma, uma posição decididamente contrária não é tomada pela jurisprudência. Uma recusa, em princípio, à imputação objetiva encontra-se hoje somente entre o muito reduzido círculo dos finalistas, os quais não desejam levar a cabo a exposta mudança do ponto de gravidade dogmático para o tipo objetivo, e sim manter a dominância do lado subjetivo do tipo, favorecido pela teoria finalista da ação. As mais ambiciosas tentativas neste sentido partiram de Armin Kaufmann[43] e Struensee.[44] Já as discuti de modo crítico em outro local, a que faço agora referência.[45] Hoje aparecem principalmente Hirsch[46] e seu discípulo, Küpper,[47] como defensores das antigas posições. Seja-me permitido dizer algumas palavras a este respeito.

5.3.1 Sobre o problema da criação do perigo

Hirsch[48] ocupa-se principalmente de casos em que falta a criação de um risco, que explicitei através do caso da Flórida (2.1). Ele deseja considerar preenchido o tipo objetivo, negando, porém, o dolo. Pois a representação do autor se refere "unicamente ao risco comum e geral da vida social, que é o de tornar-se vítima de um acidente, e não a um acontecimento lesivo concreto. Trata-se, portanto, de não mais que um desejar, nunca de uma vontade direcionadora". O que aqui se diz sobre o dolo está, em si, correto, mas na verdade isto acaba confirmando a teoria da imputação objetiva. Pois o dolo está ausente, se escutarmos mesmo a formulação de Hirsch, só porque ele não tem ponto de referência objetivo algum, já que esta espécie de causação de um resultado não pode ser considerada um "acontecimento lesivo" (isto é, uma realização de um risco não permitido). Se o assassinato do turista fosse um homicídio objetivamente imputável ao provocador da viagem, de modo que o tipo objetivo estivesse preenchido, o dolo também teria de ser afirmado, porque o homem de trás intencionava exatamente aquilo que objetivamente ocorreu.

(43) Jescheck-FS, "*Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?* ("Imputação objetiva" no delito doloso?), 1985, p. 251 *et seq.*

(44) "Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts" (O tipo subjetivo do delito culposo), *JZ* 1987, p. 53 *et seq.*

(45) "Finalität und objektive Zurechnung" (Finalidade e imputação objetiva), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann* (Estudos em memória de Armin Kaufmann), 1989, p. 237 *et seq.*

(46) "Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel" (O desenvolvimento da dogmática penal depois de Welzel), *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln* (Edição comemorativa da Faculdade de Direito para a festa de 600 anos da Universidade de Köln), 1988, p. 403 *et seq.*

(47) *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik* (Limites da dogmática jurídico-penal normativizante), 1990, p. 83 *et seq.*

(48) Como a nota 45, p. 405.

Küpper[49] argumenta de outra maneira, negando o "domínio do fato" do causador em todos os casos de ausência de criação de perigo. É autor "aquele que, conhecendo as circunstâncias fundamentadoras do domínio do fato, realiza um tipo penal (...) como obra sua. Daí decorre que (...) sob a perspectiva da teoria finalista da ação, não sobra lugar para um juízo objetivo de imputação". Também este argumento apóia, em verdade, a teoria da imputação objetiva, que se empenha exatamente em determinar aquilo que o autor "realiza como obra sua". Claro que é correto que aquele que não cria perigo não domine o curso causal objetivamente causador do resultado. Mas a falta de dominabilidade é um critério objetivo, para a qual fins e representações subjetivos do autor são completamente irrelevantes. E ao declarar: "A imputação objetiva integra o conceito de ação", isto só está correto porque aquilo que objetivamente se considera uma ação de homicídio, lesões etc. é determinado pelos critérios de imputação. Mas nada disso tem algo a ver com a finalidade.

5.3.2 Sobre o problema dos desvios causais

Quanto aos desvios causais, que foram exemplificados através do caso da ambulância (2.2), Hirsch[50] ainda pensa que se trate de "um caso em que o resultado ocorre de maneira diversa da *representada* pelo autor (...). O deslocamento da questão para o tipo objetivo parece errôneo.[51] Mas como já foi colocado, o decisivo não é que o curso se desvie da representação do autor (pois desvios que se mantiverem no âmbito do risco criado não impedem a imputação). Importa, isso sim, se o desvio é "essencial", e tal essencialidade só pode ser definida à luz dos critérios da imputação objetiva, como acima foi colocado (2.2).

Küpper,[52] ao contrário de Hirsch, reconhece que nos desvios causais "é introduzido um elemento objetivizante na apreciação do lado subjetivo": "o juízo de adequação" (que, até aqui, é idêntico à idéia da realização do risco). Ainda assim, persiste ele em sustentar que se trata de um problema de finalidade: "O controle[53] voluntário da causalidade pressupõe o critério da adequação. Aquilo que o ultrapassa (...) não é mais finalmente direcionável e, por isso, não pode ser objetivamente imputável. Assim, juízo objetivo de adequação é realizado psicologicamente". Claro que ninguém pode "controlar" um curso causal inadequado. Mas a

(49) Como a nota 46, p. 92-93 (p. 93).

(50) Como a nota 45, p. 404.

(51) (N. do T.) Hirsch utiliza a palavra *sachwidrig*, que, literalmente, se traduziria por "contrário à coisa". Esta expressão é bastante corrente entre o finalismo ortodoxo, ontologista, que procura adequar a valoração jurídica à "natureza da coisa".

(52) Como a nota 46, p. 96-97.

(53) (N. do T.) A palavra original é *Indienststellen*, verbo substantivizado que significa "colocação em serviço", "colocação à disposição". Creio que "controle" dê uma idéia mais exata daquilo de que se está a falar.

imputação fracassa unicamente por uma falha na realização objetiva do perigo (por inexistir a adequação do curso causal), e é completamente irrelevante o que o autor "realiza psicologicamente" com isso. Não haverá homicídio consumado nem mesmo se ele acolhe em sua vontade a circunstância de que o ferido morra no caminho para o hospital em um acidente de trânsito.

5.3.3 Sobre a unidade temática da imputação objetiva

Por último, não se pode desconhecer que Hirsch e Küpper sequer questionam as soluções essenciais da teoria da imputação objetiva para os delitos culposos, somente se voltando contra a sistematização destas soluções em uma teoria da imputação. Hirsch[54] pensa que "por baixo da etiqueta de imputação objetiva são reunidos problemas das mais diversas espécies, que também são levados em consideração sem esta teoria, e de maneira mais precisa". (Ocorre que ele não menciona quais sejam estas maneiras supostamente mais precisas de considerar os problemas.) E Küpper[55] questiona se, nos delitos culposos e qualificados pelo resultado, "sua natureza peculiar já exige critérios especiais, que posteriormente serão posicionados sob o largo teto da assim chamada imputação".

Quanto a isto é necessário mais uma palavra. É correto que a teoria da imputação objetiva não consegue mais reduzir-se a um único ponto de vista, como ocorria com Larenz e Honig, aos quais interessava unicamente a exclusão do acaso. Criação de risco e superação do risco permitido, diminuição do risco e fim de proteção da norma de cuidado, os princípios da responsabilidade da vítima e de terceiros caracterizam, cada qual, aspectos diversos de imputação. Mas isso não faz deles um conglomerado arbitrário de perspectivas heterogêneas de solução de problemas, eis que tais critérios dizem, em seu conjunto, que características deve ter o vínculo entre o comportamento e o resultado, para que se esteja diante de uma ação de matar, lesionar ou danificar que realize o tipo objetivo.

Estes pontos de vista, que ainda poderiam ser complementados por outros, não resultam do acaso, mas fundam-se nos princípios político-criminais de uma proteção de bens jurídicos dentro dos limites do Estado de Direito, que é aquilo para que serve o nosso Direito Penal. Quem deseja proteger jurídico-penalmente bens que não podem ser protegidos de outra forma, deve tornar a criação e a realização de um risco não permitido para estes bens o critério central de imputação, mas deve também utilizar o risco permitido, o fim de proteção da norma de cuidado bem como a auto-responsabilidade da vítima e a esfera de responsabilidade de terceiros para limitar a responsabilidade, o que é necessário em razão do bem comum e da liberdade individual.

A teoria da imputação objetiva possui, portanto, uma vasta base teórica e satisfaz perfeitamente as exigências de uma sistemática fundada sobre finalida-

(54) Como a nota 45, p. 407.

(55) Como a nota 46, p. 91.

des político-criminais.[56] De qualquer maneira, a teoria está bem longe de constituir unicamente uma etiqueta para uma série de problemas diversos e desconexos, como pensa Hirsch. Ao contrário da opinião defendida por Hirsch, parece-me que é exatamente a teoria da imputação objetiva que também está a demonstrar que a moderna dogmática jurídico-penal não pode ficar parada nos conhecimentos obtidos por Welzel e pelo finalismo.

(56) (N. do T.) Esta concepção de um sistema fundamentado sobre valorações político-criminais – o chamado sistema funcionalista, teleológico-racional, teleológico-funcional do delito – foi esboçada, primeiramente, em 1970, no livro *Kriminalpolitik und Strafrechtsystem*, 2. ed., Berlin: DeGruyter, 1972, de que foi recentemente publicada tradução brasileira: *Política criminal e sistema jurídico-penal* (Trad. Luís Greco), Rio de Janeiro : Renovar, 2000. Para mais detalhes sobre a evolução da teoria do delito, em especial sobre a superação do finalismo pelo funcionalismo, vejam-se: Figueiredo Dias. "Sobre a construção dogmática do fato punível". *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 187 *et seq.*; Luís Greco. "Introdução à dogmática funcionalista do delito". *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 32/120 *et seq.*

1.2

A FALSIFICAÇÃO DA MOEDA ÚNICA EUROPÉIA (EURO): o tratamento jurídico na União Européia*

JOHN VERVAELE

SUMÁRIO: 1. Integração regional, moedas únicas e falsificações: visão histórica – 2. Uma resposta internacional à falsificação transnacional: a Convenção de Genebra sobre a falsificação de moedas – 3. A situação das falsificações de reservas internacionais e transações monetárias – 4. Integração regional na Europa e a introdução de uma moeda única européia – 5. A falsificação da moeda única européia – 6. Conclusões.

Resumo: O presente artigo contém, inicialmente, um breve histórico da falsificação de moedas no contexto de cooperações ou integrações regionais, uniões aduaneiras e, principalmente, dos EUA. Em seguida, apresenta uma análise da falsificação de moedas enquanto um crime transnacional e o respectivo tratamento que recebeu na Convenção de Genebra, de 1929. Refere-se, ainda, à situação da falsificação de reservas internacionais e transações monetárias – principalmente, a respeito do uso e da falsificação do dólar no exterior, e das respectivas políticas de combate. Revela também o desenvolvimento paulatino da integração regional econômica na Europa até a adoção de uma moeda única (euro) e a respectiva perda de jurisdição monetária por parte dos Estados-membros para o Sistema Europeu de Bancos Centrais. Por fim, delineia considerações a respeito da falsificação da moeda única européia, mas especificamente sobre quem tem competência para proteger penalmente o euro, como se definem as políticas criminais dos Estados-membros e da União Européia, e a questão de ser a proteção penal do euro a base para uma competência penal da UE.

Palavras-chave: Falsificação de moeda – Moeda única – Euro – Crime transnacional – União Européia.

1. Integração regional, moedas únicas e falsificações: visão histórica

A falsificação deve ser a "segunda profissão" mais antiga no mundo. Vários livros que contêm um histórico da contrafação relatam episódios interessantes sobre a falsificação de moedas, até mesmo antes e durante o Império Romano. Os

(*) Tradução: Dra. Miriam Helena Schaeffer.

romanos, sob a Constituição de Constantino, consideraram a falsificação de moedas como um *crimen laese majestatis*, contra a honra do soberano, portanto, contra o poder divino e a soberania. Em vários períodos da história, a falsificação de moedas foi considerada crime de traição, sendo aplicada a pena de morte. Os governantes chineses, já no século XIII, usavam cédula de papel (papel-moeda), cuja contrafação era considerada uma violação do selo do Imperador e punida com pena de morte.

A moeda nem sempre é uma expressão da soberania nacional, mas pode estar ligada a projetos de cooperação regional ou integração regional e a formas de união monetária. Também na Europa aconteceram várias experiências nesse sentido. A União Aduaneira dos Estados Alemães, criada em 1834, consistiu em uma união monetária com moeda própria (o *thaler*), e foi a predecessora da união política, em 1871, dentro do *Reich* Alemão. Entre 1865-1925 foi estabelecida uma União Monetária Latina entre a Bélgica, França, Grécia, Itália e Suíça, a qual adotou o franco como moeda em seu período embrionário. Suécia, Noruega e Dinamarca também tiveram uma moeda única (o *crown*) entre 1873 e 1931.

Entretanto, atualmente, quando se pensa em moeda única, integração regional e falsificação, quase que automaticamente supõe-se o *greenback*, o dólar americano (USD). E isso ocorre não apenas devido ao fato de o dólar ter-se tornado a moeda única dos Estados Unidos da América, mas também por ser a moeda de maior circulação mundial, apesar de sua reputação de ser um dinheiro de alto risco de falsificação. Em muitos países onde o dólar americano circula regularmente, as notas de US$ 100 e 50 não são aceitas com freqüência.

A contrafação do dólar merece atenção também sob o ponto de vista histórico. Quando e de que forma foi introduzido o *greenback* como moeda única? E como foi resolvido o problema de sua falsificação nos Estados Unidos da América, considerando os poderes limitados da União na federação? A história da falsificação de moeda nos Estados Unidos da América está intimamente relacionada à história da política americana e ao fortalecimento do poder regulatório federal. A primeira moeda falsificada nos Estados Unidos foi o *wampum*, que serviu de moeda tanto para os europeus quanto para os nativos americanos. O *wampum* era composto de contas e miçangas feitas de conchas. A falsificação e a desvalorização do *wampum* produziram sérios efeitos na economia das colônias da Nova Holanda e da Nova Inglaterra. Os primeiros colonizadores americanos usavam também moedas inglesas, espanholas e francesas enquanto estavam sob o domínio inglês. A falsificação foi também um importante instrumento durante a *Revolutionary War*. Em 1775, quando a Guerra Revolucionária tornou-se inevitável, o Congresso Continental autorizou a emissão de moeda para financiar o conflito. Durante a Revolução Americana, a moeda britânica usada na América do Norte foi falsificada em tamanha escala, que logo se tornou sem valor.

Em razão da declaração da independência e da criação do Estado Federal, a introdução de uma moeda única federal não foi objeto de preocupação. Em 1792, o Congresso aprovou o *Mint Act*, o qual estabeleceu o sistema de cunhagem de

moedas dos EUA e introduziu o dólar como principal unidade monetária. Apesar de o Governo não ter criado um sistema de papel-moeda único com curso forçado, a proteção das moedas usadas na Federação foi uma questão que mereceu atenção.

Os "Constituintes", quando promulgaram a Constituição norte-americana, entre outros aspectos, distanciaram-se da tradição inglesa nas colônias ao limitar o crime de traição. A partir de então, a traição foi definida na própria Constituição, excluindo a falsificação de sua definição; conseqüentemente, o Congresso ficou impedido de tratar a falsificação como um crime de traição. Por outro lado, os Constituintes tinham consciência da necessidade de um dispositivo regulando a questão da moeda. Diante da ausência de papel-moeda, o dispositivo constitucional limitou-se às moedas: "O Congresso tem o poder (...) de cunhar moedas, regular seu valor, e o da moeda estrangeira, e fixar o padrão de pesos e medidas". Cientes do perigo da falsificação, foi incluído um dispositivo sobre a falsificação na Constituição: "O Congresso tem o poder (...) de estabelecer a punição da falsificação de títulos e da moeda corrente dos Estados Unidos". A falsificação estava entre os crimes da expressa e limitada lista que o Congresso tinha o poder de punir.

No século XIX, a introdução de papel-moeda como mais uma forma de moeda regular agravou o problema da falsificação. É estimado que, durante a Guerra Civil, 30 a 50% do dinheiro em circulação era falsificado.

Não se pode esquecer que os Bancos Estaduais desenhavam e imprimiam suas próprias notas. Em 1782, na Filadélfia, foi criado o primeiro banco dos Estados Unidos – *The Bank of North America*. Dois anos mais tarde, o Banco de Nova York e o Banco de Massachusetts abriram suas portas. Foram os únicos bancos que permaneceram em operação até a adoção da Constituição de 1787. O considerável aumento do número de bancos estaduais, no período entre a Guerra Civil e a promulgação da Constituição de 1787, em nada contribuiu para a criação de uma moeda única. Entre 1793 e 1861, cerca de 1.600 bancos estatais foram autorizados a imprimir e fazer circular suas próprias cédulas, conforme as Constituições estaduais. Todos os bancos possuíam seu próprio modelo de cédula, e as respectivas moedas possuíam graus próprios de confiabilidade. Havia, aproximadamente, 7.000 variedades de papel-moeda. Por volta de 1850, a falsificação de moedas tornou-se um problema maior.

Em 1862, durante a Guerra Civil, o Secretário do Tesouro requereu ao Congresso autorização para emitir papel-moeda para pagamento de obrigações do Governo, em especial para o financiamento da Guerra. Em 1861, o Governo aprovou uma lei permitindo que o Tesouro emitisse e fizesse circular papel-moeda, *Demand Notes*. O Congresso respondeu com a promulgação de *Legal Tender Acts*, conferindo curso forçado às notas do Tesouro, e com a introdução, em 1863, da moeda única nacional, *United States Note*, alcunhada de *greenback*. Os problemas técnicos de impressão e de segurança foram resolvidos com a criação do *Bureau of Engraving and Printing* – Casa da Moeda. As *greenbacks* eram impressas em papel de linho e algodão, e desenhos específicos eram utilizados para

dificultar a contrafação. A tinta verde, que não podia ser fotografada àquela época, era usada para impressão do reverso da nota. A moeda única nacional substituiu as cédulas bancárias estaduais. O valor do dólar americano estabilizou, mas a intensa circulação da moeda e o aumento de sua falsificação obrigou o Governo Federal, já em 1865, a criar uma agência responsável pelo combate ao dinheiro falso: o Serviço Secreto.

Entretanto, a determinação da autoridade constitucionalmente responsável para fazer cumprir a legislação sobre a falsificação era uma questão controvertida, relacionada ao problemático debate de jurisdição federal *versus* jurisdição estadual. Em 1816, a Suprema Corte Americana decidiu, no caso McCulloch *v.* Maryland, que o Congresso poderia basear-se na *Necessary and Proper Clause* para determinar as competências federais relativas às matérias econômica e fiscal. A primeira vez que a Suprema Corte enfrentou o problema da falsificação foi no caso Fox *v.* Ohio. Fox havia sido condenado com base em uma lei estadual que proibia o repasse de moedas americanas falsificadas. A Suprema Corte não seguiu as razões do réu, afirmando que o Artigo da Falsificação e o Artigo da Cunhagem de Moedas atribuíam ao Congresso a competência exclusiva de punir crimes contra a moeda nacional. Alegou, ainda, que a falsificação era um crime que atingia diretamente o Governo Federal e, conseqüentemente, dentro da competência do Congresso, enquanto que o repasse de moedas falsificadas tratava-se de um "dano privado", portanto, objeto do poder de polícia dos Estados. A Suprema Corte, porém, alterou seu entendimento, ao menos no que concerne à interpretação dada à Cláusula de Cunhagem, no caso US *v.* Marigold. Marigold, condenado em uma Corte federal por importação ilegal de moedas americanas falsificadas, contestou a constitucionalidade das leis federais, uma vez que ultrapassavam a competência do Congresso. A Suprema Corte rejeitou os argumentos do réu, afirmando que as leis federais resultavam do exato exercício dos poderes determinados pelos artigos do "Comércio Interno e Externo" e da "Cunhagem de Moeda". A falsificação é considerada uma séria ameaça ao desenvolvimento e funcionamento da economia nacional. A Suprema Corte salientou que o poder de regular a economia interestadual abrangia todo e qualquer assunto de comércio, tendo o legislador a discricionariedade na escolha da matéria. Quanto aos dispositivos da legislação federal relativos ao "Artigo da Cunhagem", a Suprema Corte decidiu que:

"Eles referem-se à execução de um importante voto de confiança dado pela Constituição, e à obrigação de corresponder a esta confiança da parte do Governo, nomeadamente, a confiança e a obrigação de criar e manter um valor padrão uniforme e puro do metal por toda a nação. A competência de cunhar moeda e de regular seu valor foi atribuída ao Congresso pela Constituição com o propósito, conforme assinalado pelos constituintes, de criar e preservar a uniformidade e a pureza do valor padrão."

A Suprema Corte argumentou ainda que:

"Se o instrumento que o Governo foi autorizado a criar e estabelecer pudesse ser banido e, imediatamente, substituído por outro que não tivesse criado, estima-

do ou autorizado – possuindo nenhum valor intrínseco –, então o poder conferido pela Constituição seria inútil – totalmente desprovido de meios para alcançar qualquer finalidade a que foi destinado. Quaisquer que sejam as funções do Congresso autorizadas pela Constituição, quando o bem público o requerer, elas deverão ser executadas; e, sob esse princípio, havendo emissão de um meio circulante, um valor padrão indispensável aos objetivos da comunidade, bem como para o funcionamento do próprio Governo, o legislador federal está, dessa forma, autorizado e obrigado a prevenir o aviltamento e a extinção desse meio, a destruição da confiança geral e conveniência, pelo influxo e substituição de uma moeda espúria em lugar de uma moeda constitucional (...). Relacionamos tanto o crime quanto a autoridade de punir ao poder conferido pela Constituição para cunhar moeda, e ao correspondente e necessário poder e obrigação de proteger e preservar na sua pureza essa moeda constitucional para o benefício de toda a nação. Enquanto mantivermos a máxima de que nenhum poder deve ser concedido ao Governo Federal que não possa ser regulado e legitimamente fundado na Carta de sua criação, reconhecemos igualmente a obrigação de não retirar dele nenhum poder ou atributo que, pelo mesmo instrumento, tenha sido declarado necessário para a execução de poderes expressamente garantidos, e para o cumprimento de obrigações claras e bem definidas."

Fica claro que a Suprema Corte nenhuma vez se baseou no "Artigo da Falsificação" para justificar a competência federal para punir crimes colaterais à falsificação, mas, ao contrário, usava o artigo da "Cunhagem e o dos Necessários e Devidos Poderes" para justificar a jurisdição federal.

A competência do Congresso para criar uma moeda única nacional esteve em discussão em inúmeros casos no final da Guerra Civil, grande parte porque as pessoas não aceitavam as *greenbacks* como dinheiro regular e queriam a restituição em moedas de ouro e prata dos produtos e dinheiro ilegalmente confiscados durante a Guerra Civil. O primeiro caso interessante perante a Suprema Corte foi Veazie Bank *v.* Fenno. A Suprema Corte confirmou, com a decisão, o poder do Congresso de assegurar um sistema monetário uniforme:

"Não se pode duvidar que, conforme a Constituição, o poder de regular a circulação de moeda foi conferido ao Congresso. E isto está sedimentado pela prática uniforme do Governo e pelas repetidas decisões de que o Congresso pode constitucionalmente autorizar a emissão de notas de crédito (...). Atualmente, isto consiste em moedas, *United States notes*, e em notas dos bancos nacionais. Ambas as notas podem ser propriamente descritas como notas de crédito, pois ambas são fornecidas pelo Governo; ambas são emitidas sob crédito do Governo; e o Governo é responsável pelo resgate de ambas; originalmente, em relação às notas americanas, e secundariamente, em caso de incapacidade gestora do banco, em relação às notas dos bancos. Tendo assim assumido a obrigação de prover um sistema monetário para todo o país, no exercício incontestável do poder que lhe foi constitucionalmente atribuído, não pode ser questionado que o Congresso tenha competência para assegurar as vantagens do mesmo à população através da legislação apropriada. Para esta finalidade, o

Congresso tem negado às moedas estrangeiras curso forçado, e previu, através de legislação, contra a introdução de falsificações e moeda vil na comunidade. Com o mesmo fim, o Congresso pode restringir, através de atos apropriados, a circulação, como moeda, de qualquer nota não emitida sob a sua autorização. Sem este poder, na verdade, sua tentativa de assegurar uma plausível e uniforme moeda para todo o país restaria frustrada."

Entretanto, em 1868, as *Legal Tender Acts* foram declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte em Hepburn *v.* Griswold:

"Somos obrigados a concluir que uma lei que estabelece meras promessas de pagar dólares com poder liberatório para pagamento de débitos previamente contraídos, não é um meio apropriado, plenamente adaptado, realmente calculado para levar a efeito qualquer poder expresso investido no Congresso; que tal ato é inconsistente com o espírito da Constituição; e, portanto, é proibido pela própria Constituição."

A nomeação de novos ministros para a Suprema Corte tornou possível que a decisão em Hepburn *v.* Griswold fosse rejeitada no *Legal tender case*, em 1870. Esta foi sem dúvida uma decisão marcante na história, porque a Suprema Corte e seus ministros, nas suas opiniões concorrentes ou divergentes, consideraram todas as decisões precedentes a respeito do tema em discussão. A Corte não se baseou no artigo da "Cunhagem", mas sim fundamentou-se em outras partes da constituição, principalmente no artigo dos "Necessários e Devidos Poderes", em relação ao poder de tornar notas do tesouro com curso forçado entre partes privadas com seu valor nominal para débitos preexistentes:

"É certo, também, que o poder de dar curso forçado à moeda, apesar de restrito para os Estados a ouro e prata, não foi proibido ao Governo Federal; mas também não o era permitido. (...) O poder de emprestar dinheiro abriga o poder de emitir obrigações para o pagamento do dinheiro emprestado, e pode, porventura, ser retirada dele mesmo a sustentação para a emissão pelo Governo de suas próprias notas de crédito. Esse poder foi reconhecido por muitos desde os primórdios na história do Governo, e, em 1812, o Governo lançou suas notas do tesouro, que circulavam como dinheiro, apesar de não declaradas com curso forçado (...). Esta Corte pronunciou-se a respeito quando se referiu aos incontestáveis poderes do Congresso de providenciar uma moeda para o país, consistindo amplamente de notas do tesouro. Não há nenhuma pretensão de que os meios em questão sejam proibidos (...). Os meios consistem na emissão de notas como moeda e na atribuição às notas da faculdade de pagamento de obrigações do e para o Governo, e na garantia de curso forçado (...). Esta Corte não pode determinar que os meios agora em discussão sejam excluídos do campo de exame, quando os instrumentos para o desejado fim devem ser escolhidos. Isto posto, o privilégio de escolha está com o Congresso. Dentro desse campo o Congresso é supremo. Esta Corte pode examinar a competência do Congresso, mas não a habilidade do Congresso de adotar decisões sensatas. Se o Congresso pode emitir uma moeda como um meio adequado a um fim legítimo, ele será competente, em face de seu poder discricionário, para atribuir a essa moeda poucas, muitas ou todas as faculdades do dinhei-

ro. A principal objeção a essa forma de argumentação é que ela vai longe. E realmente vai."

Finalmente, o poder federal de punir alguém pela falsificação de moeda estrangeira foi sustentado pela Suprema Corte em United States *v.* Arjona, quando a mesma decidiu que as cláusulas internacionais da Constituição e o Direito costumeiro internacional concedem ao Governo Federal a obrigação e o dever da devida diligência para prevenir esse crime contra o direito das nações. E a Suprema Corte sublinhou que o dever e a obrigação de proteger não estão limitados à moeda:

"(...) não apenas toda nação tem o direito de requerer a proteção, tanto quanto possível, de seu crédito no exterior contra fraudes, bem como os bancos e as outras grandes corporações comerciais, que tenham sido criadas dentro de suas próprias jurisdições para a promoção do bem público, podem requerer que seus interesses não sejam negligenciados por um Governo estrangeiro, a cujo domínio sujeitaram-se, em certa medida, por causa da realização de seus negócios. Nenhuma nação pode ter mais interesse nesse tema que os Estados Unidos. Seu sistema monetário é praticamente composto por notas do tesouro ou certificados emitidos por ele mesmo, ou por notas bancárias emitidas por bancos criados sob a sua própria autoridade e sujeitas ao seu controle. Seus próprios títulos e os de seus Estados, cidades e empresas públicas, cujos interesses no exterior apenas ele pode proteger contra a negligência dos Estados estrangeiros, são encontrados à venda nos principais mercados monetários europeus. Se esses títulos, nacionais, municipais ou de corporações, são forjados e falsificados com impunidade nos lugares em que são vendidos, é fácil verificar que um grande dano poderá ser causado aos Estados Unidos e a seu povo. Qualquer incerteza quanto à genuinidade do título necessariamente deprecia seu valor como um produto negociável, e contra isso a comunidade internacional requer que proteção nacional, tanto quanto possível, seja fornecida. Se houver negligência a esse respeito, os Estados Unidos, com propriedade, pode reclamar do referido Governo a punição de tal crime, e, assim, diminuir o receio em relação às conseqüências do ilícito. Uma recusa pode não ser razão suficiente para uma guerra, mas daria, certamente, fundamento para reclamação, perturbando assim a harmonia entre os Governos, a qual cada Estado é obrigado a cultivar e promover."

Com o julgamento desse caso, a discussão foi dirimida de uma vez por todas, e a divisão de poderes entre a Federação e os Estados-membros tornou-se um fato.

Verifica-se que, concomitantemente à introdução do dólar americano como moeda única dos Estados Unidos, foi estabelecido um sistema coercitivo federal que dispunha sobre as competências para regular, para executar e para julgar. O Serviço Secreto Federal estava envolvido desde o início com os trabalhos de inteligência e investigação na luta contra a falsificação. Ressalta-se também o fato de a Suprema Corte Americana, àquela época, estar consciente da obrigação e do dever de usar a devida diligência para prevenir o crime de contrafação ofensivo ao Direito das nações.

2. Uma resposta internacional à falsificação transnacional: a Convenção de Genebra sobre a falsificação de moedas

Na Europa, a contrafação de moedas transnacionais somente foi entendida como um problema real após a ocorrência de alguns grandes casos de falsificação no período entre 1920-1930. A França, por exemplo, tornou-se vítima da falsificação de francos franceses em grande escala na Hungria. Lembrando que a Hungria já havia sido inclusive cenário de falsificações das moedas da Iugoslávia e da Tchecoslováquia, mas o escândalo envolvendo os francos franceses teve maior repercussão, devido ao alto nível de participação política no caso das falsificações e conseqüente tratamento brando dado aos perpetradores. Apesar das prisões realizadas na Holanda, e de processos judiciais conduzidos na Hungria, o resultado gerou algumas insatisfações. As penas foram consideradas muito leves, e alguns servidores de alto escalão e políticos não foram processados. Decorreu desse fato a ação de determinados Estados visando a regulamentação do problema pela Liga das Nações (antecessora das Nações Unidas), considerando também que nem todos os ordenamentos jurídicos nacionais tratavam a falsificação de moeda como crime e a situação poderia ficar pior do que aquela revelada pelo escândalo da Hungria. Para esses Estados, levar o problema à Liga das Nações significava a possibilidade de tornar a falsificação um crime contra a ordem legal internacional. O Comitê Financeiro da Liga das Nações criou uma Comissão Mista, composta de especialistas em Direito Penal internacional sob a presidência do jurista Pella, da Romênia. Essa Comissão Mista produziu um excelente relatório de Direito comparado, considerando questões de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Penal internacional; e elaborou uma minuta da Convenção. O diagnóstico soará familiar:

"Resulta que a proteção penal internacional da moeda encontra atualmente certas dificuldades, causadas por: 1) diferenças entre as legislações dos diversos Estados no que se refere à tipificação da falsificação; 2) princípios atuais de Direito Penal internacional, que asseguram por vezes a impunidade dos culpados; 3) falta de uma cooperação rápida e direta entre as autoridades responsáveis, nos diversos Estados, para perseguir os falsificadores."

Na Comissão Mista uma tendência tornou-se clara, típica do espírito da época, em favor do estabelecimento de uma corte criminal internacional, à qual seria atribuída também jurisdição para processar crimes financeiros, incluindo a falsificação de moedas. Essa tendência não prevaleceu na Conferência Diplomática da Liga das Nações, para a qual 35 países enviaram delegações, e o resultado ficou limitado a aprovação e ratificação da Convenção Internacional sobre a Supressão da Falsificação de Moedas (Genebra, 20.04.1929). Essa Convenção pode ser considerada como resultante de um balanço entre a necessidade de internacionalizar o crime de falsificação de moeda e o dever político de respeitar a autonomia legislativa dos Estados soberanos.

A Convenção é clássica no sentido de que suas regras limitam-se a seu espectro de jurisdição. Isto significa que não foram criados poderes transnacionais ou

supranacionais com respeito aos atos investigativos ou de sanção. As normas da Convenção, dirigidas aos Estados-partes, objetivam a aproximação das práticas e sistemas legais dos mesmos. O art. 18 estabelece de forma clara: "Essa Convenção não afeta o princípio de que os ofensores, referidos no art. 3, devem em cada país, sem ser jamais permitida a impunidade, ser identificados, processados e punidos em conformidade com as regras gerais de seu Direito interno". Não obstante, a Convenção em alguns aspectos contém obrigações de amplo alcance, especialmente para aquela época, e mesmo para os tempos atuais.

Inicialmente, a Convenção prevê alguns crimes (art. 3), sem cominar, contudo, as respectivas sanções. É memorável o fato de ter sido imposta aos Estados-partes a obrigação de proteger pela via do Direito Penal a moeda nacional e as moedas estrangeiras de modo similar (art. 5). A Convenção também contém importantes dispositivos referentes à atuação dos órgãos de investigação. O art. 12, por exemplo, estipula que:

"Em cada país, dentro da estrutura de seu Direito interno, investigações a respeito de falsificações devem ser organizadas por uma unidade central. Esta unidade central deverá estar em contato próximo:

a. Com instituições que emitem moedas;

b. Com as autoridades policiais dentro do país;

c. Com os escritórios centrais de outros países.

A Unidade deverá centralizar, em cada país, todas as informações que facilitem as investigações, a prevenção e a punição da falsificação de moedas."

O art. 13 impõe às autoridades centrais os deveres de cooperar e trocar informações. O art. 14 especifica essa obrigações. Devem ser trocadas informações sobre a descoberta da falsificação de moeda, o andamento das investigações e dos processos criminais. É impressionante que, já em 1929, os Estados-partes eram capazes de concordar com o princípio da direta comunicação das cartas rogatórias, se possível entre as autoridades centrais. A mensagem era claramente de evitar o quanto possível os canais Reais ou diplomáticos (Ministério da Justiça e Relações Exteriores) para as cartas rogatórias, visando estabelecer um sistema eficiente de cooperação judiciária.

Durante a Conferência, também esteve em questão a criação de uma unidade central internacional. O Governo Austríaco e a Comissão Policial de Crimes Internacionais em Viena realmente sustentaram, porém em vão, a idéia de uma unidade internacional em Viena como o escritório central oficial da Liga das Nações:

"Apesar de ambas, a Comissão Mista e a Conferência, reconhecerem em princípio o desejo da criação de uma tal unidade para manter o contato com as unidades centrais nacionais de todos os países, concluíram, então, que o tempo para o estabelecimento de uma unidade tal ainda não havia chegado."

Apesar de a soberania dos Estados-partes ser reconhecida, conforme o art. 18, a Convenção proíbe os Estados de excluir a falsificação dos crimes passíveis de extradição, quando, inclusive, introduz uma obrigação de extraditar com base

na própria Convenção, no caso de os Estados não fazerem a extradição com base na existência de tratados ou de reciprocidade (art. 10). Uma obrigação geral de extraditar é também prevista em um Protocolo opcional, o qual estipula que os crimes constantes do art. 3 devem ser considerados crimes comuns, em relação aos quais a extradição deve ser concedida de acordo com o Direito aplicável no Estado solicitado. No caso da não-extradição de nacionais do Estado solicitado, o art. 8 introduz o dever de este processar tais indivíduos e puni-los da mesma forma como se o crime tivesse sido praticado em seu próprio território. A previsão dessa matéria em um Protocolo Adicional deveu-se à impossibilidade de um acordo sobre ser o crime de falsificação um crime comum, sem conotações políticas ou financeiras/fiscais e, portanto, passível de extradição. Essa Convenção claramente limita o efeito da clássica teoria dos "Atos do Estados", segundo a qual, Estados soberanos não assistem uns aos outros em questões fiscais ou criminais.

Atualmente, a Convenção de Genebra é um importante instrumento na luta contra a falsificação de moedas. Em virtude dessa Convenção, as regras relativas à contrafação têm sido, em certa medida, harmonizadas nos Estados, e um espaço de cooperação tem sido criado por intermédio dos escritórios centrais. Por essa razão, cumpre notar que a Convenção ainda não está em vigor em dois países-membros da União Européia, quais sejam Luxemburgo e Suécia.

3. A situação das falsificações de reservas internacionais e transações monetárias

O fato de o mundo financeiro, as agências financeiras regulatórias e as agências de execução das leis estarem extremamente interessados no volume e no *modus operandi* com respeito à falsificação de moedas não é causa para surpresas. Durante a preparação da Convenção de Genebra de 1929, uma pesquisa foi realizada entre vários bancos de emissão de moeda em diferentes países. O resultado demonstrou um surpreendentemente alto volume de dólar americano confiscado num curto período de tempo.

Informações disponíveis ao público sobre contrafação de moedas européias são raras ou mesmo inexistentes. Mesmo em relação ao marco alemão, enquanto única moeda européia utilizada em larga escala como um meio de transação, não existem relatórios públicos disponíveis a respeito. Nos Estados Unidos da América, entretanto, um extenso relatório foi publicado, recentemente, sobre "O uso e a falsificação da moeda americana no exterior". Esse documento foi elaborado pela Comissão Administrativa Avançada de Combate à Falsificação de Moeda – formada por servidores do Tesouro Nacional, do Serviço Secreto, da Casa da Moeda –, em conjunto com o Conselho de Governadores do Fundo de Reserva Federal. Vários países foram visitados, incluindo a Rússia e a Argentina (maiores detentores de dólar fora dos EUA), e importantes contatos com bancos centrais e bancos de distribuição de notas foram estabelecidos, além de contatos do Serviço Secreto americano.

O reconhecido fenômeno de que o dólar é realmente uma moeda mundial está demonstrado nos números que seguem. Dos US$ 500 bilhões de notas do Fundo de Reserva Federal em circulação, um montante de 70% está no exterior. As principais áreas de transação em dólar são a antiga União Soviética, a América Latina e o Oriente Médio. Em muitos desses países, o dólar é uma reserva de valores, uma linha de transação e uma unidade contábil, mesmo que não seja a moeda oficial. Os principais centros de distribuição da moeda americana no exterior são Buenos Aires, Frankfurt, Londres, Zurique, Hong Kong e Singapura.

Essa notável quantia de dólar no exterior, por um lado, gera um enorme retorno de impostos para os Estados Unidos da América – os contribuintes americanos ganham, através de empréstimos sem juros, o montante equivalente à moeda mantida no exterior; mas, por outro lado, cria um risco mundial de falsificação dessa moeda. Em que medida o dólar é falsificado, e qual o montante de dólar falsificado que está em circulação no exterior? É possível falar em uma falsificação global? O valor de falsificações detectadas é mais alto no caso das cédulas bancárias de US$ 100, sendo 6,32 detectadas em um milhão de dólares. No ano fiscal de 1998, um valor em torno de US$ 43 milhões de notas falsificadas foi repassado ao público, ou seja, ao redor de um dólar por cada US$ 11.600 em circulação. Desses US$ 43 milhões, US$ 40 milhões foram repassados dentro dos Estados Unidos, sendo o restante repassado no exterior. Assim, a maioria da moeda falsificada é destinada aos próprios Estados Unidos; entretanto, sua produção e apreensão ocorrem, em grande extensão, no exterior.

O citado relatório indica seis países e uma região que merecem atenção especial quando se trata de ameaças de contrafação: Rússia, Colômbia, África do Sul, Alemanha, Itália, Vietnã e o Oriente Médio. Em termos de valores, a Colômbia está entre os dez primeiros países com notas falsificadas apreendidas e é a mais importante fonte de notas falsificadas que entram nos EUA. Considerando o total de dólar falsificado repassado dentro dos EUA no ano fiscal de 1998, 36% partiram da América do Sul, e desta quantia, 97% foram provenientes da Colômbia. A Rússia tem a maior quantia da moeda americana em comparação com qualquer outro país, excetuando-se os Estados Unidos, e produz uma quantidade relevante de falsificações. A quantia de moedas apreendidas, porém, não é alta, o que pode ser explicado melhor pela qualidade da execução do Direito nacional do que pelo fenômeno em si. O Serviço Secreto americano estabeleceu um escritório em Moscou no início de 1999, o qual tem reforçado sua habilidade em conduzir investigações e juntar evidências.

A situação mais surpreendente, entretanto, é a da Itália. Em 1985, o Serviço Secreto americano estabeleceu uma Força-Tarefa em Milão, sabedor do alto índice de movimentação da atividade de falsificação no norte da Itália. As falsificações de origem italiana aparentemente são de extrema boa qualidade. Os falsificadores do norte da Itália usam tecnologia altamente avançada, produzindo falsificações tanto por meio de computadores como de sofisticadas máquinas copia-

doras e impressoras. Em 1996, o Serviço Secreto decidiu estabelecer um escritório permanente em Milão. Apesar disso, ou graças a essa presença, no ano fiscal de 1996-1998, a Itália estava entre os três primeiros produtores de moeda americana falsificada no mundo. Em 1998, inclusive, a Itália ocupou o primeiro lugar: 37.614.330 notas foram apreendidas na Itália, enquanto que 29.942.874 notas foram apreendidas nos Estados Unidos da América.

Os autores do relatório criticaram as políticas de combate à falsificação fora dos Estados Unidos:

"De uma forma geral, a falsificação da moeda americana não é e continua não sendo considerada um crime significante na maioria dos países. Além disso, não havia nem uma central de depósito das notas falsificadas, nem uma política coerente para reportar a atividade de contrafação (...) muitas melhorias têm sido alcançadas através das técnicas investigativas do Serviço Secreto, da coleta de dados, e, acima de tudo, por intermédio do relacionamento com as agências responsáveis pela execução das leis e com as instituições financeiras. A presença no meio tem crescido, e novos escritórios têm sido criados em localizações estratégicas."

Por essas razões, o relatório insiste na competência coativa transnacional do Serviço Secreto:

"Bancos estrangeiros e agências responsáveis pela execução das leis estão interessados em manter contato com o Serviço Secreto para intercambiar conhecimento, tecnologia e informação para a detecção e contenção das atividades de contrafação (...) organizações financeiras estrangeiras e órgãos responsáveis pela aplicação do Direito geralmente apreciam o aumento da presença do Serviço Secreto para coordenar e dirigir seus esforços na detecção e contenção da atividade de falsificação em seus respectivos países."

Uma Lei de 1993, *International Counterfeiting Deterrence Act*, estabeleceu um grupo de força internacional para o combate das falsificações. Trata-se de um grupo operacional composto por representantes de várias instituições, incluindo membros do Serviço Secreto, FBI, CIA, Fundo de Reserva Federal, e um Procurador Geral. O Grupo de Força é responsável por: a) coletar informações; b) cooperação e acordos internacionais; e c) treinamento de grupo antifalsificação no exterior. A entidade operacional é, entretanto, o Serviço Secreto. O Serviço Secreto atualmente possui escritórios permanentes em 15 cidades-chave de localização estratégica: Bangkok, Berlim, Bogotá, Hong Kong, Londres, Manila, Milão, Montreal, Moscou, Nicósia, Ottawa, Paris, Pretória, Roma e Vancouver. É também amplamente conhecido que o Serviço Secreto faz uso de forças-tarefas, técnicas de investigação e de inteligência. O Serviço Secreto recentemente desenvolveu dois sistemas para melhorar as representações estatísticas: *The Counterfeit Contraband System* – um sistema *on line* de comunicação entre os escritórios do Serviço Secreto no exterior – e um *site* de procura de notas falsificadas, que permite o usuário autorizado a especificar os identificadores numa nota para determinar se é falsa ou não.

4. Integração regional na Europa e a introdução de uma moeda única européia

No Tratado original da Comunidade Européia, o art. 3.° continha a base legal para uma certa coordenação das políticas econômicas dos Estados-membros, incluindo o remédio ao déficit público. Os originais arts. 104 e 105 (1) do Tratado da Comunidade Européia detalhavam a questão, dispondo que os Estados-membros estavam obrigados, sozinhos, e em coordenação entre eles, a perseguir a política econômica necessária para assegurar o equilíbrio da balança comercial nacional de pagamentos e manter a confidência nas respectivas moedas nacionais.

O *Single European Act*, que entrou em vigor em 1987, adicionou um novo artigo (art. 102, a) e um novo Capítulo, intitulado "Cooperação em Política Econômica e Monetária". A convergência de políticas econômicas e monetárias necessárias para um maior desenvolvimento da Comunidade tornou-se uma questão política importante. O Tratado Maastricht sobre a União Européia, de 1992, fez importantes emendas e adições ao Tratado da Comunidade Européia com o propósito de criar a União Econômica e Monetária (UEM). O Tratado de Amsterdã, assinado em 1997, que entrou em vigor em maio de 1999, não emendou as normas relativas à UEM.

Politicamente, o aprofundamento da integração foi preparado de forma cuidadosa. Já em 1969 o Conselho Europeu decidiu que um plano deveria ser elaborado no sentido de prever a criação da União Econômica e Monetária. Em 1970, a Comissão Werner iniciou suas atividades. Seu relatório delineou as principais características da futura UEM: a adoção de uma moeda única, ou ao menos uma mútua, total e irreversível conversão e centralização das políticas de crédito e monetárias, incluindo um sistema comunitário para os Bancos Centrais. O fundamento dessas conclusões foi repetido pela Comissão Delors em 1989. A Comissão Delors estava plenamente ciente de que a integração econômica e financeira poderia não obter sucesso sem uma moeda única e sem a transferência do poder de decisão dos Estados-membros para a Comunidade, tanto no campo monetário como no das políticas macroeconômicas.

Quanto à concretização da União Econômica e Monetária, a Comissão Delors recomendou um procedimento trifásico. O objetivo do primeiro estágio seria uma progressiva convergência das políticas econômicas. Em 1989, em Madri, o Conselho Europeu decidiu que o primeiro estágio deveria iniciar em 01.07.1990; e recomendou que, na segunda etapa, a arquitetura institucional deveria estar totalmente estabelecida. Esse processo de construção institucional requereu relevantes emendas dos Tratados. O Tratado de Maastricht definiu o início do segundo estágio para janeiro de 1994. Entretanto, foi impossível um acordo entre os líderes políticos quanto à completa arquitetura institucional da UEM, quando decidiram criar o Instituto Transnacional Monetário Europeu (IME), previsto no art. 117 (ex-109f) do Tratado da Comunidade Européia. Este instituto foi o precursor do Banco Central Europeu (BCE), apesar de que ele não possuía todos os poderes atribuídos posteriormente ao BCE.

O terceiro estágio da União Econômica e Monetária, consistindo na introdução da moeda única, o euro, iniciou-se em 1.°.01.1999, a data fixada como a mais tardia possível de acordo com as normas do Tratado de Maastricht. Desse estágio em diante, a unidade euro e a moeda nacional eram unidades da mesma moeda. Não havia necessidade de emendar a UME em face das normas do Tratado de Amsterdã, pois importantes regulamentos já haviam sido aprovados no Tratado de Maastricht.

O Regulamento 1.103/97 contém as primeiras regras relativas à introdução do euro, vindo esta a ser tratada com mais detalhes no Regulamento 974/98, o qual estabelece:

"Sempre que sob a égide do art. 109k, (2), do Tratado, um Estado-membro se torne um Estado-membro participante, o Conselho deverá, de acordo com o art. 109L, (5), do Tratado, tomar as medidas necessárias para a rápida introdução do euro como moeda única desse Estado-membro; (5) de acordo com a primeira parte do art. 109L, (4), do Tratado, o Conselho determinará, na data de início da terceira fase, as taxas de conversão às quais as moedas dos Estados-membros participantes ficam irrevogavelmente fixadas e as taxas, igualmente irrevogáveis, em que o euro substituirá essas moedas (...).

2. A partir de 1.°.01.1999, a moeda dos Estados-membros participantes é o euro. A respectiva unidade monetária é um euro. Cada euro dividir-se-á em cem centavos."

O Regulamento 975/98 prevê as denominações e as especificações técnicas das moedas do euro que circularão. O Regulamento 2.866/98 contém as taxas de conversão entre o euro e as moedas dos Estados-membros que adotaram o euro. Regras mais detalhadas foram elaboradas pelo Banco Central Europeu.

Para o terceiro estágio da União Econômica e Monetária, o prazo fixado foi 31.12.2001, conforme decidido no Conselho Europeu realizado em Madri em dezembro de 1995. Nesta data, e, portanto, depois de um período de transição de três anos, as notas e moedas do euro serão introduzidas e terão curso forçado:

"Art. 10. A partir de 1.°.01.2002, o Banco Central Europeu e os Bancos Centrais dos Estados-membros participantes porão em circulação notas expressas em euro. Sem prejuízo do previsto no art. 15, essas notas expressas em euro serão as únicas notas com curso forçado em todos esses Estados-membros."

Isto significa que as 87 cédulas bancárias nacionais e as 102 moedas nacionais dos doze países adotantes do euro tiveram seu curso forçado substituído pelas sete notas e oito moedas de euro. Quanto às moedas, entretanto, deve ser ressaltado que o reverso da moeda é comum a todos, e que cada moeda tem uma cara nacional (anverso da moeda); por isso, de fato, existem 96 variações da moeda do euro. Durante o período de transição, transações bancárias são realizadas em euro. Transações na bolsa de valores são feitas exclusivamente em euro. A partir de 1.°.01.2002, notas e moedas do euro começaram a circular.

A introdução da moeda única européia é sem dúvida alguma um marco histórico na integração européia. Os países participantes legalmente renunciaram às

suas moedas em favor do euro. Os países que adotaram o euro deixaram de ter jurisdição monetária. A partir de 1.º.01.1999 eles estão dependentes das medidas ordenadas pelas autoridades européias no modelo do SEBC (Sistema Europeu de Bancos Centrais). O SEBC é composto pelo BCE (Banco Central Europeu) e Bancos Centrais Nacionais. O BCE tem personalidade jurídica própria (art. 107, Tratado CE) e é completamente independente (art. 108, Tratado CE). Além do mais, o art. 106 do Tratado da Comunidade Européia claramente prevê que:

"1. O Banco Central Europeu terá direito exclusivo de autorizar a emissão de cédulas bancárias dentro da Comunidade. O Banco Central Europeu e os bancos centrais nacionais poderão emitir tais cédulas. As cédulas bancárias emitidas pelo Banco Central Europeu e pelos bancos centrais nacionais serão as únicas que terão curso forçado dentro da comunidade.

2. Estados-membros poderão emitir moedas sujeitas à aprovação do Banco Central Europeu do volume de emissão. O Conselho poderá, atuando de acordo com o procedimento referido no art. 252 e após consulta ao Banco Central Europeu, adotar medidas para harmonizar as denominações e especificações técnicas de todas as moedas destinadas à circulação na extensão necessária a permitir sua circulação dentro da comunidade."

O objetivo primário do Sistema Europeu de Bancos Centrais é manter uma estabilidade de preço. As tarefas básicas a serem executadas por seu intermédio são:

"• Definir e implementar a política monetária da Comunidade;

• Conduzir operações externas de troca de acordo com as regras do art. 111;

• Manter e gerenciar as reservas externas oficiais dos Estados-membros;

• Promover a operação suave dos sistemas de pagamento."

O Sistema Europeu de Bancos Centrais não possui, em princípio, competência quanto à política de taxa externa. Somente quando houver omissão do Conselho em decidir sobre a taxa de câmbio ou em dar orientações (art. 111, ex-art. 109, Tratado da CE), o Banco Central Europeu torna-se competente. O Conselho Econômico e Financeiro dos Ministros da Comunidade Européia podem, entretanto, usar sua competência de acordo com o art. 111 do Tratado da Comunidade Européia, e realizar acordos internacionais a respeito da taxa externa do euro em relação à moeda de Estados não-participantes da Comunidade, assim como o Conselho Euro-12, composto pelos Ministros de Economia e Finanças dos doze países do euro. Na prática, é claro, a política de juros do Banco Central Europeu terá uma certa relação com a atratividade do euro, que por sua vez pode influenciar na estabilidade da taxa de câmbio. É também um fato que uma certa tensão existe entre a política monetária do Banco Central Europeu e a política econômica internacional de taxa de câmbio do Conselho Euro-12. Esta tensão pode ser explicada pelo fato de que um certo número de Estados-membros está tendo dificuldades em aceitar que a sua jurisdição monetária nacional acabou, bem como não está disposto a abrir mão de suas cadeiras no FMI ou no G7 para o Banco Central Europeu.

O euro é uma moeda única, não uma moeda comum, e reflete o amplo alcance da política européia de integração. A opção escolhida não foi a convergência monetária baseada em tratados internacionais públicos multilaterais em que Estados participam no gerenciamento da moeda com base na soberania igualitária. Ao invés, o euro está incorporado na Comunidade e está intrinsecamente ligado à ordem legal européia. As regras comunitárias aplicadas por órgãos comunitários existem para apoiar as políticas monetárias relativas ao euro. Considerando que autoridades monetárias nacionais participam do gerenciamento dos órgãos relacionados ao euro, elas devem aplicar as regras da Comunidade e servir exclusivamente aos interesses da Comunidade. Entretanto, isso estabelecido, não significa dizer que as medidas relativas à falsificação do euro são também, por definição, parte da política da Comunidade.

5. A falsificação da moeda única européia

Com a introdução do euro como moeda única para a zona do euro, e como uma potencial moeda de reserva e de transações mundiais, a segurança do euro e a confiança no euro é de interesse fundamental. No desenho das moedas e das notas, a falsificação foi, é claro, considerada. No entanto, a operação vem com um número inerente de riscos de falsificação. Em primeiro lugar, a população ainda não está familiarizada com os novos desenhos das novas cédulas bancárias e moedas. Em segundo lugar, as moedas têm o reverso comum e o anverso nacional próprio, o que, na teoria, implica em 120 variações da moeda do euro. Terceiro, as notas e as moedas têm valor legal de oferta em toda a zona do euro, transcendendo os atuais limites territoriais dentro dos quais cada cédula bancária é usada. Quarto, é bem provável que a nota de valor mais alto (quinhentos euros) seja uma moeda atrativa no mundo inteiro.

O período de transição de três anos não esteve e nem está livre de riscos também, mesmo quando as notas e as moedas ainda não estavam circulando e nem tinham curso forçado. Notas falsificadas de euro poderiam ser usadas durante o período de transição para desorientar o público e persuadi-lo a converter suas moedas nacionais em notas falsificadas de euro. Além do mais, poderia ser feito mau uso de notas bancárias de fantasia, insígnias monetárias e notas bancárias denominadas de euro que não teriam valor legal de oferta, produzidas e usadas com a boa intenção de familiarizar o público com a nova moeda única. Em resumo, nos períodos antecedentes e os imediatamente posteriores à emissão das notas bancárias e das moedas do euro, há um aumento no risco de falsificações, em comparação com o período em que somente notas nacionais eram usadas.

É muito interessante verificar que nos Estados Unidos da América há uma preocupação real sobre a demanda das notas do euro de forma mundial. Em um pronunciamento ao Congresso, um representante do Sistema do Fundo de Reserva Federal disse ser evidente que o dólar americano permanecerá sendo uma moeda global e que o euro somente poderá desafiar esta posição muito gradualmente. Entretanto, dois fatores específicos podem desfavorecer o dólar america-

no: possuir o euro papel de líder com notas de alto valor no comércio e a percepção de segurança contra sua falsificação.

Nos Estados Unidos a nota de cem dólares continua sendo a nota mais alta. Experiências com notas de US$ 500, US$ 1.000, US$ 5.000 e US$ 10.000, inicialmente em transações interbancárias, foram finalmente extintas em 1969, e não foram reintroduzidas em 1996 com o desenho das novas notas. A poupança feita com cédulas bancárias maiores não é proporcional ao risco da lavagem de dinheiro, evasão de tributos, crime organizado etc. O fato de que a nota de quinhentos euros será emitida pode vir a ser um fator atraente, tanto para o comércio legal e o ilegal. A discussão sobre a emissão de notas de US$ 500 está aberta novamente nos USA. Está claro também pelo pronunciamento de que as autoridades americanas estão impressionadas com as medidas antifalsificação do desenho das novas notas de euro. Consta no pronunciamento: "(a) a comissão avançada de inter-agências no combate à falsificações está estudando seriamente possíveis melhorias no desenho, especialmente para as notas de US$ 100 e de US$ 50, e (b) se as notas de US$ 500 fossem emitidas novamente, elas teriam que ser vistas como altamente seguras no sentido de serem aceitas".

Entretanto, o fato de a União Européia ter optado por uma união monetária, com uma moeda única incorporada na comunidade européia, e intrinsecamente ligada à ordem legal européia, não significa que os aspectos executivos a respeito do euro também tenham sido transferidos para a Comunidades ou ao nível da União. Não há "jurisdição federal de execução" no sentido da tradição americana. O BCE também está ciente disso:

"O BCE tem o direito exclusivo de autorizar a emissão de cédulas bancárias dentro da área do euro. Entretanto, disto não decorre automaticamente que a imposição de sanções para a falsificação de tais cédulas bancárias seja de competência da Comunidade. Previsões a respeito de falsificações fazem parte do Direito Penal, não do Direito Monetário. Não existe uma competência geral da Comunidade no campo do Direito Penal, cuja área de competência pertence aos Estados-membros. A Comunidade tem como base o princípio de limitados poderes no sentido de que as instituições da Comunidade somente possuem os poderes a elas conferidos."

Em conformidade com a tradição da integração européia, os Estados-membros são primeiramente responsáveis pela execução da política européia, e isto não é diferente em relação à união monetária e à moeda única.

Havia ainda o conhecimento na Europa de que a simples substituição do marco alemão, da lira italiana, do franco francês etc. pelo euro nas legislações de execução legal, não seria suficiente. O Regulamento 974/98 já prevê no art. 12 que:

"Os Estados-membros participantes adotam as sanções adequadas no que diz respeito à contrafação e à falsificação de notas e moedas expressas em euros."

Em 1998 o BCE publicou uma *Recommendation* a respeito da adoção de certas medidas para aumentar a proteção legal das cédulas bancárias e das moe-

das do euro. Esta Recomendação foi endereçada ao Conselho da União Européia, ao Parlamento Europeu, à Comissão Européia e aos Estados-membros. O BCE, como uma entidade que possui responsabilidades pela nova moeda, tem na verdade o poder de recomendar, incluindo na recomendação ações na área de aplicação penal. A Recomendação contém várias regras interessantes, incluindo o fato de que Estados-membros e a Comunidade devem desencorajar e estritamente controlar a emissão, manutenção e o uso de cédulas bancárias e de moedas de euro ilegais, em especial anteriores a 1.º de janeiro.

As mais interessantes recomendações concernentes a falsificações são as seguintes:

"4. O Conselho da União Européia, A Comissão Européia e os Estados-membros devem considerar a revisão das atuais políticas de combate à falsificação, com o objetivo de estabelecer tal campanha como um problema de interesse comum, avaliando a necessidade de harmonização das leis penais na área da falsificação, alcançando aumento institucional, judicial e cooperação policial, preparando novas convenções para este fim, procurando reforçar cooperações com governos e organizações não-integrantes da União Européia, analisando os novos meios tecnológicos disponíveis para a falsificação de cédulas bancárias e promovendo ou considerando toda qualquer outra possível medida."

"5. Consideração especial deve ser dada na organização de cooperação entre forças policias nacionais na área da adulteração do dinheiro e meios de pagamento, tanto através do escritório da Polícia Européia (Europol) ou da Comissão Européia, e de envolver o BCE em tais medidas."

"6. A Comissão Européia e os Estados-membros devem considerar propor qualquer medida legal necessária para assegurar que cédulas bancárias falsificadas sejam apreendidas, quando detectadas, por instituições de crédito e outras entidades que recebem e lidam com dinheiro, subseqüentemente entregando o dinheiro para as autoridades competentes."

"7. Deve ser considerada também uma Legislação para a Comunidade, que torne compulsória a instalação de dispositivos técnicos nas copiadoras coloridas e outros equipamentos de reprodução gráfica, produzidos na comunidade ou importados de fora da Comunidade, que permitam a identificação das notas bancárias e impeçam desta forma a sua reprodução."

Em novembro de 1999, o BCE publicou um relatório muito interessante sobre a proteção legal das cédulas bancárias entre os membros da União Européia. Em relação às falsificações, o BCE concluiu no sentido de que todos os Estados-membros de fato protegem as cédulas bancárias que possuem valor em seu país, bem como cédulas bancárias ou notas estrangeiras que possuem valor legal em outros países, com isto cumprindo com o previsto no art. 5 da Convenção de Genebra. O resultado disto é que as cédulas bancárias do euro serão protegidas pela legislação existente concernente à falsificação em todos os Estados-membros participantes do UME, bem como nos Estados-membros não-participantes. Quanto aos crimes e as penalidades, o BCE concluiu que há uma substancial similaridade

entre as leis nacionais concernente à lista de atos que constituem o crime de falsificação. O crime de falsificação cobre principalmente os seguintes atos:

• A duplicação e falsificação (alteração de valor) de cédulas bancárias, utilizando, hoje em dia, na sua grande maioria (sofisticados) aparelhos (meios) técnicos tais como copiadoras coloridas e máquinas de *scanning*;

• Colocar dinheiro falsificado em circulação como se fosse genuíno;

• A posse, aquisição ou o transporte do dinheiro falsificado; e

• A produção e distribuição de meios (aparelhos) para a produção de falsificações.

A falsificação é punível em todos os Estados-membros com detenção. Os termos desta detenção são bastante diferentes, mas o BCE concluiu que casos sérios de falsificação podem resultar em longos períodos de detenção em todos os Estados-membros. Em adição, existe também a possibilidade de imposição de multas na maioria dos Estados-membros. O BCE salientou que não existem "paraísos para falsificações" dentro da Comunidade. É, entretanto, surpreendente que o BCE não tratou das penas mínimas, posto que isto dá uma larga margem às políticas de imposição de pena. Entretanto, as particularmente positivas conclusões do BCE não significam que o BCE argumente em favor da manutenção do *status quo*:

"De acordo com o Tratado da União Européia, a autoridade na área do Direito Penal permanece com os Estados-membros. Entretanto, considerando o fato de que o euro se tornou uma moeda comum em todas as partes dos Estados-membros participantes, outras melhorias no combate à falsificação de moeda devem ser previstas em nível de Comunidade (...). Atualmente, cada Estado-membro tem a sua disposição um detalhado sistema nacional de penas para crimes que já estão bem definidos, e considerados suficientes no país, para a proteção das cédulas bancárias. Entretanto, levando em consideração o fato de que em cada um desses países estas penas estão incorporadas a um compreensivo e bem estruturado sistema de Direito Penal, existe espaço para alargar o alcance da proteção do Direito Penal na área de falsificações através de um meio instrumental da Comunidade (Convenção). Tal instrumento poderia contribuir na determinação de elementos mínimos comuns que constituiriam o crime de falsificação em todos os Estados-membros. Poderia também abarcar uma aproximação dos dispositivos penais quanto a novas formas de falsificações (por exemplo, o uso de tecnologia da computação)."

Assim, o BCE conclui que, apesar de a situação legal dentro dos Estados-membros, com relação aos aspectos do Direito Material Penal da Falsificação, ser razoavelmente satisfatória, outras ou mais afluências, convergências, devem ser endereçadas (estipuladas) através de uma convenção com base no Título VI do Tratado da UE (normas na área da Justiça e assuntos internos). Especialmente as instituições de crédito deveriam ser obrigadas por lei a apreender as cédulas bancárias falsificadas, uma vez que tais medidas estão ausentes em dez Estados-membros.

Felizmente, o BCE não limita sua análise a aspectos do Direito Material Penal. O BCE está bem ciente de que a investigação e o processo de punição da falsificação devem ser considerados quando da avaliação do potencial alcance da falsificação de cédulas bancárias do euro. O BCE faz uma distinção entre as disposições ao nível do BCE e as cooperações horizontais entre as autoridades nacionais dos Estados-membros. Quanto às disposições supranacionais ao nível do BCE, o BCE salienta que, tradicionalmente, autoridades nacionais guardam informações sobre falsificações de cédulas bancárias e moedas. Entretanto, o Conselho Executivo do BCE sentiu a necessidade de disposições supranacionais e em 1999 aprovou um guia sobre certas normas quanto a falsificações de cédulas bancárias do euro. Este guia prevê ao nível do BCE o estabelecimento do Centro de Análises de Falsificações (CAC) de cédulas bancárias e o Centro Técnico e Científico Europeu (ETSC) para moedas, e o Banco Comum de Dados da Moeda para as moedas e notas falsificadas. O CAC e o Banco Comum de Dados da Moeda devem cooperar com as forças policiais dos Estados-membros participantes e com a Europol ou com a Comissão Européia, em relação à área de especialização de cada uma. A entrada de informações vem das autoridades nacionais responsáveis e do Centro Nacional de Análises (NAC) / Centro Nacional de análises de moedas (CNAC). O produto da informação obtida é dividido com os bancos centrais nacionais (BCNs), com a polícia, e no caso das falsificações de moedas, com os impressores das moedas. O objetivo de uma base de dados comum está limitado ao conhecimento e especialidade quanto a falsificações, e esta deve ser claramente distinta dos centros de dados necessários ao trabalho da polícia ou na investigação e execuções criminais.

Como meio de cooperação horizontal entre as autoridades nacionais dos Estados-membros, o BCE examinou Schengen, Interpol, Europol e a Comissão Européia. O BCE atualmente não considera os Acordos Schengen, que contêm provisões específicas de cooperação policial e judicial em matéria criminal e que por enquanto foram incluídos na estrutura da UE, como um meio suficiente de prevenção e constatação de crimes nesta área. Nem todos os Estados-membros da UE são partes nos Acordos Schengen, e as normas não são suficientemente específicas, exigindo a implementações de mais medidas. A Interpol, como uma Organização Não-Governamental, responsável por mútua assistência policial, pode servir como um fórum apropriado para combate de crimes de falsificações em relação a países não-membros da UE, mas problemas concernentes à falsificação do euro poderiam exigir um acordo diferenciado de cooperação entre os Estados-membros participantes. Quanto à Europol, o BCE salienta a extensão do mandato da Europol para incluir a luta contra a adulteração do dinheiro e os meios de pagamento. Aqui, entretanto, o BCE refere-se ao art. 12 da Convenção de Genebra, que diz que "em cada país (...) investigações a respeito do tema falsificação devem ser organizadas por uma unidade central". Concluindo, o BCE fez uma observação bastante interessante:

"Dentro do conceito da Convenção de Genebra, 'País' é tido como sinônimo de 'moeda' no contexto acima. Se isto for aplicado em situações futuras nos países

participantes do estágio três do UEM, se torna claro que a troca de informações e a organização de cooperação entre agências de execução da lei venham a não ser suficientes no combate à falsificação do euro. Por isto, deve ser considerada a possibilidade de encarregar a Europol não só da coleta e redistribuição de dados e da análise da informação, mas também com a autoridade de iniciar e coordenar investigações criminais em nível europeu (...). Por isso, normas legais devem assegurar à Europol que ela seja abastecida com toda informação relevante, e nisto o seu papel em relação a outras entidades supranacionais, e.g., a Interpol, a Comissão Européia e o BCE, está legalmente estabelecido, e neste sentido especificamente inclui todos os aspectos de mútua cooperação e troca de informação."

Em outras palavras, o BCE está argumentando em favor de dar à Europol, ao menos em relação ao problema das falsificações, as funções operacionais e executivas de uma força policial que possa iniciar e coordenar investigações criminais e que deva ser reconhecida como autoridade solicitadora de mútua assistência na UE. Neste momento, o mandato da Europol está limitado à troca de informações/inteligência e sua análise. A Europol não possui nem poderes operacionais, nem poderes investigativos judiciais (tal como o poder de inspecionar e de busca e apreensão etc.).

Quanto à Comissão Européia, o BCE adota uma postura de discreta aproximação e evita emitir fortes recomendações. O papel da Comissão, aos olhos do BCE, deve ser de suporte às atividades do BCE e da Europol. Nenhuma referência é feita quanto ao escritório antifraude da Comissão Européia (OLAF), que possui substanciais poderes investigativos na área administrativa. O BCE conclui com uma clara advertência:

"(...) o esclarecimento das respectivas responsabilidades das instituições envolvidas na luta contra a adulteração de dinheiro e meios de pagamento também devem ser perseguidos. A multiplicidade de instrumentos e de autoridades competentes pode elevar o risco de ações ineficientes, ausência de efetiva coordenação e, às vezes, competição perniciosa entre as autoridades competentes."

O BCE organizou o lado técnico e a troca de informações referentes ao lado técnico, isto é, conhecimento (informação) sobre falsificação de cédulas bancárias e moedas. O BCE aqui refere sobre operações executivas entre as polícias e as autoridades judiciárias. Está claro que é necessária uma ligação entre as informações técnicas bancárias e as informação clássicas de execução, e que há essa necessidade de informação entre as autoridades financeiras de um lado e das autoridades de execução do outro.

Apesar de o BCE não ter sido tão negativo sobre o *status questionis*, ainda assim ele argumentou em favor de objetivos comuns, harmonização dos crimes e suas penas, aumento na cooperação entre europeus e as instituições monetárias nacionais e aumento na cooperação entre polícia, autoridades judiciárias e agências de execução do Direito na Europa.

A Comissão Européia não esperou pelo relatório do BCE, e em julho de 1998 emitiu um comunicado ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao BCE. A Co-

missão usou de base ao seu ponto de vista as atividades de um grupo no trabalho de adulteração de moeda. Neste grupo de trabalho a Comissão Européia se reúne com policiais especializados representantes dos Estados-membros, e com representantes da Interpol e da Europol. A Comissão Européia define seu papel como complementar aos do BCE e da Europol. A Comissão também aceita a necessidade de um instrumento advindo do terceiro pilar, quando se trata de harmonizar os crimes e sanções e em relação a específicas normas referente à cooperação judicial em matéria criminal. A Comissão Européia salienta a necessidade de uma estrutura da Comunidade na coleta e troca de informações a respeito de falsificação do euro. Uma global e integrada política executiva tem a necessidade de trocas comuns, freqüentes entre as instituições nacionais e as instituições monetárias européias (NAC/CNAC – CAC/ETSC) e entre as instituições de execução nacionais e as instituições de execução do Direito europeu (polícia, autoridades judiciárias, Europol, OLAF, Interpol). Tal estrutura deve ser criada com base num regulamento da Comunidade, com base no art. 123 (4) (ex-art. 109L (4)) e/ou art. 308 (ex-art. 235), CE. A regulamentação deve cobrir todas as áreas a seguir:

"(...) definir todas as atividades que em conjunto compõem a adulteração e a falsificação de forma a permitir uma troca de informações homogênea;

• Aos Estados-membros será solicitado que repassem toda a informação a respeito da adulteração e falsificação do euro;

• Um sistema computadorizado com um *e-mail network* e uma base central de dados, com direto acesso às autoridades nacionais, deverá ser montado. O objetivo (...) seria prevenir, detectar e processar penalmente a falsificação de moeda; e por essa razão o sistema deve conter dados legais estratégicos e operacionais apropriados.

• (...)

• Deverão ser criadas regras para as trocas de informações (e acesso aos bancos de dados) da Comunidades ou entidades da União, organizações internacionais (Interpol) e países não-membros (...);

• Deverão ser criadas regras de proteção a dados pessoais (...);

• Bancos comerciais e instituições financeiras deverão ser obrigados a noticiar qualquer indício de fraude que eles detectem às autoridades competentes, ao custo de penalidades administrativas onde apropriado."

Fica claro que a Comissão requer um papel substancial, significativo para a Comissão e para a OLAF, em relação à prevenção e troca de informações quanto às falsificações do euro, um papel bem maior do que o constante da recomendação do BCE. A Comissão Européia/OLAF deseja trabalhar como uma ponte entre operações técnicas monetárias e operações de execução legal na área, com o banco de dados central localizado na sede da Comissão.

A primeira iniciativa legislativa, entretanto, foi realizada no terceiro pilar. Em novembro de 1999, a Alemanha introduziu a proposta de uma "Decisão-quadro do Conselho" sobre o reforço da proteção penal contra a falsificação de

moeda na perspectiva da introdução do euro. O objetivo da "Decisão-quadro" era completar as disposições da Convenção de Genebra de 1929, para com a qual todos os Estados-membros deveriam concordar (art. 2(2)). Isto está alinhado com a Resolução do Conselho, na qual a Convenção de Genebra foi qualificada como um modelo mínimo comum para todos os membros da União Européia em relação à proteção através de sanções penais contra a falsificação. A "Decisão-quadro" foi adotada em 29.05.2000. Ela contém nos arts. 3-5 específica lista de crimes, que vai além dos crimes previstos na Convenção de Genebra. Referências são feitas a técnicas modernas de computação e moeda fabricada em violação dos direitos de emissão de moeda das autoridades competentes, o que é transformado em crime. Outro crime recém-criado é a falsificação de moeda que se destine a ter curso forçado, mas não tenha ainda entrado em circulação, no sentido de poder punir tal ato se cometido antes de 1.°.01.2002. A "Decisão-quadro" também vai além da Convenção de Genebra de 1929 em suas conclusões a respeito das penalidades previstas. Os crimes devem ser sujeitos a sanções penais eficazes, adequadas e dissuasivas, incluindo penas privativas da liberdade, que possam conduzir à extradição (art. 6). O efeito harmonizador do art. 6 é, entretanto, limitado, uma vez que todos os Estados-membros já possuem este tipo de penalidade. Eles só precisam fazer esta previsão também para os crimes estabelecidos nos arts. 3-5. Responsabilidade para pessoas jurídicas (art. 8) e sanções para pessoas jurídicas (art. 9) também estão previstas, apesar de a "Decisão" evitar a imposição de sanções penais em pessoas jurídicas, referindo-se a multas penais e não-penais. Muito importante é que o art. 7 prevê o poder de jurisdição independentemente da nacionalidade do criminoso e do local onde os fatos criminosos tenham ocorrido. Isto significa que todos os Estados-membros do euro têm jurisdição universal com relação à falsificação. Os Estados-membros têm que cooperar no caso de jurisdição conflitante e tentar centralizar o processo em um único Estado-membro quando isto for possível. O que é notável, entretanto, é que nenhuma previsão foi incluída quanto ao risco de um duplo julgamento (*ne bis in idem*), o que poderia ser previsível quando lidando com possíveis jurisdições concorrentes. Também é válido salientar que a "Decisão-quadro" é quase que silenciosa quanto a cooperação judicial em matéria penal. Em dezembro de 2000, por esta razão, a França desencadeou uma iniciativa com o intuito de adotar uma decisão do Conselho ao nível do terceiro pilar, completando a "Decisão-quadro" de 29.05.2000. A minuta da Decisão contém a obrigação aos NAC/NCAC nacionais e (art. 12) para os escritórios centrais nacionais de comunicarem as informações à Europol. Os escritórios centrais têm que comunicar relevantes informações sobre investigações criminais, incluindo particularidades do dossiê, particularidades sobre a falsificação, o *modus operandi*, o contexto da apreensão etc., mesmo que a informação venha de terceiros países (art. 4). O interessante é que o art. 4 (3) já está mencionando a Eurojust, além da Europol, uma unidade de autoridades judiciais de coordenação para os processos penais e investigações judiciais dentro da UE. A Eurojust foi introduzida em adição à Europol, nos arts. 29 e 31 do Tratado de Nice:

"As autoridades competentes dos Estados-membros deverão trocar com a unidade de cooperação judicial provisória e subseqüentemente com a Eurojust (...) toda informação relevante concernente à investigação criminal no sentido de ajudar a estabelecer os fatos e assegurar uma efetiva ação contra a falsificação do euro. A Europol e a Eurojust deverão fornecer às autoridades competentes dos Estados-membros toda assistência técnica necessária no sentido de facilitar a coordenação das investigações assumidas e para melhorar e facilitar a cooperação entre os órgãos competentes para o processamento criminal e investigação dos Estados-membros."

Finalmente, o art. 5 da Proposta de Regulamento do Conselho reconhecia a regra do *ne bis in idem* para condenações prévias de crime de falsificação, mas esta norma foi recentemente removida e agora é objeto de uma nova proposta da "Decisão-quadro" do Conselho que emenda a "Decisão-quadro" do Conselho de 29.05.2000, introduzindo um novo art. 9.º incluindo o princípio do *ne bis in idem* para condenações prévias.

Por outro lado, a Europol deve, em linha com as normas da Convenção, trocar informação técnica e dados estratégicos e operacionais sobre a falsificação do euro com as autoridades nacionais competentes, em particular com os escritórios centrais referidos no art. 12. O Conselho propõe conclusões neste sentido. As propostas conclusivas do Conselho também se referem a acordos entre a Europol/BCE, Europol/Comissão(OLAF) e Europol/Interpol.

Juntamente com a estrutura do primeiro pilar, a Comissão, em julho de 2000, propôs uma minuta de regulamento com base no art. 123(4), terceira frase, e o art. 308 do Tratado da EC, versando sobre:

- o tratamento da informação técnica relativa às falsificações;
- o tratamento dos dados operacionais e estratégicos;
- cooperação e assistência mútua.

Autoridades nacionais de relevância são definidas em combinação com autoridades nacionais e monetárias européias e as autoridades nacionais de relevância na execução do Direito, incluindo as responsáveis pelo processamento e punição. Todas essas autoridades devem ter acesso às bases de dados do BCE.

O projeto de regulamento também impõe às instituições de crédito a obrigação de retirar todas as notas e moedas do euro falsificadas, obrigação esta que tem que ser cumprida sob pena de efetivas, proporcionais e dissuasivas penalidades (não necessariamente sanções penais).

O art. 7 é relevante, pois propõe a criação de uma unidade especial de combate à falsificação do euro:

"1. Os Estados-membros devem assegurar a criação de uma unidade de combate à falsificação do euro [*the Unit*] pela Europol e gerenciada como um ente administrativo da Europol.

2. A Unidade [*the Unit*] administrará, no âmbito do sistema de informação da Europol, um sistema de intercâmbio, de coleta e de análise das informações operacionais e estratégicas."

A Unidade seria montada (art. 10) como o escritório central, para o qual todos os demais escritórios centrais nacionais referidos no art. 12 da Convenção de Genebra teriam que transmitir todos os casos detectados de falsificação do euro, através da unidade nacional da Europol, a partir da primeira verificação administrativa ou judicial.

A Unidade tem entre outras a tarefa (art. 8) de cooperar com o BCE e a Comissão Européia, incluindo a tarefa de dar ao BCE e à Comissão Européia toda oportunidade de consultar o sistema da Unidade para a troca, coleta e análise das informações operacionais e estratégicas de forma permanente. Além do mais, a Unidade deverá assistir as altas autoridades dos Estados-membros e dos outros países não-membros, a pedido ou a sua própria iniciativa, no exercício de suas tarefas no combate e na prevenção à falsificação do euro. Se isto inclui operações e/ou investigações judiciais não está claro. Entretanto, nos comentários da minuta, a Comissão salientou que a Unidade deve ter um *status* europeu independente na Europol, excluindo os oficiais ligados às unidades nacionais. A minuta do regulamento conclui com um capítulo particularmente fraco na área da cooperação e mútua assistência, limitado de fato a um sistema de advertências prévias.

A formulação da minuta do Regulamento, de qualquer modo, dá margem à questão sobre se é possível conferir poderes à Europol (terceiro pilar) através de um regulamento da Comunidade (primeiro pilar). Poderiam as unidades centrais nacionais, estabelecidas na estrutura da Convenção de Genebra de 1929, serem obrigadas a trocar informações através da Unidade da Europol? Poderia desta forma ser dado à Unidade um papel central na mútua assistência e rápido alerta? Em qualquer evento, isto não é possível de forma direta, mas a questão que permanece é se tal obrigação poderia ser imposta aos Estados-membros. Afinal de contas, são os Estados-membros que podem emendar a Convenção da Europol, e está claro que um regulamento pode vincular os próprios Estados-membros ao cumprimento de certas obrigações. O problema é, entretanto, que a falha em cumprir com estas obrigações poderia resultar em uma violação ao Tratado, e portanto em uma infração aos procedimentos com a aplicação ao art. 226 do Tratado da EC. Embutir a Europol num regulamento poderia ensejar regras conflitantes em relação à competência da Corte Européia de Justiça (regras de competência do terceiro pilar com regras de competência do primeiro pilar). Outro problema é que a competência relativa a cooperação policial pode ser parte do art. 61 do Tratado da EC, e como tal, parte das áreas da liberdade, segurança e Justiça, sendo que estas pertencem à cooperação da estrutura do terceiro pilar. Portanto, parece improvável que seria possível sob o corrente Tratado conferir aos Estados-membros competências que têm um impacto na organização e nos poderes da Europol, através de um regulamento. Para tornar isto possível, uma reformulação do art. 10 do Tratado da EC parece necessária com respeito à fidelidade da UE, juntamente com a reformulação das normas quanto às áreas da liberdade, segurança e Justiça.

Está claro, pelo processo das negociações, e pelas posteriores minutas de projetos de um regulamento do Conselho, que o alcance do regulamento havia

sido reduzido e que a coordenação (incluindo a troca de informação) entre autoridades técnicas monetárias e as autoridades de execução do Direito (investigação e processamento) havia sido excluída de suas regras. As regras sobre a Unidade central também haviam caído (o anterior art. 7). A minuta final do Regulamento de fevereiro de 2001 salienta na exposição de motivos que, com estrita relação a suas competências, a Europol e a Comunidade Européia devem estabelecer formas de cooperação. O art. 1(3) também prevê "que este regulamento deverá ser aplicado sem prejuízo à aplicação dos Direitos Penais nacionais, para a proteção do euro contra as falsificações". Na última redação do Regulamento, os arts. 3 a 5 prevêem a troca de informações entre o CAC/ETSC no BCE e o NAC/CNAC nos Estados do euro. O art. 6 contém a obrigação das instituições de crédito de retirar de circulação todas as notas e moedas do euro as quais eles saibam ou possuam suficientes razões para acreditar que sejam falsificadas, obrigação esta que tem de ser cumprida sob pena de efetivas, proporcionais e dissuasivas sanções. O Capítulo 4 (arts. 7-9) trata sobre a cooperação e assistência mútua. O regulamento opta por acordos específicos entre o BCE/Europol e entre a Comissão Européia/Europol. Fica também evidenciado que o art. 8 opta pela troca de informações entre a Unidade central nacional (baseado no art. 12 da Convenção de Genebra de 1929) e a Europol, através do Escritório Nacional da Europol (Eurodesk). A Unidade central nacional obtém a informação das autoridades monetárias nacionais e das agências nacionais de execução do Direito. De que forma se dará a troca de informação quanto ao problema das medidas legais a serem tomadas e quanto à mútua assistência que será iniciada, foi completamente deixado para os acordos posteriores que serão firmados. A redação do Regulamento foi feita com base somente no art. 123(4) do Tratado da EC e contém, no art. 12, a previsão de que os arts. 1.º ao 11 do Regulamento deverão ter efeito nos Estados-membros que adotaram o euro como sua moeda única, os *ins*. Além disto, outra redação do Regulamento, com base no art. 308 do Tratado da EC, impõe as mesmas obrigações aos Estados-membros que não adotaram o euro como sua moeda única, os *pre-ins*. Aqui também se pode questionar a respeito de sua necessidade. Afinal de contas, um Regulamento é diretamente aplicável em todos os Estados-membros, mesmo aos Estados-membros que não participam da zona do euro. A principal razão para um Regulamento em separado deve ter sido o fato de que os Estados-membros não-participantes da zona do euro deveriam, através da aplicação do art. 308 do Tratado da EC, ter a possibilidade de vetar medidas necessárias para a proteção do euro contra a falsificação, no que configuraria uma violação do art. 123(4) do Tratado da EC.

Da comparação da redação original do Regulamento com a sua redação final, torna-se claro que as funções da Comissão Européia/OLAF foram reduzidas a:

- iniciativas legislativas no primeiro e terceiro pilar;
- treinamento e suporte financeiro;
- fornecer suporte aos Estados-membros, em particular quanto à implementação das leis;

• coordenação das ações técnicas dos Estados-membros em relação à falsificação da moeda euro.

As redações finais dos dois regulamentos foram votadas sob a Presidência Sueca em junho de 2001.

Uma proposta para uma Decisão do Conselho estabelecendo um programa de troca, treinamento e assistência para a proteção do euro contra falsificações – programa "Pericles", com base no art. 123(4) do Tratado da EC, foi feita no início de 2001. Os grupos visados são os servidores das instituições monetárias/escritórios centrais (incluindo o BCE) e das instituições de execução do Direito europeu e dos nacionais. Alguém poderia questionar se tão limitada competência para a Comissão Européia, em particular o fato de que não haverá uma base de dados instalada na Comissão Européia e de que nenhum uso será feito dos poderes administrativos de investigação da OLAF, está de acordo com a resolução do Conselho de dezembro de 1997, referindo que: "Assim como a Comissão Européia poderia também ser encarregada com tal cooperação entre forças policiais nacionais na área de falsificações e adulterações de dinheiro e meios de pagamento".

Para resumir, a cooperação para a execução de medidas legais está completamente nas mãos da Europol, e a base central de dados com informação legal relativa a falsificações do euro também estará na Europol. A base de dados central para informação técnico-monetária relativa à falsificação do euro será no BCE. Dentro da Europol um grupo especializado em "falsificação de dinheiro" já tem estado ativo nos últimos anos. Especialistas operacionais dos Estados-membros, do BCE, da Comissão Européia/OLAF e da Interpol participam desse grupo de *experts*. Não há nenhuma dúvida de que esse grupo de trabalho preencherá um papel permanente nos próximos anos. A Unidade, que fica na Europol, e que está encarregada com a matéria de falsificação da moeda, estará ocupada nos próximos anos e por esta razão ela substancialmente cresceu em termos de pessoal, porém não se trata de uma unidade central européia no sentido da Convenção de Genebra. Esta Unidade é encarregada com: banco de dados das falsificações, o sistema de alerta antecipado, análise de dados e a construção de uma inteligência de suporte (incluindo a decodificação de sofisticados sistemas de copiamento) e assistência técnica em investigações.

6. Conclusões

Com as iniciativas do primeiro e do terceiro pilar direcionadas à proteção do euro, os primeiros passos no sentido da harmonização do Direito Penal e de operações de cooperação foram tomados: base de dados e circulação de dados. A questão que permanece é se a UEM não incluiu a competência de legislar na matéria criminal com vistas a harmonizar no primeiro pilar; os Estados-membros têm dado uma resposta negativa e escolheram por uma harmonização na estrutura do terceiro pilar. Se o acervo satisfaz as recomendações do BCE, e se este jogo de instrumentos criado oferece garantias suficientes para o combate de forma efetiva

à falsificação, permanece outra questão aberta. O que foi alcançado não pode ser definido como uma global e integrada política de execução do Direito por parte das instituições monetárias na SEBC, e pelas agências nacionais e européias de execução do Direito. Além do mais, sob o ponto de vista do processo legislativo, podemos verificar que não há nenhuma aproximação na integração dos pilares. Iniciativas têm vindo de vários Estados-membros e da Comissão, enquanto que o processo legislativo reflete a luta institucional entre o primeiro e o terceiro pilar. Na minha opinião, oportunidades foram perdidas neste dossiê de fornecer uma coordenada e integral interpretação da área da liberdade, segurança e Justiça e através do estabelecimento de uma ligação entre as áreas da liberdade, segurança e Justiça de um lado e o EMU do outro lado. Tentativas neste sentido foram realizadas. A este respeito, um grupo de "Coordenação do Euro" tem sido ativo na Europol durante o ano de 2000 e 2001 com o objetivo de harmonizar os esforços do BCE, a Comissão Européia e a Interpol, na área de proteção do euro. Em 2001 este grupo de "Coordenação do Euro" foi substituído pelo Steering Group, com o objetivo de elaborar uma estratégia comum inter-institucional para a proteção do euro contra falsificações. O inter-institucional Steering Group, montado a partir do encontro entre representantes seniores de gerenciamento da Comissão Européia e a Europol em fevereiro de 2001, compromete os representantes da Comissão Européia, do BCE e da Europol. O Steering Group definiu um plano de ação comum para a proteção do euro contra a falsificação, incluindo treinamento, cooperação institucional, coordenação com países não-membros da UE e legislação.

Um segundo ponto de ansiedade se refere ao aspecto "execução operacional". Importantes competências foram atribuídas à Europol nesta área, porém não na área executiva, competência operacional solicitada pela Europol e pelo BCE. Quanto à lavagem de dinheiro e drogas, no passado parecia à Europol que, possuindo somente competência na área da inteligência policial, seria extremamente difícil de manter dados que pudessem vir a ser utilizados no campo policial. A questão, por isto, é: como a Europol pode cumprir com seu mandato na área da falsificação sem poderes policiais operacionais? Os acordos firmados entre Europol/Interpol, Europol/BCE e Europol/Comissão Européia parecem estar em estágio altamente avançado de negociação. Por mais importantes que estes acordos possam ser, sem uma alteração substancial na Convenção da Europol, esta não estará suficientemente armada para torná-la hábil ao combate efetivo da falsificação de moeda. Os acordos são, na realidade, um instrumento apropriado para a troca de informações e para a manutenção de um banco de dados. Não que com a troca de dados técnicos monetários também não haja a previsão de muitos problemas. O obstáculo aqui é a polícia operacional e a informação judicial. Se isto tiver que vir das autoridades judiciais locais através do escritório central para a Europol, então isto me parece um exagerado sistema burocrático.

Um terceiro ponto de preocupação é o estabelecimento de execuções operacionais dentro do espaço territorial da zona do euro e/ou da UE. No art. 30 (ex-art. K2) do Tratado de Amsterdã, a base legal foi estabelecida para os primeiros pas-

sos a serem tomados no alcance de uma área judicial européia. A Europol é mencionada em relação às ações operacionais transnacionais de equipes de investigação conjunta. A Convenção sobre assistência mútua em matéria criminal de 2000 (ainda não em vigor) também se refere a equipes de investigação conjunta. A Europol também deve ser reconhecida como uma autoridade requerente nos casos de investigações policiais, e ela deve por isto ter um papel de ligação nos preparativos entre os procedimentos penais e oficiais de investigação dentro da UE. Nas Conclusões de Tampere nas áreas da liberdade, segurança e Justiça, um marco foi estabelecido na integração judicial dentro da UE, incluindo o reconhecimento mútuo de decisões de fases preliminares. Também mencionada nas conclusões de Tampere foi a Eurojust, uma unidade de coordenação para os procedimentos penais e investigação das autoridades judiciais dentro da UE. A Eurojust foi introduzida, em adição à Europol, nos arts. 29 e 31 do Tratado de Nice. Está claro que a UE está procurando um projeto real de elaboração de uma Justiça criminal transnacional dentro da UE, tomando em consideração as autoridades de execução do Direito nacional existentes. A UE está procurando fórmulas através das quais possa operacionalizar a cooperação entre as agências nacionais de execução do Direito e pelas quais possa estender a área territorial de suas atuações. É por esse motivo que a UE não optou por criar uma agência de execução do Direito federal, tal como os EUA fizeram através do Serviço Secreto. A razão é compreensível, sob o ponto de vista da viabilidade política. Entretanto, os elaborados instrumentos para a proteção do euro também não refletem o projeto transnacional que está contido no Tratado de Amsterdã e nas conclusões de Tampere. O art. 4(3) constante da redação da decisão do terceiro pilar francês referindo-se à Eurojust não é uma resposta real para a necessidade de uma Justiça criminal na UE. Além do mais, a Eurojust não possui nenhum poder operacional na atual definição. Não estaríamos no tempo de se estabelecer uma equipe de investigação conjunta para as falsificações do euro, que seria coordenada e apoiada pela Europol e ligada a um promotor público com liderança? Essa equipe de investigação conjunta e o promotor público-chefe devem ter competência dentro do território da UE. Somente no caso de medidas coercitivas, devem eles ter a necessidade de obter uma autorização de um juiz nacional ou de investigação. Entretanto tal autorização poderia ter reconhecimento em todo o território da UE. O modelo elaborado no projeto Corpus Juris, com um promotor público europeu e juízes nacionais de liberdades, poderiam funcionar como um exemplo. Em qualquer caso, é necessária uma liderança na aplicação do Direito na área da UE, e as autoridades de execução do Direito têm que ter competência transnacional, além das fronteiras da soberania das Nações-Estado. A aplicação da moeda única dos Estados-membros é por demais importante para ser deixada nas mãos das fragmentadas e limitadas agências de execução do Direito. A aplicação do euro é uma excelente área na qual pode-se experimentar, no Direito europeu, a construção de uma instituição. O quarto ponto de preocupação é a execução operacional nos Estados não-membros da UE, considerando o esperado crescimento da importância do euro como uma moeda de reserva transnacional. De que forma esta extraterritorial assistência e execução são reguladas? O regulamento que estabe-

lece medidas que são necessárias para a proteção do euro contra as falsificações prevê no seu art. 9 obrigações um pouco vagas concernentes a relações externas. O art. 9(1) prevê a obrigação geral para a Comissão e os Estados-membros de cooperar com países não-membros, bem como com organizações internacionais, em próxima cooperação com o BCE. Além do mais, está dito que tal cooperação deve incluir a assistência oficial necessária para prevenir e combater a falsificação do euro, de acordo com as regras relativas à prevenção de atividades ilícitas contidas em acordos de cooperação, associação e pré-acessão. O art. 9(2) impõe a obrigação de o Conselho assegurar que estes acordos de cooperação, associação e pré-acessão entre a UE e Estados não-membros inclua uma obrigação de notificar casos de falsificação de notas e moedas ao BCE. Permanecem em dúvida os seguintes pontos:

• A responsabilidade de instituições de crédito em terceiros países referente à retirada de circulação de moedas e notas falsificadas;

• A entrada de informação entre as instituições monetárias e as de execução do Direito;

• Possibilidades de investigação em países terceiros;

• Cooperação de execução do Direito.

Desde o início da introdução da moeda única, os EUA escolheram estratégia de execução "pró-ativa" e global, juntamente com a obrigação e o dever de usar a devida diligência para prevenir esse crime contra o Direito das nações. A forma de atuação européia com relação à aplicação do Direito extraterritorial é tradicionalmente mais reservada. Os poderes europeus de execução do Direito são muito mais rigidamente ligados à soberania do Estado e poderes públicos. Isto tem como conseqüência, em princípio, o fato de eles não poderem ser desdobrados fora do território da Nação-Estado. Nos EUA, entretanto, estes impedimentos possuem um papel bem menos importante no caso de medidas coercitivas. Tudo isto, entretanto, não tem que significar que nós não possamos e não devamos proteger nossos interesses fora da UE. O Tratado de Amsterdã prevê no art. 38 (Tratado da UE) que a UE pode para tanto concluir acordo com terceiros países, mesmo no campo de atuação do terceiro pilar, e por isso incluindo cooperação policial e judicial. Exemplos neste sentido estão por sair. Além do mais, através de acordos comerciais, dentro da estrutura das políticas comerciais externas da Comunidade (art. 133 do Tratado da UE, ou usando o art. 308 [ex-art. 235] da UE que trata dos poderes necessários), acordos podem ser concluídos com terceiros países através de cláusulas do euro. Finalmente, uma estratégia de execução externa deveria ser negociada com os Estados-membros. De qualquer forma, três pontos merecem atenção e deveriam ser regulados. A entrada de informação referente à falsificação do euro em terceiros países, a possibilidade de investigação conjunta, bem com a possibilidade de presença de unidades especializadas em terceiros países sob a responsabilidade da UE, ou, alternativamente, trabalhando em estreita relação com a UE. A UE e os Estados-membros devem ao menos decidir por um plano de aproximação com oficiais presentes em embaixadas de terceiros países.

O euro tem estado em vigor por quase três anos. Desde 1.°.01.2001, em forma material com curso forçado. Apesar da forte diminuição em valor contra o dólar americano, esta introdução é um sucesso na integração européia, tanto do ponto de vista econômico quanto político. A execução de medidas de combate à falsificação do euro é em muito um problema menor, entretanto. A UE e os Estados-membros estão usurpando os clássicos limites dos relacionamentos entre Nações-Estados *versus* a União, os quais ainda estão despreparados para tomar passos na direção de uma Justiça integrada na UE, e na criação de um espaço judicial europeu. Que seja o euro o catalisador deste evento, não a vítima.

1.3

ESQUEMA AGRAVATORIO DE LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA (LEY 16.707, DEL 12.07.1995) MODIFICATIVA DEL CÓDIGO PENAL URUGUAYO

RAÚL CERVINI

SUMARIO: 1. Planteos preliminares – 2. Cuadro agravatorio: 2.1 Agravación general por vía indirecta; 2.2 Agravación directa por incremento de la pena conminada; 2.3 Circunstancias agravantes propiamente dichas – 3. Atenuantes – 4. Reflexiones finales.

Resumen: El artículo procura realizar un análisis sintético introductorio de la primera y más significativa alteración del Código Penal uruguayo ocurrida desde 1934. Estas modificaciones de claro corte represivo se introducen por medio de la llamada "Ley de Seguridad Ciudadana". Esta Ley 16.707, del 12.07.1995, representó la primera gran claudicación del Derecho Penal uruguayo frente a las tendencias mediáticas del modelo de Derecho "intervencionista" o "activo". La ley modificativa del CPU está impregnada de una fuerte tendencia agravatoria. Esta orientación se traduce indirectamente en la eliminación de tipos privilegiados, ampliación más o menos irracional del ámbito de aplicación de tipos existentes, creación de tipos autónomos francamente innecesarios. También, por vía directa, se agravan varios tipos existentes por vía del incremento de la pena conminada o incorporando agravantes propiamente dichos. Todo un panorama muy lamentable que encamina al Derecho Penal uruguayo hacia un camino sin retorno.

Palabras-clave: Ley de Seguridad Ciudadana del Uruguay – Modelo intervencionista activo en Uruguay – Delito de Copamiento – Delito de Receptación – Colaboración eficaz con las autoridades.

1. Planteos preliminares

a. Luego de muchos años de respetuosa y perseverante vigencia de cardinales principios del Derecho Penal Liberal, en el mes de julio de 1995 Uruguay finalmente cedió frente a los vientos intervencionistas que azotan nuestra región. Tras un irracional y mediático proceso de elaboración, en el curso del cual resultaron estériles todos los llamados a la Razón y al Derecho, fue promulgada –entre clamores de panacea universal– una ley, la 16.707, paradigmáticamente llamada "de Seguridad Ciudadana".

b. Es un hecho que en nuestros colectivos se percibe un creciente sentimiento de inseguridad ciudadana. La alarma social originada en ciertas manifestaciones de criminalidad de prevaleciente raíz estructural resulta meticulosamente redimensionada en su magnitud y realimentada por los medios masivos de comunicación, hasta consolidarla como una realidad más. Esos mismos mecanismos terminan inexorablemente alentando, sin la debida prudencia política y racionalidad jurídica, cambios legislativos acentuadamente represivos y otras panaceas frecuentemente reñidas con principios garantizadores consagrados en el campo sustantivo y procesal.

La tendencia conocida como "Modelo de Derecho *Intervencionista* o *Activo*" presupone, en el mejor de los casos, un acentuado voluntarismo al pretender solucionar por vía legislativa un fenómeno que, como hemos adelantado, tiene raíz y naturaleza estructural. Por lo demás frecuentemente este "modelo" conlleva una cierta hipocresía, ya que esas iniciativas legislativas más o menos inducidas, prevaleciéndose del valor simbólico del Derecho Penal, claramente priorizan modificar la "imagen", "apreciación social" o "sensación térmica de la realidad" más que cambiar la propia realidad. Lamentablemente suelen ser acompañadas por sectores que se muestran liberales en otras áreas de la actividad comunitaria.

c. En ese contexto, abocados a estudiar una reforma penal tan trascendente como la que impone la nueva Ley 16.707, no podemos limitarnos a un mero análisis particularizado y exegético de sus normas. La filosofía inspiradora de una reforma y su valor dogmático trascendente surgen de su análisis global. Por ello vemos necesario trazar al menos un esquema, un mapa introductorio de toda una política definitivamente agravatoria en sentido lato, que se ve lamentablemente plasmada en la nueva ley.

d. En consecuencia, nos referiremos en primer término (Cap. I) a ese cuadro agravatorio planteando en nuestra exposición los tres planos o niveles a través de los cuales se marca esa clara tendencia de la Ley 16.707, a saber: por vía indirecta; por vía directa mediante el incremento de la pena conminada, y en el campo de los agravantes propiamente dichos. En el Cap. II se aludirá a los problemas técnicos y éticos que plantea la atenuante genérica introducida en el art. 2 de la Ley 16.707. Se finalizará con unas breves reflexiones, necesariamente pesimistas, sobre el efecto social que puede esperarse de una legislación de este tipo (Cap. III).

2. Cuadro agravatorio

2.1 Agravación general por vía indirecta

La política de agravación general por vía indirecta se expresa en la nueva Ley de Seguridad Ciudadana de diversas maneras:

a. *A través de la eliminación de los tipos privilegiados que hace el art. 23 de la ley* al derogar expresamente los arts. 313 y 331 del Código Penal.

El Infanticidio *honoris causa* (art. 313) y el Abandono del Recién Nacido por motivos de honor (art. 331) eran conductas que habían sido privilegiadas por el codificador. Al considerarse el Proyecto en la Cámara de Representantes, la Comisión Informante sostuvo que los aludidos textos representaban resabios históricos en la valoración del honor propios de un contexto social hoy superado. Por ello, hoy día, frente a la disyuntiva de optar entre la protección del honor y la de la vida, se optó por priorizar a este último bien.

En los hechos, la derogación introducida operará como una circunstancia agravatoria indirecta, ya que estas conductas no serán tratadas como figuras simples de homicidio y abandono, sino que en la mayor parte de los casos pasarán a ser tipificadas como homicidio calificado o abandono agravado, respectivamente.

b. *Por ampliación del ámbito de aplicación de los tipos.*

Esto ocurre en los siguientes casos:

b.1) *Corrupción.* El art. 1.° de la ley sustituye al art. 274 del Código Penal. En el Código, eran sujetos pasivos de la corrupción las personas mayores de 15 años y menores de 18. Ahora, con la nueva redacción del art. 274, se ha ampliado el ámbito de esos sujetos pasivos, que serán las personas mayores de 12 y menores de 18:

"Comete corrupción el que, para servir su propia lascivia, con actos libidinosos corrompiere a persona mayor de doce años y menor de dieciocho."

Creemos necesario señalar que, aun con la modificación, permanece latente el vacío legal respecto de aquellos actos de corrupción de menores de 12 años que no configuran la materialidad típica del delito de Atentado Violento al Pudor (art. 273). La única solución estaría en suprimir el límite etáreo mínimo de la corrupción.

b.2) *Proxenetismo.* El art. 24 de la ley, que sustituye los arts. 1.° y 2.° de la Ley 8.080, del 27.05.1927. En esta última norma la víctima tenía que ser menor de 14 años. Ahora, con la modificación introducida al art. 2.°: "La pena mínima será de cuatro años de penitenciaría si la víctima fuere menor de 18 años...".

b.3) Igual situación se da con los *agravantes especiales del homicidio.* La ley, en su art. 12, sustituye al art. 311 del Código Penal, y en particular, en su primer apartado, agregó al concubino y al hermano natural al expresar:

"1.°) Cuando se cometiera en la persona del ascendiente o del descendiente legítimo o natural, del cónyuge, del concubino o concubina *more uxorio*, del hermano legítimo o natural, del padre o del hijo adoptivo."

Particularmente en lo que atañe a la situación del concubino podría decirse que esta incorporación trasunta una incoherencia, pues la condición de concubino no se toma en cuenta en el numeral 2.° del art. 26, que trata de la legítima defensa como causa de justificación, ni tampoco entre las circunstancias atenuantes genéricas del art. 46.

c. *Por la virtual eliminación de la instancia de parte.*

Es el caso de los delitos de traumatismo y lesiones ordinarias causadas con abuso de las relaciones domésticas o de la cohabitación.

El art. 14 de la ley sustituye al art. 322 del Código Penal en los siguientes términos:

"De la Denuncia: El traumatismo, las lesiones ordinarias y las lesiones culposas graves sólo se castigarán a denuncia de parte,"

y agrega como novedad, en un segundo párrafo:

"El Juez o el Ministerio Público podrán proceder de oficio en los casos de traumatismo o de lesiones ordinarias causadas con abuso de las relaciones domésticas o de la cohabitación."

d. *Aumento del lapso efectivo de prisión preventiva padecida por el imputado por el mecanismo de la limitación al beneficio de la libertad provisional* (art. 26 de la ley, que sustituye al art. 138 del CPP) *y por los mecanismos de la revocación y modificación del mismo beneficio* (art. 27 de la ley, que sustituye al art. 139 del CPP).

e. *Creación de tipos autónomos.*

Dentro de este rubro mencionaremos aquellas nuevas creaciones típicas de clara autonomía técnica y otras cuya autonomía puede ser más discutible.

El legislador, luego de evaluar el elenco de los delitos clásicos y valorar su frecuencia, lugar físico donde se da la conducta, objeto o relación subyacente más relevante en los mismos etc., podría haber tomado dos caminos: I) agravar puntualmente esos tipos, que suele ser lo técnicamente aconsejable, aunque menos vistoso, o II) reiterar el tipo singularizándolo autónomamente, en forma agravada.

A nuestro juicio el legislador compatriota optó por esta segunda vertiente, lo que no excluye en muchos casos la discusión sobre una autonomía decididamente polémica, lindante con los subtipos agravados. Desde el punto de vista estrictamente jurídico no se percibe el fundamento o necesidad de crear tipos autónomos exclusivamente en mérito a situaciones particulares sustancialmente abarcables por la norma madre. Si lo que se buscó fue lograr un cierto efecto simbólico para calmar transitoriamente manifestaciones de alarma social respecto de hechos puntuales, sin duda el camino escogido es el más eficiente.

e.1) *Porte y Tenencia de Armas.* El art. 15 de la ley incorpora al Código Penal la nueva disposición 152 bis.

"Porte y tenencia de armas. El que portare o tuviere en su poder armas cuyos signos de identificación hubieren sido alterados o suprimidos o cuyas características o municiones hubieren sido alteradas en forma circunstancial o permanente, de manera de aumentar significativamente su capacidad de daño, será castigado con tres a dieciocho meses de prisión o multa equivalente, pena por la cual optará el juez según las circunstancias del caso."

Con esta norma se eleva a la categoría de tipo penal autónomo lo que antes en el Código Penal podría encuadrar en una falta (hip. del 365, inc. 12, o 366, inc. 4) o en un mero indicio de delito.

e.2) Igualmente el *delito de Receptación* se incorpora como un nuevo tipo delictivo contra la propiedad, a diferencia del Encubrimiento, que está ubicado dentro del bien jurídico Administración Pública.

El art. 21 de la ley incorpora al Código Penal el art. 350 bis, que expresa:

"350 bis. Receptación. El que, después de haberse cometido un delito, sin concierto previo a su ejecución, con los autores, coautores o cómplices, con provecho para sí o para un tercero, adquiera, reciba u oculte dinero o efectos provenientes de un delito, o de cualquier manera interviniere en su adquisición, recepción u ocultamiento, será castigado con pena de seis meses de prisión a diez años de penitenciaría. Se consideran agravantes del delito: A) Que los efectos se reciban para su venta. B) Que el agente hiciere de esta actividad su vida usual."

Puede verse que el delito de Receptación queda con la pena más alta dentro de los delitos contra la propiedad, incluso por arriba del Hurto, lo que podría responder a una visión funcionalista de la punibilidad.

e.3) Delito de *Violencia Doméstica.* El artículo 18 de la ley incorpora el art. 321 bis al Código Penal. Es muy discutible si se trata de una figura autónoma o de un agravante de la lesión dolosa. Es tan discutible su autonomía como lo son los criterios de distinción con las lesiones personales. Nos inclinamos por sostener su autonomía, pero también creemos necesario resaltar que se trata de una figura muy confusa y difícilmente aplicable. El nuevo art. 321 bis expresa textualmente:

"321 bis. Violencia doméstica. El que, por medio de violencias o amenazas prolongadas en el tiempo, causare una o varias lesiones personales a persona con la cual tenga o haya tenido una relación afectiva o de parentesco, con independencia de la existencia de vínculo legal, será castigado con una pena de seis a veinticuatro meses de prisión..."

Los párrafos finales contienen agravantes propiamente dichas con pena propia y serán analizados más adelante.

e.4) Delito de *Riña.* También acá es discutible si estamos ante un subtipo o ante un delito autonomizado por el lugar de su comisión. Entendemos que el legislador quiso lo segundo, siguiendo el mismo criterio empleado para el delito de Riña en el Deporte previsto en la Ley 16.359. La participación en riña simple, prevista en el art. 323 del Código Penal, tiene una pena de multa o prisión equivalente. El art. 19 de la ley incorpora al Código Penal el art. 323 bis, que establece:

"El que, con motivo o en ocasión de una competencia deportiva u otro espectáculo público que tuviera por objeto recreación o esparcimiento, durante su desarrollo o al ingresar o retirarse del mismo, participare en una riña o compeliere a participar en ella, la dirigiere o la propiciare, será castigado con pena de tres a veinticuatro meses de prisión. Con la misma pena será castigado el que, en las circunstancias del inciso anterior, portare armas (art. 293) o las introdujere en el recinto en que se desarrollare la competencia deportiva o el espectáculo público. En todos los casos, se procederá al comiso de la armas incautadas..."

Los párrafos finales constituyen agravantes propiamente dichas con pena propia, y las analizaremos más adelante.

e.5) Delito de *Rapiña con Privación de Libertad – Copamiento*. El art. 20 de la ley incorpora el art. 344 bis al Código Penal, que contiene un tipo hipercomplejo (junta tres delitos).

"344 bis. Rapiña con privación de libertad – copamiento. El que, con violencias o amenazas, se apoderare de cosa mueble, sustrayéndosela a su tenedor, para aprovecharse o hacer que otro se aproveche de ella, con privación de la libertad de su o sus víctimas, cualquiera fuere el lugar en que ésta se consumare, será castigado con ocho a veinticuatro años de penitenciaría."

e.6) Delito de *Daño*. El artículo 22 incorpora al Código Penal el art. 358 bis, que se transcribe a continuación:

"358 bis. El que destruyere o de cualquier modo dañare total o parcialmente una cosa ajena mueble o inmueble, con motivo o en ocasión de una competencia deportiva u otro espectáculo público, durante su desarrollo o al ingresar o retirarse del mismo, será castigado con pena de prisión de tres a quince meses."

Con la nueva redacción ha quedado configurado un daño con referencia de lugar, más grave (tres a quince meses de prisión) que el daño simple previsto en el art. 358 (pena de multa), pero menos grave que el daño agravado del art. 359 del Código Penal (tres meses de prisión a seis años de penitenciaría).

2.2 Agravación directa por incremento de la pena conminada

Esta política se observa con relación a varios delitos, a saber:

a. El *delito tentado*. El art. 3 de la ley sustituye al art. 87 del Código Penal. El primer párrafo no sufre mayores alteraciones, el delito tentado sigue castigado con la tercera parte a la mitad de la pena que corresponde al delito consumado, pero se suprime la expresión "a arbitrio del Juez". La transformación más importante es que se agregó el siguiente segundo párrafo:

"Tratándose de los delitos de violación, homicidio, lesiones, rapiña, extorsión y secuestro y en mérito a las mismas consideraciones el Juez podrá elevar la pena hasta las dos terceras partes de la que correspondería al delito consumado."

b. El delito de *Cohecho Simple*. El art. 5 de la ley sustituyó el art. 157 del Código Penal, y la pena de Cohecho Simple, que era de multa e inhabilitación especial de dos a cuatro años, pasó ahora a ser una pena de tres a quince meses de prisión e inhabilitación especial de dos a cuatro años.

Pensamos que la pena de este delito quedó demasiado próxima a la del Cohecho Calificado (art. 158 del CP: seis a 24 meses de prisión e inhabilitación especial de dos a seis años), desnaturalizando una diferencia de sustancia que existe entre las dos figuras. Cabe señalar que en momentos en que tanto se habla sobre la corrupción, el legislador se perdió la oportunidad de redimensionar la pena del Cohecho Calificado, acompasándola con la pena del Fraude (que es de penitenciaría). Elevando la pena del Cohecho Calificado se elevaba asimismo la pena derivada del delito de Soborno (art. 159), lo que hubiera sido muy coherente.

c. Por su parte, el delito de *Encubrimiento* ha quedado totalmente cambiado en su estructura punitiva. El art. 8 de la ley sustituyó el art. 197 del Código Penal, que establecía para el delito una pena derivada de la tercera parte a la mitad de la pena establecida para el delito encubierto. Ahora, con la nueva redacción, se eliminó la referencia a "con o sin provecho personal" y se autonomizó la receptación (art. 350 bis), cuyo elemento caracterizante radica precisamente en la existencia de provecho o utilidad material por parte del sujeto activo. Con la actual redacción, la figura del encubrimiento quedó castigada con una pena de tres meses de prisión a diez años de penitenciaría.

d. El delito de *Violación*. El art. 9 de la ley sustituyó al art. 272 del Código Penal. En su mérito, el delito de Violación, que en el Código Penal se castigaba con una pena de dos a diez años de penitenciaría, pasó ahora a tener una pena de dos a doce años de penitenciaría.

e. Delito de *Amenazas*. El art. 11 de la ley sustituyó al art. 290 del Código Penal, aumentando la pena de multa del delito de Amenazas, que ahora se encuentra fijada entre 25 y 700 UR.

f. Delito de *Falsificación de Cédula de Identidad y Pasaporte*. En este caso, fuera de toda duda técnica, no estamos ante una figura autónoma, sino ante un incremento de la pena conminada. El art. 16 de la ley incorpora al Código Penal un art. 242 bis (Falsificación de Cédulas de Identidad y Pasaportes), el que será castigado con pena de seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría.

A nuestro modo de ver, el legislador optó por privilegiar los objetos materiales (cédulas y pasaportes) frecuentemente usados como instrumentos para la comisión de delitos más graves. Se tiene la sensación que frente a la impotencia o incapacidad para alcanzar al delito fin se opta por agravar la pena del delito medio, en una clara manifestación del funcionalismo propia del Derecho Intervencionista.

Desde el punto de vista técnico, pensamos que se trata de una falsificación ideológica de certificado. Por consiguiente, al nuevo párrafo se le debió haber asignado el número de art. 241 bis, a continuación del 241, que también se refiere a la falsificación ideológica de certificados, y antes del art. 242, que se ocupa de la falsificación material de certificado.

2.3 Circunstancias agravantes propiamente dichas

Dentro de este rubro cabe distinguir aquellas hipótesis en las cuales la nueva ley prevé pena propia y aquellas otras en que la pena queda igual.

a. Entre las primeras tenemos:

a.1) el caso de la *Asociación para Delinquir*. El art. 4.° de la ley sustituye al art. 150 del Código Penal.

Específicamente se agrega un segundo párrafo a la redacción del Código donde, con una muy discutible técnica ajena al proyecto original del Poder Ejecutivo, termina desvirtuado el sentido del hecho asociativo. De la Asociación

para Delinquir conocida tradicionalmente parece que sólo sobrevive la permanencia. Expresa la referida norma:

"El hecho será castigado con dieciocho meses de prisión a ocho años de penitenciaría si la asociación tuviere por objeto la ejecución de cualquiera de los delitos previstos en el art. 1.° de la Ley 8.080, de 27.05.1927 (Proxenetismo), en los arts. 30 a 35 del Decreto Ley 14.294, de 31.10.1974 (Estupefacientes), en el art. 5.° de la Ley 14.095, de 17.11.1972 (ilícitos económicos), de cualquier actividad ilícita relacionada con el tráfico de órganos tejidos (Ley 14.005, de 17.08.1971); el contrabando o la adquisición, recepción u ocultamiento de dinero o de los efectos provenientes de un delito."

a.2) *Agravante del Homicidio.* El art. 17 de la ley incorpora al Código Penal el art. 310 bis, que se transcribe:

"310 bis. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, se considerará agravante especial del delito, la calidad ostensible de funcionario policial de la víctima, siempre que el delito fuere cometido a raíz o en ocasión del ejercicio de sus funciones, o en razón de su calidad de tal. En este caso, el máximo de la pena se elevará en un tercio respecto de la prevista en el artículo anterior."

a.3) *Agravantes especiales de la Violencia Doméstica.* El art. 18 de la ley incorpora el art. 321 bis al Código Penal (Violencia Doméstica). Esta norma tiene sus propias circunstancias agravantes en sus párrafos finales:

"La pena será incrementada de un tercio a la mitad cuando la víctima fuere una mujer y mediaren las mismas circunstancias y condiciones establecidas en el inciso anterior. El mismo agravante se aplicará si la víctima fuere un menor de dieciséis años o una persona que, por su edad u otras circunstancias, tuviera su capacidad física o psíquica disminuida y que tenga con el agente relación de parentesco o cohabite con él."

a.4) *Agravante de la Riña con resultado de muerte o lesión con motivo o en ocasión de una competencia deportiva u otro espectáculo público que tuviere por objeto recreación o esparcimiento.* El art. 19 de la ley incorpora al Código Penal el art. 323 bis, que establece en una de sus partes:

"Si de la riña resultare muerte o lesión, se aplicará lo dispuesto por el inc. 2.° del art. 323, incrementándose la pena en un tercio, siempre que el resultado fuera previsible para el partícipe..."

a.5) *Agravantes especiales del Homicidio, Lesiones Personales, Lesiones Graves y Lesiones Gravísimas cometidas con motivo o en ocasión de una competencia deportiva u otro espectáculo público que tuviere por objeto recreación o esparcimiento.* El art. 19 de la ley, que incorpora al Código Penal el 323 bis, expresa en su parte final:

"... Cuando bajo las mismas circunstancias del inc. 1.°, pero fuera de las hipótesis en él mencionadas, se cometieren por motivos relacionados a la competencia o espectáculo mismo, los delitos previstos en los arts. 310 (Homicidio), 316 (Lesiones Personales), 317 (Lesiones Graves) y 318 (Lesiones Gravísimas), las penas máximas de las respectivas figuras se incrementarán en un tercio."

b. Entre las segundas tenemos:

b.1) El delito de *Soborno*. El art. 6 de la ley sustituye el art. 159 del Código Penal. Específicamente, agrega un segundo párrafo, que es el siguiente:

"Se considerará agravante especial que el inducido sea funcionario policial o encargado de la prevención, investigación o represión de actividades ilícitas, siempre que el delito fuere cometido a raíz o en ocasión del ejercicio de sus funciones, o en razón de su calidad de tal y que esta última circunstancia sea ostensible para el autor del delito."

b.2) El delito de *Atentado*. El art. 7 de la ley sustituye al art. 172 del Código Penal (circunstancias agravantes de dicho delito), modificando su 2.° inciso:

"2.° El que la violencia o amenaza se ejecutare contra más de dos funcionarios o contra un cuerpo político, administrativo o judicial, de organización jerárquica o colegiada, o contra un funcionario del orden judicial o policial."

b.3) El delito de *Lesiones*. El art. 13 de la ley sustituye al art. 320 del Código Penal (circunstancias agravantes de dicho delito), incorporando entre las mismas:

"La calidad ostensible de funcionario policial de la víctima siempre que el delito fuere cometido a raíz o en ocasión del ejercicio de sus funciones o de su calidad de tal."

3. Atenuantes

a. El tema a tratar en este caso es el de la modificación que introduce el art. 2 de la ley, que sustituye el art. 46 del Código Penal, incorporando una nueva atenuante genérica, que expresa:

"12. Colaboración con las autoridades judiciales. El colaborar eficazmente con las autoridades judiciales en el esclarecimiento de un delito."

Esta norma tiene un antecedente frecuentemente olvidado. Se trata de la atenuante especial al delito de Concurso de los funcionarios públicos en la evasión (art. 186) prevista en el art. 188, 2.°: "Que el reo, dentro del término de tres meses, obtenga la captura o la presentación del prófugo a la autoridad".

b. La nueva referencia al colaborador que trae la Ley 16.707 plantea, entre otros problemas, el de su alcance.

De acuerdo a una posición, esta norma no requiere el "llamamiento del correo", o sea, la delación de un tercero. Basta con la confesión que ayude a la justicia, agregándose que toda confesión corroborada ayuda a la justicia, pues permite explicar hechos complejos y abreviar los juicios.

De acuerdo a una segunda posición (apoyada en abundante jurisprudencia anterior a la ley), si la confesión del colaborador se refiere a un hecho propio y es con presentación, jugaría la atenuante genérica de presentación a la autoridad, prevista en el inc. 9.° del art. 46, correspondiendo la atenuante genérica analógica del inc. 13.° del art. 46 si la confesión se realiza sin presentación

a la autoridad. Una posición jurisprudencial minoritaria entendía que también a la confesión sobre un hecho ajeno le era extensible el mecanismo de la atenuante analógica.

La confesión del colaborador referida a un hecho ajeno de un copartícipe, estaría ahora fuera de toda duda resuelta a texto expreso por esta nueva atenuante. Esa habría sido la voluntad del legislador y el sentido de la norma, premiar la delación con una atenuante.

Debemos reconocer que la solución recogida por el legislador uruguayo es sensiblemente más prudente que la que hoy ostentan algunas legislaciones extranjeras, pero indica una peligrosa tendencia. A vía de ejemplo, basta pensar en el art. 60 del Proyecto de Ley Modificativo del Decreto-Ley 14.294, actualmente a estudio.

3. Debe tenerse presente que este instituto está íntimamente emparentado con el *bargain* americano, el *pattegiamento* italiano y con la "delación premiada" que recoge el art. 6 de la nueva Ley brasilera 9.034, de 1995, de Combate al Crimen Organizado; este último prevé la reducción de la pena de uno a dos tercios para aquellos que presten una colaboración espontánea que permita esclarecer la autoría de esos delitos.

Al respecto debemos recordar que, refiriéndose a este tipo de institutos, durante un ciclo de conferencias dictadas en 1991 en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU), el Profesor de la Universidad de California, James F. Smith, señalaba la intrínseca inmoralidad de estos mecanismos que sacrifican principios medulares del Derecho Penal de raíz constitucional, como son los de dignidad de la persona humana, igualdad de todos ante la ley y de responsabilidad personal, y todo ello persiguiendo el objetivo de la eficiencia. En la base de todo acuerdo, transacción penal, delación premiada o tratamiento privilegiado al colaborador, está la idea errónea e inmoral que el fin justifica los medios, cualesquiera sean éstos. En esa tesitura tan poco edificante, aquellos encargados del cumplimiento de la ley supeditan ciertos niveles hipotéticos de eficiencia en la persecución de los delitos a un arreglo o terminan premiando la delación.

4. Reflexiones finales

a. Ha señalado el Profesor Rivacoba y Rivacoba que toda la historia del Derecho Penal está llena del impulso encaminado a que triunfe el principio de lo racional sobre los fundamentos irracionales de la pena, en otras palabras: que prevalezca el sentido antropológico y subsidiario de la normativa penal como último referente social del Hombre, frente a las tendencias utilitaristas que se prevalecen del efecto simbólico del Derecho Penal con finalidades extrañas a su sentido y límites.

También en nuestro medio –tradicionalmente cuidadoso con los límites del *jus puniendi*– percibimos en los últimos tiempos una creciente tendencia penalizadora que coloca al Derecho Penal en riesgo de trivialización.

b. *La Ley de Seguridad Ciudadana 16.707 profundiza un camino sin retorno ni fin. La política penalizadora que hoy puede calmar a un segmento del electorado está naturalmente llamada al fracaso y a breve plazo ese mismo u otro sector la sentirá como insuficiente.* En pocos meses seremos testigos de nuevos proyectos, crecientemente represivos, que correrán la misma suerte, demostrando que el Derecho Penal –en nuestro país como en cualquier otro– no puede funcionar en forma mínimamente idónea como parche de incipientes conflictos o panacea para una criminalidad cuyo paulatino abatimiento sólo podrá lograrse principalmente por medio de un conjunto de políticas sociales y en forma subsidiaria a través de la optimización técnica de las agencias del control social.

b. Finalmente, en lo que atañe a la introducción de la figura del "colaborador" en nuestro Derecho, pensamos que con instrumentos de este tipo se está pagando un precio demasiado alto, lo suficiente como para afectar el frágil equilibrio de un Estado de Derecho y la dignidad de todos.

Nos ilustra Foucault que durante la época del Absolutismo el sujeto sometido a indagatoria o a proceso era llamado a colaborar con él, a integrarse en la maquinaria inquisitiva, renunciar a la reserva de su pensamiento y a certificar con su delación-confesión la verdad que debía surgir de la instrucción. El sometimiento del sujeto al proceso se verificaba entonces, no sólo físicamente, a través del tormento (procesalmente regulado como procedimiento de indagación y de castigo), sino también espiritualmente, a través de la sujeción de su libertad de conciencia y el juramento de decir la verdad. La Ilustración trajo una saludable revolución copernicana al respecto. El sujeto a proceso penal dejó de ser parte de la maquinaria dirigida a producir la verdad, abandonó su condición de colaborador sumiso e inerte frente a ella, pasó a ser una persona a quien se reconocía de un modo primero sus atributos de libertad y dignidad. Esa jerarquización de valores consagrada a nivel constitucional representa también –como irrenunciable corolario legitimante– una superación ética del Estado de Derecho.

En virtud de esa postura ética del Estado no es admisible que para contemplar lo adjetivo (por ejemplo, las dificultades probatorias), se termine por trastrocar lo sustantivo (los principios del dogma penal). El Derecho sustantivo no debe ni puede hacerse cargo de aquellas tareas respecto de las cuales se cree que el Derecho Procesal no está en condiciones de absorber. Un Estado organizado sobre bases democráticas no puede entrar en ese juego dialéctico. Sus reglas y los principios éticos que animan su convivencia deben ser otros.

Hemos dicho infinidad de veces y nos vemos obligados a repetir que en un Estado de Derecho, el fin no justifica los medios en ningún caso, tampoco en materia de combate más eficaz al delito, pues éstos (los medios) constituyen precisamente la garantía.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

DA RECLAMAÇÃO

ADA PELLEGRINI GRINOVER

SUMÁRIO: 1. Evolução histórica – 2. Divergências quanto à natureza jurídica – 3. A reclamação e seu duplo objetivo – 4. A viabilização da dúplice função da reclamação.

Resumo: A evolução histórica da reclamação passou pela criação pretoriana, por sua inclusão no Regimento Interno do STF, pela competência constitucional de 1967 e culminou na previsão da Constituição de 1988. As quatro fases do instituto refletem-se na divergência quanto à sua natureza jurídica, que é devida, também, a sua dúplice função: a preservação da competência do tribunal e a garantia da autoridade de sua decisão. A viabilização desses dois objetivos faz-se nos termos da Lei 8.038 de 1990 e do Regimento Interno do STF.

Palavras-chave: Reclamação – Competência, preservação – Decisão, autoridade – STF.

1. Evolução histórica

O instituto da *reclamação*, previsto nos regimentos internos do STF e de outros tribunais brasileiros, com o objetivo de preservar-lhes a competência e garantir a autoridade de suas respectivas decisões, constitui produto de lenta elaboração pretoriana, pelo que sua natureza só pode ser bem compreendida à luz dos dados históricos.[1]

Como mostra José da Silva Pacheco em minucioso estudo sobre o tema,[2] é possível distinguir nessa elaboração quatro fases bem delimitadas.

A primeira, que se inicia com a própria criação do STF e vai até a inclusão da providência no Regimento Interno daquela Corte, é caracterizada pela omissão

(1) V. também, sobre o tema, a última edição de *Os recursos no processo penal* (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes). 3. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 423-432).

(2) José da Silva Pacheco. "A 'reclamação' no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição", *RT* 78(646)/19-32, 1989.

de qualquer texto a respeito, o que não impedia entretanto que a medida fosse admitida em diversas ocasiões.

A construção jurisprudencial tinha então por base, especialmente, a doutrina dos *poderes implícitos*, elaborada sob a influência de decisões históricas da Suprema Corte norte-americana, que pode ser bem resumida em uma citação de Black invocada pelo Min. Rocha Lagoa, em voto preliminar na Rcl 141, julgada em 25.01.1952:[3]

"Tudo o que for necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional, envolvendo proibição ou restrição ou a garantia a um poder, deve ser julgado implícito e entendido na própria disposição."

Dessa forma, assinalando que "vão seria o poder, outorgado ao STF, de julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância se lhe não fora possível fazer prevalecer seus próprios pronunciamentos, acaso desrespeitados pelas Justiças locais", o Supremo admitia o uso da reclamação para fazer cumprir as suas próprias decisões.

Sobre a natureza desse remédio, discutida desde suas origens, vale adiantar a lúcida ponderação do Min. Nélson Hungria, igualmente manifestada na referida Rcl 141/52, no sentido de que: não se tratava de recurso, mas de simples *representação*, em que se pede ao STF que faça cumprir o julgado tal como nele se contém", acrescentado: "se um interessado verifica que é mal-guardada uma decisão do STF e representa contra esse abuso, é claro que não podemos cruzar os braços, alheando-nos ao caso, pouco importando que o nosso Regimento seja omisso a respeito".

Como conseqüência natural dessa elaboração pretoriana, na sessão de 02.10.1957, a *reclamação* veio a ser expressamente incluída no Regimento Interno do STF, criando-se então o capítulo V-A, no Título II, para tratar da providência. Para tanto, valeu-se o Tribunal da previsão do art. 97, II, da Constituição de 1946, que lhe dava competência para elaborar seus regimentos internos.

Com a inclusão da medida no Regimento Interno, iniciava-se assim aquela que Silva Pacheco denomina a *segunda fase* da reclamação.

Um terceiro período é instaurado com previsão da Carta de 1967, reafirmada depois pela EC 1, de 1969 e, ainda, pela EC 7, de 13.04.1977 (art. 115, par. ún., *c*; art. 120, par. ún., *c*; art. 119, § 3.º, *c*, respectivamente).

É que, a partir desses textos, ficou expressamente conferida ao STF autorização constitucional para estabelecer, no seu Regimento Interno, "o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da argüição de relevância da questão federal".

Foi sob a égide dessa permissão que o Plenário do STF, ao decidir representação do Procurador-Geral da República, atendendo a solicitação da Ordem dos Advogados do Brasil (Rp 1.092-DF), concluiu pela *inconstitucionalidade* de previsão semelhante inserida no Regimento Interno do antigo Tribunal Federal de Recursos, assentando:

(3) Silva Pacheco, op. cit., p. 20-21.

"Reclamação. Instituto que nasceu de uma construção pretoriana, visando a preservação, de modo eficaz, da competência e da autoridade dos julgados do STF. Sua inclusão a 02.10.1957, no Regimento Interno do órgão maior na hierarquia judicial e que desfruta de singular posição.

Poder reservado exclusivamente ao STF para legislar sobre 'o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal' instituído pela CF de 1967 (art. 115, par. ún., *c*, hoje art. 119, § 3.º, *c*)."[4]

Mas é preciso ter presente que o referido julgado enfrentou situação verificada sob a égide de um texto constitucional que atribuía exclusivamente ao STF (e não a outros tribunais) competência para estabelecer, em seu Regimento Interno, "o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária e recursal".

Mesmo assim, é também oportuno ressaltar que naquela ocasião votaram contra a tese de inconstitucionalidade os Ministros Aldir Passarinho, Oscar Corrêa e Néri da Silveira, sendo certo que do voto deste último se extrai transcrição de voto do Min. Carlos Mário Velloso, que vale reproduzir:

"Acentue-se, por outro lado, que não existe regra de Direito processual vedando essa medida. E, conforme falamos, não extinguiu o Regimento, com tal modo de proceder, nenhum recurso. Ao contrário, colocou à disposição das partes mais uma *medida judicial, que, evidentemente, amplia a forma de prestação da tutela jurisdicional, dentro, portanto, do espírito da garantia da proteção jurisdicional (CF, art. 153, § 4.º), que no Direito anglo-americano está traduzida na cláusula do* due process of law, *intrínseco ao constitucionalismo liberal e associado ao regime democrático.*" (Grifei.)

Situação absolutamente distinta foi instaurada com o texto constitucional de 1988, dando lugar àquela que Silva Pacheco designa como *quarta fase* na evolução histórica da *reclamação*, pois a Carta vigente conferiu, de modo explícito, legitimidade ao instituto, inserindo-o expressamente em seus art. 102, I, letra *l*, e art. 105, I, letra *f*, dentre os feitos de competência do STF e do STJ.

Com isso, como sustentamos em sede doutrinária, parece induvidoso que ficaram superadas as questões de constitucionalidade que foram suscitadas nos períodos precedentes da evolução do instituto com relação à sua previsão em regimentos outros que não os do STF e STJ.[5]

2. Divergências quanto à natureza jurídica

Feitas essas observações prévias, cabe então examinar qual seja a natureza jurídica do instituto. Trata-se, na verdade, de questão a respeito da qual as opi-

(4) Acórdão publicado na *RTJ* 112/504.

(5) Cf. Ada Pellegrini Grinover. "A reclamação para garantia da autoridade das decisões dos tribunais". *Revista ID*, Doutrina 10, 2. ed. Rio de Janeiro, 2000. p. 349-358, principalmente p. 353.

niões mais controvertidas são apresentadas e registradas especialmente nas decisões do STF constantes dos anais forenses: para alguns seria um recurso; outros a vêem como ação; e também há quem entenda resumir-se em simples incidente processual.

É do Min. Amaral Santos, no julgamento da Rcl 831 do STF,[6] a atribuição à mesma da natureza de *recurso ou de sucedâneo de recurso*.

Pontes de Miranda,[7] acompanhado por Silva Pacheco, confere à reclamação natureza de *ação*, afirmando este último tratar-se de "ação fundada no direito de que a resolução seja pronunciada por autoridade judicial competente; de que a decisão já prestada por quem tinha competência para fazê-lo tenha plena eficácia, sem óbices indevidos ou se elidam os estorvos que se antepõem, se põem ou se pospõem à plena eficácia da decisão ou à competência para decidir".[8] Mais recentemente, em monografia sobre o assunto, defende a mesma posição Marcelo Navarro Ribeiro Dantas.[9]

Diversa é a opinião de Moniz de Aragão, para quem "a reclamação, longe de ser uma ação ou um recurso, é um *incidente processual*, provocado pela parte ou pelo Procurador-Geral, visando a que o Supremo Tribunal imponha a sua competência quando usurpada, explícita ou implicitamente, por outro qualquer tribunal ou juiz"[10] (grifei).

Parece, porém, que as referidas posições não são adequadas a explicar a natureza jurídica da reclamação, em sua dupla função. É o que se passa a examinar.

3. A reclamação e seu duplo objetivo.

Como é sabido, dois são os objetivos para os quais está predisposta a reclamação constitucional: a) a preservação da competência; e b) a garantia da autoridade das decisões (arts. 102, I, *l*, e 105, I, *f*, CF). Por sua vez, a Lei 8.038, de 28.05.1990, estabelece que, julgando procedente a reclamação, "o Tribunal cassará a decisão exorbitante do seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência" (art. 17).

Desse dualismo, nem sempre levado em conta pela doutrina e pela jurisprudência, parecem surgir as divergências a respeito da natureza jurídica da reclamação, freqüentemente devidas a visões parciais do instituto e de suas finalidades.

(6) *RTJ* 56/539-50.

(7) Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. t. V. p. 384.

(8) José da Silva Pacheco, op. cit., p. 30.

(9) Marcelo Navarro Ribeiro Dantas. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2000, principalmente p. 459-462.

(10) Egas D. Moniz de Aragão. *A correição parcial*. São Paulo: Bushatsky, 1969. p. 110.

Assim, a posição que vê a reclamação como *recurso* não leva em conta aquela que visa a garantir a autoridade da decisão, porque esta: a) não visa a impugnar uma decisão, mas justamente a assegurá-la; b) não é utilizada antes da preclusão, mas, ao contrário, depois do trânsito em julgado da decisão que quer preservar; c) não se faz na mesma relação processual, mas depois que esta se encerrou; d) não objetiva reformar, invalidar, esclarecer ou integrar uma decisão, mas sim garantir a autoridade de uma decisão cujo conteúdo se quer justamente assegurar.

Do mesmo modo, à reclamação destinada a garantir a autoridade da decisão não se pode atribuir a natureza jurídica de *incidente processual*, o qual só pode surgir num processo em curso, enquanto essa modalidade de reclamação visa a restaurar a autoridade da decisão final, em processo já encerrado.

Difícil, também, aceitar completamente a natureza jurídica de *ação* com relação à mesma reclamação, voltada a garantir a autoridade da decisão, uma vez que o direito de ação ativa a jurisdição e tem como conteúdo o direito ao processo, assegurando às partes as garantias do devido processo legal e notadamente o contraditório. Ao invés disto, nessa modalidade de reclamação, não se pretende que o Estado exerça a jurisdição, até porque a prestação jurisdicional já foi obtida, cuidando-se apenas de assegurar a eficácia do provimento definitivo que a concedeu; e muito menos se poderia cogitar de assegurar aos interessados, através dessa modalidade de reclamação, a reabertura da discussão contraditória que precedeu a tal provimento, muito embora o art. 15 da Lei 8.038/90 preveja a eventual impugnação, por qualquer interessado, do pedido do reclamante.

Por isso é que sustentei, em sede doutrinária,[11] especialmente em face da atual *constitucionalização* do instituto, a partir da Carta de 1988, que *a solução deve hoje ser buscada na própria Constituição.*

Essa visão já estava presente, de certo modo, na obra de José Frederico Marques, escrita à luz de texto constitucional que não contemplava expressamente a providência, quando afirmava o mestre tratar-se de "*remédio ou medida de Direito processual constitucional* para garantir o cumprimento das decisões do Supremo Tribunal Federal" (grifei), acrescentando:

"Pode a ordem jurídica, *através de normas regimentais*, criar providências dessa natureza para a garantia da observância de julgados em que interfere o guardião supremo e último da própria Lei Magna"[12] (grifei).

Qual seria então, na ordem vigente, a natureza desse "remédio ou medida de Direito processual constitucional"?

A meu ver, a providência em questão constitui uma *garantia especial* que pode ser subsumida na cláusula constitucional que assegura "o direito de petição

(11) Ada Pellegrini Grinover. "A reclamação para garantia da autoridade das decisões dos tribunais", cit., especialmente p. 355-357.

(12) José Frederico Marques. *Instituições de direito processual civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. IV, p. 394-395 e nota 18.

aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra a ilegalidade ou abuso de poder" (CF, art. 5.°, XXXIV, *a*).

Esse entendimento está corroborado pela posição de Nélson Hungria que, como visto, ponderava, na Rcl 141/52, não tratar-se "de recurso, mas de simples representação, em que se pede ao STF que faça cumprir o julgado tal como nele se contém", acrescentando cuidar-se de hipótese em que o interessado, verificando ser mal guardada a decisão, *representa contra esse abuso.*

Aliás, direito de petição e de representação sempre andaram de mãos dadas nos textos constitucionais brasileiros anteriores. A Constituição de 1946 falava em "direito de representar, mediante petição dirigida aos poderes públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas" (art. 141, § 37). E a Constituição de 1967 (art. 150, § 30), assim como a Emenda 1/69 (art. 153, § 30) guardavam a mesma dicção:

"É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra abusos de autoridades."

Foi a Constituição vigente que subsumiu à expressão "direito de petição" o de representação (art. 5.°, XXXIV).

É proveitoso lembrar, a propósito do direito de petição, que o próprio *direito de ação* pode ser vinculado a esse gênero. Como ensinou Eduardo J. Couture, durante longos períodos históricos o direito de petição abrangeu, de maneira quase inseparável, as pretensões aduzidas perante o Poder Legislativo, perante o Executivo e perante o Judiciário; o que aconteceu com o direito de petição é que se veio operando um processo de diversificação, de tal modo que ante o Judiciário ele assume uma feição particular: enquanto perante os outros poderes configura apenas uma relação entre o particular e a autoridade, perante o Judiciário ele envolve um terceiro.[13]

Mas essa vinculação do direito de ação à garantia mais ampla e antiga do *direito de petição* não impede que se possam vislumbrar, mesmo em relação ao Judiciário, situações diversas da *ação*, nas quais o cidadão se acha investido daquele poder mais geral de se dirigir ao Poder Público para *defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder.*

É o que ocorre claramente quando se cuida da *reclamação* aos tribunais, com o objetivo de assegurar a autoridade de suas decisões: não se trata *de ação*, uma vez que não se vai rediscutir a causa com um terceiro; não se trata de *recurso*, pois a relação processual já está encerrada, nem se pretende reformar a decisão, mas antes garanti-la; não se trata de *incidente processual*, porquanto o processo já se encerrou. Cuida-se simplesmente de postular perante o próprio órgão que proferiu uma decisão o seu exato e integral cumprimento.

(13) Eduardo J. Couture. *Fundamentos do direito processual civil.* Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 48-53.

Parece, portanto, que, ao menos na modalidade que visa a assegurar a autoridade das decisões, a reclamação configura *exercício do direito de petição*, levando o tribunal que a julgar procedente à cassação da decisão exorbitante (art. 17 da Lei 8.038/99).

E a reclamação que objetiva a *preservação da competência* do tribunal? A esta poderia atribuir-se natureza jurídica de recurso, incidente processual ou mesmo de ação, caso se aceitasse que à outra – a destinada a garantir a autoridade das decisões – se pudesse conferir natureza jurídica distinta. Mas, a ser única a solução, somente se poderia atribuir a ambas as modalidades de reclamação a natureza de exercício do direito constitucional de petição, levando o tribunal, na segunda hipótese, à determinação de medida adequada à preservação de sua competência (art. 17 da Lei 8.038/90).

Seja como for, para além da discussão a respeito da natureza jurídica da reclamação, o que vale frisar é sua dupla função, verificando, a partir daí, como seus objetivos se viabilizam em concreto.

Emblemático, a esse respeito, o pronunciamento do próprio STF, sendo relator seu atual Presidente, Min. Marco Aurélio:

"Reclamação. Natureza jurídica. Alegado desrespeito a autoridade de decisão emanada do STF. Inocorrência. Improcedência.

– A reclamação, qualquer que seja a qualificação que se lhe dê – ação (Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, t. V/384), recurso ou sucedâneo de recurso (Moacyr Amaral Santos, *RTJ* 56.546-548; Alcides de Mendonça Lima, *O Poder Judiciário e a nova Constituição*, Aide, 1989, p. 80), remédio incomum (Orosimbo Nonato, apud Cordeiro de Mello, *O processo no Supremo Tribunal Federal*, vol. 1.280), incidente processual (Moniz de Aragão, *A correição parcial*, 1969, p. 110), medida de Direito processual constitucional (José Frederico Marques, *Manual de direito processual civil*, 9. ed., item 653, 2.ª parte, Saraiva, 1987, vol. 3, p. 199), ou medida processual de caráter excepcional (Min. Djaci Falcão, *RTJ* 112/518-522) – configura, modernamente, instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (*RTJ* 112/504), *destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem política-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade do STF (CF, art. 102, I, l) e do STJ (CF, art. 105, I, f)*".[14] (Grifei.)

Veja-se, portanto, independentemente da natureza jurídica da reclamação, como se viabiliza, em concreto, sua dúplice função.

4. A viabilização da dúplice função da reclamação

É na Lei 8.038/1990 e no Regimento Interno do STF que se deve procurar o modo pelo qual se viabiliza a dúplice função da reclamação.

(14) Rcl Crim 336-DF, j. 19.12.1990, *DJ* 15.03.1991, p. 2.644.

A lei, que institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o STJ e o STF, prescreve, nos artigos que interessam a esse estudo:

"Art. 14. "Ao despachar a reclamação, o relator:

(...)

II – ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado.

(...)

Art. 17: Julgando procedente a reclamação o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência."

Por sua vez, são do Regimento Interno do STF as seguintes normas:

"Art. 158. O Relator poderá determinar a suspensão do curso do processo em que se tenha verificado o ato reclamado, ou a remessa dos respectivos autos ao Tribunal.

(...)

Art. 161. Julgando procedente a Reclamação, o Plenário poderá:

I – avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência;

II – ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto;

III – cassar decisão exorbitante de seu julgado, ou determinar medida adequada à observância de sua jurisdição."

Extraem-se daí as seguintes conclusões:

a) a reclamação, em suas duas modalidades, contempla a possibilidade de provimento liminar, destinado a evitar dano irreparável. A liminar pode consistir na suspensão do processo ou do ato impugnado, ou na remessa dos autos ao tribunal; b) julgando procedente a reclamação voltada à preservação da competência, o tribunal determinará medida adequada à referida preservação, avocando o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência ou ordenando que lhe sejam remetidos os autos do recurso para ele interposto;

c) julgando procedente a reclamação que objetiva a garantia da autoridade de suas decisões, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à observância de sua jurisdição.

Desta combinação das regras legais e regimentais, resulta a conclusão de que o provimento cautelar consiste na suspensão do processo ou ato impugnado, ou na remessa dos autos ao tribunal. E, no julgamento definitivo favorável, a reclamação voltada à preservação da competência leva à *avocação ou determinação de remessa do processo* em que se verificou a usurpação da competência, enquanto a reclamação que objetiva garantir a autoridade das decisões leva à *cassação da decisão exorbitante ou às medidas adequadas à observância da referida competência.*

Disto resulta uma importante conclusão, em termos de eficácia da decisão final da reclamação: na primeira hipótese (preservação da competência), o acolhimento tem inquestionavelmente *eficácia ex nunc*, porquanto seu efeito é limitado a determinar a avocação ou a remessa do processo em que se verificou a usurpação da competência. Mas, na reclamação voltada a garantir a autoridade das decisões, a cassação da decisão exorbitante poderá ter *eficácia ex nunc* ou *ex tunc*, dependendo das circunstâncias do caso concreto: tanto assim que o Regimento Interno alude não só à cassação, mas também à determinação da medida adequada à observância da jurisdição do tribunal (art. 161, III).

2.2

HERMENÊUTICA NA EXECUÇÃO PENAL

ANDREI ZENKNER SCHMIDT

SUMÁRIO: 1. A reserva legal no Estado Democrático de Direito – 2. Lei de Execução Penal: normas formais ou materiais? – 3. A hermenêutica na execução penal: 3.1 O método constitucional; 3.2 Interpretação das normas de execução penal; 3.3 A polissemia legislativa como fonte de legitimação do arbítrio judicial – 4. Considerações finais – Bibliografia.

Resumo: Do Estado de Direito decorre um princípio da legalidade composto por quatro desdobramentos, todos eles tendentes a preservar a separação dos poderes e o ideal da segurança jurídica. Contudo, no Estado Democrático de Direito, o Direito Penal não mais se contenta apenas com uma lei anterior, escrita, estrita e certa, senão também como uma lei necessária. Aplicando-se essa nova amplitude da garantia da reserva legal na execução penal, seremos obrigados a entender que todas as normas da Lei de Execução Penal, que detiverem a potencialidade de restringir a liberdade do cidadão, sujeitam-se, em tudo, aos ditames do princípio da legalidade. Contudo, a execução penal brasileira está a demonstrar que pouco tem sido feito para que esta garantia seja respeitada, principalmente no que se refere ao método hermenêutico adotado na maioria dos processos de execução.

Palavras-chave: Execução penal – Hermenêutica – Princípio da legalidade – Taxatividade – Analogia – Interpretação restritiva – Interpretação analógica.

1. A reserva legal no Estado Democrático de Direito

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988), em seu art. 5.º, XXXIX, dispõe que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", recepcionando, pois, a redação semelhante do art. 1.º do CP brasileiro, Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940, com as modificações introduzidas pela Lei 7.209, de 11.07.1984.

Conhecido por *princípio da legalidade, princípio da estrita legalidade, princípio da reserva legal* ou *princípio da intervenção legalizada,*[1] este comando

(1) Sobre a questão terminológica, v. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. *Princípio da legalidade penal. Projeções contemporâneas.* São Paulo: RT, 1994. p. 28-31.

adstringe a existência de uma infração penal e de uma pena à previsão legal específica, e dele são extraídas inúmeras conseqüências (conteúdo, destinatários, eficácia etc.). Mas antes de enfrentarmos tais problemas, impõe-se destacar que o princípio da legalidade, com os contornos hoje admitidos, encontra-se arraigado ao pensamento iluminista oriundo, principalmente, do século XVII.[2] Nessa época é que surge a idéia de expressão determinante da lei contra a arbitrariedade estatal "irracional", assim como o postulado dos direitos "naturais" e invioláveis da pessoa em relação à sua liberdade, limitando-se, em decorrência disso, a tarefa do Estado à proteção do Direito e na exigência de dar segurança e certeza ao Direito em benefício de uma burguesia que progressivamente ganhava influência.[3] Com a teoria do contrato social nasce o Estado garantidor dos direitos do homem, vinculando-se a sua atuação à proteção destes. Foi principalmente John Locke o idealizador da sujeição não só da sociedade, mas também do Estado, aos ditames da lei,[4] e, posteriormente, Beccaria (1764) estabeleceria,

(2) Alguns autores citam, como documento originário do princípio da legalidade, a *Magna Charta Libertatum*, do Rei João Sem Terra, editada em 1215 na Inglaterra. Seu art. 39 dispunha que "Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país" (*Internet:* http://ribeiro.futuro.usp.br/direitoshumanos/documentos/historicos/magna_carta.html). O conteúdo garantista de seu texto, entretanto, vem sendo objeto de ressalva pelos estudiosos no assunto. Tem-se dito que os "pares" de que fala o artigo longe estão de ser os integrantes do povo, como são a imensa maioria dos criminosos, senão diziam respeito aos condes, aos barões e demais senhores feudais, e outros ainda ressaltam que os seus preceitos não foram seriamente cumpridos, caindo em desuso com o transcurso do tempo (Cf. Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal*. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1990. t. II, p. 385). Além disso, a conjunção alternativa "ou", que antecede as elementares "de harmonia com a lei do país", dá ao preceito uma coloração não garantidora, visto que, mediante uma interpretação literal, poder-se-ia chegar à conclusão de que o julgamento "pelos pares" substituiria a exigência de lei. Ademais, pende mais para afigurar como uma garantia processual do que material.

Frederico Marques (*Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. vol. I, p. 181-182), por sua vez, assenta no Direito ibérico as origens da *reserva legal*, visto que, nas Cortes de Leão, em 1186, Afonso IX declarou, sob juramento, que não procederia contra a pessoa e propriedade de seus súditos, enquanto não fossem chamados "perante a Curia". Já em 1299, nas Cortes de Valladolid, foi reconhecido que ninguém poderia ser privado da vida ou propriedade enquanto sua causa não fosse apreciada segundo o "fuero" e o Direito, sendo tal preceito mantido pelo rei Pedro I (1351) e Henrique II (1371), este nas Cortes de Toro. Contudo, tais editos tendem muito mais a originar o *princípio da jurisdicionalidade* do que propriamente este que comentamos.

(3) Nesse sentido: Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de derecho penal*. Trad. José Luis Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993. p. 117.

(4) "Nenhum homem na sociedade civil pode ser imune às suas leis. Se houver um homem que se veja no direito de fazer o que lhe apraz, sem que se possa evocar qualquer

de forma definitiva, que "só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social".[5] Também foi na época do iluminismo que tal garantia passou a fazer parte dos textos legislativos de forma expressa e incontroversa. Com a Revolução Francesa é editada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembléia Constituinte de 20 a 26.08.1789 e aceita pelo rei em 05.10.1789 (art. 7.º).

Daí em diante, todos os ordenamentos jurídicos evoluídos consagraram, de uma forma ou de outra, o princípio da legalidade, principalmente com os contor-

recurso sobre a terra para reparar ou limitar todo o mal que ele fará, gostaria que me dissessem se não é verdade que ele permanece no estado de natureza sob sua forma perfeita e que, portanto, não pode se integrar de maneira alguma à sociedade civil; a menos que alguém me diga que estado de natureza e sociedade civil são uma única e mesma coisa, mas ainda não encontrei ninguém tão defensor da anarquia para afirmá-lo" (*Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 138). Parte da doutrina afirma que Hobbes também já havia feito menção ao princípio da legalidade, a fim de fundamentar o seu modelo de Estado absolutista (nesse sentido: Luiz Luisi. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 15). Dúvidas surgem acerca disso a partir da seguinte afirmação de Hobbes: "... ao soberano corresponde o poder de premiar com riquezas, e de castigar com penas corporais ou pecuniárias a todo súdito seu, de acordo com a lei que tenha sido previamente estabelecida; *e se não há nenhuma lei, atuará como pareça-lhe mais conveniente* para dar aos homens um incentivo que os faça servir ao Estado, *ou para dissuadi-los a não o lesionar*" (Thomas Hobbes. *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico e civil*. Trad. Carlos Mellizo. Madrid: Alianza Universidad, 1992. p. 151).

(5) Cesare Beccaria. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 44. A fórmula latina do princípio da legalidade, tão conhecida atualmente, foi cunhada pelo filósofo jusnaturalista Anselm von Feuerbach, em 1801: "Disso surgem, sem exceção alguma, os seguintes princípios derivados: I) toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*). Por isso, somente a cominação legal do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena; II) a imposição de uma pena está condicionada à existência da ação cominada (*nulla poena sine crimine*). Conseqüentemente, é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário; III) o fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Assim, o mal, como conseqüência jurídica necessária, vincular-se-á, mediante a lei, a uma lesão determinada" (v. Anselm von Feuerbach. *Tratado de derecho penal*. Trad. Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 63. É importante ressaltar a observação de Nilo Batista: "Ao contrário do que se difunde freqüentemente, das obras de Feuerbach não consta a fórmula ampla *nullum crimen nulla poena sine lege*; nelas se encontram, sim, uma articulação das fórmulas *nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legali e nulla poena (legalis) sine crimine*" (Nilo Batista. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 66).

nos ditados pelo modelo político do Estado de Direito. Com efeito, da separação de poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário resultou uma garantia regulativa de toda a atividade estatal administrativa, legislativa e judicante. Nessa fase, o Direito encontra-se estruturado sobre o paradigma liberal-individualista de produção jurídica, em que a parte precedia o todo, ou seja, em que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade.[6]

Aplicadas tais regras ao Direito Penal, teremos um princípio da legalidade (*lato sensu*) dicotômico, no sentido de que institui *poderes* e *garantias*, sendo, portanto, um instrumento vinculador: a) *do Estado*, no sentido de que somente ao Poder Legislativo Federal, mediante lei ordinária federal – e obedecido o devido procedimento legislativo –, é autorizado o poder legiferante em matéria penal (art. 22, I, da CRFB/88, ressalvada a exceção prevista no parágrafo único do mesmo dispositivo); e somente ao Poder Judiciário – em nível estadual ou federal, de acordo com as suas respectivas competências –, é dada a possibilidade de julgar as infrações penais, segundo os limites do devido processo legal; b) *da sociedade*, visto que se encontra *garantida* contra a possibilidade de existência de uma infração penal sem lei específica que a defina (art. 5.°, XXXIX), e, ademais, contra a possibilidade de julgamento por órgão que não seja o competente para tanto (art. 5.°, XXXVII) e sem a observância do devido processo legal (art. 5.°, LIV).

Portanto, a todo *poder* do Estado de valer-se do Direito Penal corresponde uma *garantia* do indivíduo de proteger-se contra ele, e, conjugando-se a fórmula Direito Penal/controle social, teremos que todo Estado de Direito, nas palavras de Roxin, deve proteger o indivíduo não só *mediante* o Direito Penal, senão também *do* Direito Penal.[7] Dessa necessidade é que surgem os quatro desdobramentos do princípio da legalidade, já consagrados pela doutrina em geral nas seguintes regras: a) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, b) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, c) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, e d) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa.*

A verdade é, porém, que o princípio da legalidade atravessa uma dupla crise nos dias atuais. Uma primeira crise, que se pode denominar *política*, decorre do fato de tal princípio possuir os mesmos contornos estabelecidos há mais de dois séculos, ao mesmo tempo em que o nosso Estado não é mais o Liberal, mas sim o Democrático de Direito. Além disso, também deparamo-nos com outra crise, a de *legitimidade* da reserva legal: embora os quatro desdobramentos antes enumerados sejam reconhecidos e aceitos pela comunidade jurídica de um modo geral, o certo é que a função dessa garantia vem se apresentando, salvo algumas exce-

(6) Sobre o assunto, v. Lenio Luiz Streck. *Hermenêutica jurídica (e)m crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 31 *et seq.*

(7) Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 137.

ções, como um simples fator de (des)legitimação *externa* do ordenamento jurídico, ou seja, como uma mera recomendação legiferante e judicial que, acaso inobservada, não será capaz de gerar a invalidação do ato que a contraria (deslegitimação interna). Assim, por exemplo, ao mesmo tempo em que a exigência de *lei estrita* determina ao juiz que interprete restritivamente toda norma penal incriminadora, temos tribunais brasileiros aplicando verdadeira *analogia in malam partem*,[8] disfarçada sob as vestes de uma interpretação analógica que sequer tem fundamentação plausível perante a moderna hermenêutica. Noutros casos, temos um princípio da legalidade que obriga toda lei a ser suficientemente clara quanto à sua abrangência, ao mesmo tempo em que temos, em nosso País, um tipo penal que sujeita alguém a uma pena somente no caso de contrariar "princípios éticos".[9] E não tenho conhecimento, acerca desses dois exemplos, de alguma decisão que os reconhecesse inconstitucionais.

Portanto, depara-se o "cientista penal brasileiro", hoje, com um dilema: vê-se obrigado a ampliar um princípio da legalidade aos moldes constitucionais atuais, sendo que tal princípio sequer restou observado em seus vetustos ditames. Estamos vivendo num Estado Democrático de Direito sem que, ao menos em matéria penal, tenhamos aprendido a viver legitimamente num Estado de Direito. O princípio da legalidade, num Estado Democrático de Direito, não se contenta, apenas, com a asserção ao "como proibir?" (cuja resposta é: com *segurança jurídica*) – tolerância essa arcada pelo clássico modelo de Estado de Direito –, senão também ao "o que proibir?". A essa garantia penal é dado o poder determinante não só dos *destinatários* de suas conseqüências, como também da *abrangência* destas. Em outras palavras: não é só a *forma* do Direito Penal que há de restar legitimada pelo princípio da legalidade, mas também o *conteúdo* desse Direito Penal. Um Direito Penal moderno, inserido no âmbito de um Estado Democrático de Direito, há de restar legitimado internamente (*rectius:* validado) não só quando respeitadas as *garantias de liberdade*, mas também as *garantias sociais*, e a isso deve-se dar o nome de *direitos fundamentais*, ou seja, limitações negativas, geradas pelos *direitos de liberdade*, e que nenhuma maioria pode violar, e limitações positivas, geradas pelos *direitos sociais*, e que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer. Nas palavras de Ferrajoli, "Nenhuma maioria, sequer por unanimidade, pode legitimamente decidir a violação de um direito de liberdade ou não decidir a satisfação de um direito social. Os direitos fundamentais, precisamente porque estão igualmente garantidos para todos e subtraídos da disponibilidade do mercado e da política, formam a *esfera do indecidível que* e *do indecidível que não*; e atuam como fatores não só de legi-

(8) É o caso da Súm. 174 do STJ: "No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena".

(9) Lei 8.974/95, art. 13, II: "Art. 13. Constituem crimes: (...) II – a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio".

timação, senão também, e sobretudo, como fatores de deslegitimação das decisões e das não-decisões".[10]

A reserva legal, adequada ao nosso *sistema constitucional*, é um mecanismo eficaz de limitação do poder estatal ao respeito dos direitos fundamentais. Não apenas um mero princípio da legalidade, mas sim uma garantia superior que, doravante, denominaremos *princípio da legalidade material*, isto é, um instrumento de tutela limitador não só da *forma* como o Direito Penal é utilizado (pela devida resposta ao "como proibir?"), mas também do seu respectivo *conteúdo* (pela asserção ao "o que proibir?"). Assim, o *princípio da legalidade*, no Estado Democrático de Direito Brasileiro, passa a compor-se, além dos quatro desdobramentos do princípio da legalidade (formal), de outro: o *nullum crimen nulla poena sine lege necessariae*,[11] que vinculará o conteúdo da norma penal e a sua aplicação, principal-

(10) *Derecho y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibánez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999. p. 24. Portanto, complementa o mesmo autor italiano, "garantias não são outra coisa que as técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade, e, portanto, para possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com sua estipulação constitucional. Por isso, refletem a diversa estrutura dos direitos fundamentais para cuja tutela ou satisfação foram previstas: as garantias liberais, ao estarem dirigidas a assegurar a tutela dos direitos de liberdade, consistem essencialmente em técnicas de invalidação ou de anulação dos atos proibidos que as violam; as garantias sociais, orientadas como estão a assegurar a tutela dos direitos sociais, consistem, ao contrário, em técnicas de coerção e/ou de sanção contra a omissão das medidas obrigatórias que as satisfazem. Em todos os casos, o garantismo de um sistema jurídico é uma questão de grau, que depende da precisão dos vínculos positivos ou negativos impostos aos poderes públicos pelas normas constitucionais e pelo sistema de garantias que asseguram uma taxa mais ou menos elevada de eficácia a tais vínculos" (idem, ibidem, p. 25).

(11) A ampliação do princípio da legalidade penal já havia sido percebida, dentre nós, por Luiz Luisi: "Destarte, o princípio da legalidade dos delitos e das penas vem sofrendo uma revisão, no sentido de que, além da lei penal incriminadora necessitar ser prévia, também mister é que seja precisa. Ao postulado da anterioridade se acresce o da determinação além do da atualidade. Razão por que o princípio da legalidade dos delitos e das penas tem modernamente a seguinte redação: não há crime sem lei prévia, determinada e atual. E não há pena sem prévia cominação legal.

Mas a este princípio, no seu enunciado moderno, entendo, para evitar a deterioração do direito penal, através de sua hipertrofia, mister se faz acoplar o princípio da necessidade ou da intervenção mínima.

O princípio referido da necessidade se encontra previsto inequivocamente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de agosto de 1789, em seu art. 8.°, ao determinar que só 'a lei deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias'. Dando-se ao postulado mencionado gabarito constitucional, de forma expressa, se viabiliza ao Poder Judiciário apreciar a constitucionalidade das criminalizações, o que impediria a eficácia das tipificações desnecessárias e supérfluas.

Tendo, pois, presente o imperativo de ter o direito penal a eficácia necessária, e como forma de superação de sua crise, dando-lhe uma adequada e exitosa reformulação, ouso

mente com a observância de três outros sub-princípios fundamentais: o princípio da culpabilidade, o princípio da lesividade e o princípio da intervenção mínima.[12]

No presente trabalho, irei restringir a abordagem do tema em relação a um dos desdobramentos do princípio da legalidade formal – o *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* –, com incursões obrigatórias no princípio da legalidade *material* (*nullum crimen, nulla poena sine lege necessariae*), sempre em atenção ao destaque das duas crises de legalidade antes mencionadas. Este referencial teórico, uma vez concluído, será direcionado para a execução penal brasileira, principalmente no que se refere aos seus aspectos hermenêuticos.

2. Lei de Execução Penal: normas formais ou materiais?

As normas processuais, nos dias de hoje, não são apenas disposições *formais* que em nada limitam a liberdade individual de indiciados, réus e apenados. É necessário apreciarmos os casos em que uma norma, apesar de não atribuir, diretamente, uma pena a uma conduta, detém a potencialidade chegar a tal ponto. Tal investigação faz-se necessária porque a sujeição das normas de execução penal ao princípio da legalidade só poderá ser legitimamente fundamentada caso possamos aceitar que a Lei de Execução Penal não está composta, simplesmente, de normas processuais *stricto sensu*. Com efeito, é sabido que a doutrina, de um modo geral, costuma afirmar que as normas processuais não se sujeitam ao princípio da legalidade, salvo no que se refere à mera exigência de uma *lei formal*.[13]

Diante disso, encontramos afirmações no sentido de que o *princípio da anterioridade* regula somente o Direito Penal material, e não também as normas formais, tendo estas aplicação imediata, mesmo aos processos cujo objeto seja uma infração penal anterior à entrada em vigor da nova lei.[14] Tal solução é justificada em razão da ausência de privação da liberdade individual das normas processuais, ao contrário do que ocorre com o Direito Penal material.[15]

propor que na revisão constitucional se dê ao inc. XXXIX do art. 5.º a seguinte redação: Não há crime e não há pena sem lei anterior, determinada e necessária" (Luiz Luisi. "Direito penal e revisão constitucional", *RT* 729/373-374, ano 85, jul. 1996).

(12) Tendo em vista os limites do presente trabalho, remeto o leitor para as obras já citadas de Nilo Batista e Luiz Luisi, que tratam com maestria esses três princípios, além do nosso: *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

(13) Veja-se que os arts. 1.º e 2.º do Dec.-lei 3.931, de 11.12.1941 (Lei de Introdução do Código de Processo Penal), estabelecem que as disposições do "novo" Código de Processo Penal, então instituído pelo Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941, são aplicáveis aos processos em andamento, salvo no que se referem à prisão preventiva e à fiança, caso em que serão aplicados os dispositivos mais favoráveis.

(14) Nesse sentido: Francisco de Assis Toledo. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 39-40.

(15) "Ao contrário, portanto, do que acontece no Direito Penal, o princípio da legalidade dos delitos e das penas, com as suas conseqüências primordiais, não atinge o processo

Essa simplista solução, contudo, há de ser revista. Uma primeira crítica, de índole eminentemente teórica, que pode ser desenvolvida é no sentido da impossibilidade de as normas processuais levarem em consideração a regra do *tempus regit actum* (aplicação imediata) com base num diploma legal datado de 1941 (Lei de Introdução ao Código de Processo Penal), sem que se o conceba à luz da Constituição Federal de 1988. Fundamentar-se a aplicação imediata de uma lei processual com os olhos voltados exclusivamente para a legislação infraconstitucional anterior à Carta de 1998 é o mesmo que negar a exigência de fundamentação das decisões judiciais em conformidade com o *sistema constitucional*.

Uma segunda crítica que merece destaque trava-se em termos políticos. A *ratio essendi* da vedação da retroatividade da *lex gravior* penal deve-se à necessária garantia da qual se deve revestir o indivíduo ante a possibilidade de, após uma conduta concretizar-se, vir um tirano qualquer punir tal conduta sem que ao seu autor tenha sido dada a possibilidade de conhecer o injusto realizado. Não é à toa que o art. 4.º do CP brasileiro adotou a *teoria da atividade* no que se refere à aplicação da lei penal no tempo, ou seja, a lei penal é aplicável somente às ações ou omissões ainda não perpetradas, pois, do contrário (se fosse adotada a *teoria do resultado*), seria possível, principalmente nos crimes materiais, que alguém praticasse uma ação que, nessa época, era permitida, e, em virtude de gerar ela uma ofensa ao soberano, editar este um diploma legal às pressas, antes de o resultado material ter-se verificado, a fim de punir o agente.

Segundo Carrara, a ciência do Direito criminal tem por missão refrear as aberrações da autoridade social nas *proibições*, nas *repressões* e nos *juízos*, a fim de que ela se mantenha nas vias da justiça e não degenere em tirania.[16] Todas as garantias penais insculpidas no sistema constitucional, portanto, dirigem-se à limitação estatal no tratamento desses três filões do Direito Penal: a proibição, a pena e o processo.

O grande problema, na verdade, é a percepção de que não só as normas materiais, mas grande parte das normas processuais e de execução lesam os direitos de liberdade do processado e do apenado, e, nesse caso, deve-se garanti-los contra a possibilidade do arbítrio estatal. Como bem pondera Taipa de Carvalho, "os direitos do argüido e do recluso estão em causa, não deixando, portanto, de estar

penal brasileiro. É que esse princípio visa impedir a incriminação de fatos e a imposição de penas sem prévia lei, e o processo não cuida de estabelecer figuras delituosas, nem de lhes cominar penas. Trata de normas reguladoras da ação penal" (Basileu Garcia. *Instituições de direito penal*. 4. ed., 38. tir. São Paulo: Max Limonad, 1976, vol. I, t. I, p. 155). Não é outra a orientação predominante em nossos tribunais: "O princípio da exigência de anterioridade da lei em relação ao crime e à pena não se estende às normas de processo e de execução, em relação às quais vigora a regra da anterioridade da lei frente ao ato processual, não ao fato criminoso" (STJ, HC 2.086-3, rel. Min. Assis Toledo, *DJU* 08.11.1993, p. 23.569).

(16) Francesco Carrara. *Programa de derecho criminal. Parte general*. Trad. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1956. vol. I, p. 3.

sempre presente a possibilidade de o poder punitivo tentar servir-se de alterações legislativas posteriores ao *tempus delicti* para agravar retroativamente a situação jurídica dos referidos argüido ou recluso".[17] Pense-se, por exemplo, na possibilidade de aplicação imediata de uma lei que autorize a quebra do sigilo fiscal ou bancário, editada com urgência pelo Estado a fim de suprir as dificuldades probatórias no processo penal instaurado contra um grande sonegador, acalmando, assim, o clamor social decorrente do fato; ou, em outro caso, a sanção de uma lei que veda a progressão de regime para um determinado delito, tendo em vista a iminente possibilidade de uma "grande sonegadora" progredir de regime. Note-se que, nestes dois exemplos, se admitirmos a aplicação absoluta dos arts. 1.° e 2.° da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, sujeitaremos esses dois cidadãos à restrição abusiva (para não dizer "criminosa") de suas liberdades, acarretando, conseqüentemente, a vulnerabilidade de toda a sociedade ao poder punitivo estatal. Estamos diante, pois, de uma opção política que, uma vez interpretada à luz do Estado Democrático de Direito, não pode autorizar outra solução que não o impedimento de o poder punitivo atingir tais limites, mesmo que a mutação legiferante volte-se contra o pior dos criminosos. É necessária, portanto, a refutação de argumentos tradicionalmente empregados para a aplicação imediata das normas processuais e de execução, tais como a localização topológica da norma ou o exclusivo condicionamento do processo penal[18] para justificar a sua aplicação imediata.

A questão volta-se, agora, para a análise de quais normas processuais e de execução possuem a potencialidade de ofender os direitos de liberdade do cidadão, e quais não detêm essa característica, a fim de, após feita a identificação, reconhecer-se a sujeição das primeiras ao *princípio da legalidade material* e, das segundas, ao *tempus regit actum*.

Sobre o assunto, afirma Taipa de Carvalho que, "no direito processual penal, há normas que condicionam, positiva (pressupostos processuais que são verdadeiros pressupostos adicionais da punição: por exemplo, queixa e acusação particular) ou negativamente (impedimentos processuais que são verdadeiros impedimentos da punição: por exemplo, a prescrição do procedimento criminal) a responsabilidade penal; há normas que dizem diretamente respeito aos direitos e garantias de defesa do argüido (por exemplo, espécies de prova e valoração da sua eficácia probatória, graus de recurso); há, ainda, normas que afetam direta,

(17) Américo A. Taipa de Carvalho. *Sucessão de leis penais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1990. p. 223.

(18) Maurach, por exemplo, concebia os pressupostos processuais como regras de índole exclusivamente processual, visto que apenas condicionavam o procedimento penal, refutando, a partir disso, a vedação da retroatividade penal (Reinhart Maurach, Heinz Zipf. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. 7. ed. Buenos Aires: Astrea, 1994. vol. II, p. 615). No mesmo sentido: Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de derecho penal*. Trad. José Luis Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993. p. 186.

incisiva e gravemente o direito fundamental da liberdade (caso da prisão preventiva)".[19] Por outro lado, existem normas processuais cuja aplicação em nada pode restringir os direitos de liberdade, ou seja, normas de regramento de "pura técnica processual", tais como as formas de citação, a oitiva de testemunhas, os prazos recursais etc. Em relação a esses dois grandes grupos de normas, o mesmo autor denomina as primeiras de *normas processuais penais*, e as segundas de *normas processuais formais*.[20]

Nesse caso, se as primeiras, assim como as *normas penais stricto sensu*, possuem a capacidade de restringir um direito fundamental do cidadão, e se, por outro lado, o *princípio da legalidade* é uma garantia limitativa contra os abusos estatais atentatórios contra esses mesmos direitos fundamentais, pode-se concluir, com facilidade, que também as *normas processuais materiais* devem se sujeitar à vinculação normativa formal e substancial produzida no Estado Democrático de Direito. O grande problema, a meu ver, é a correta identificação da exata natureza da norma, situação essa que, em razão da carga de valoração ideológica a que está sujeita, pode gerar problemas de difícil solução. Isso, contudo, não abstém o hermeneuta de tentar classificar os dispositivos da execução penal, para, após, sujeitá-los à sua válida aplicação. Essa tarefa será desenvolvida a seguir.

(19) Op. cit., p. 210-211.

(20) Vejamos alguns exemplos de aplicação irretroativa de normas processuais materiais, em razão de sua natureza de *lex gravior*: o aumento do prazo decadencial para o oferecimento de representação ou de queixa-crime; a transformação de um delito de ação penal pública condicionada em incondicionada; o aumento do prazo prescricional para determinados crimes; a instituição de novas causas interruptivas ou suspensivas da prescrição; a possibilidade da quebra de sigilo bancário, telefônico ou fiscal; a revogação do perdão judicial para um determinado delito; o deslocamento da competência para outro órgão jurisdicional (tal garantia é prevista expressamente na Constituição da Espanha, no art. 24, II: "todos têm direito ao juiz ordinário predeterminado pela lei"); a ampliação dos casos de medidas assecuratórias, tais como hipoteca, seqüestro ou arresto; a possibilidade de as questões de Estado serem provadas sem as restrições da prova civil; a ampliação dos fundamentos para a prisão preventiva; a inclusão de um delito que, em razão de suas características próprias, não autorizava a prisão preventiva, mas, agora, passa a ser possível; a ampliação dos casos de perda ou cassação da fiança etc. Como se pode notar, em todas essas situações há a possibilidade de, uma vez admitindo-se a aplicação retroativa, verificarem-se abusos estatais em relação aos direitos fundamentais daqueles que estejam sujeitos a um processo penal. Só com o respeito à irretroatividade é que se poderá assegurar a sociedade contra tamanhas restrições.

Já as normas processuais formais podem ser visualizadas nos seguintes casos, todos eles de aplicação imediata, na forma da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal: a admissão da citação por hora certa no processo penal; a diminuição do número de testemunhas no procedimento ordinário; a oitiva do acusado após a audiência de instrução; a alteração do procedimento acerca do reconhecimento de pessoas e de coisas, ou da acareação; a diminuição de um prazo recursal etc.

3. A hermenêutica na execução penal

3.1 O método constitucional

Com o advento da Revolução Francesa, que redundou no surgimento do Estado de Direito, sedimentou-se um sólido sistema jurídico fundamentado, principalmente, em três princípios fundamentais: a igualdade, a legalidade e a separação dos Poderes. De relevante, no momento, temos a cogente submissão de todo o Estado – Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – aos ditames estipulados em lei (art. 4.° da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), além do que as atribuições de cada um desses Poderes guardava uma proteção contra a invasão funcional.

O Estado de Direito, contudo, conferia ao Poder Legislativo um múnus bastante amplo e arbitrário, já que a ele pertencia a titularidade estipulativa dos limites a que estavam sujeitos não só os demais Poderes como, também, o próprio cidadão. Nesse contexto, não se havia desenvolvido, ainda, um mecanismo capaz de vincular substancialmente também o próprio legislador. Por outro lado, foi-se notando, principalmente na segunda metade do século XX, que o conteúdo semântico das normas legais conferia ao Executivo e ao Judiciário uma área de atuação que, por meio da (ilegítima) tolerância política de um determinado discurso jurídico, restava bastante ampla. Com o neokantismo, a incessante busca pela sociedade ideal demandou o desenvolvimento não só de um *Direito ideal*, senão também de um *Estado ideal*, cujo primado pela Justiça fosse o verdadeiro norte a ser observado pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A experiência nazista foi elucidativa para demonstrar que o Direito, uma vez desenvolvido a partir de um método supostamente científico, conferia ao Estado uma liberdade extrema quanto à determinação dos fins políticos a serem desenvolvidos, e, com isso, a desenfreada busca pela "purificação" estatal sucumbiu, assim como a filosofia política, a uma nova visão valorativa das ciências espirituais. A grande maioria dos autores que discutem, atualmente, a metodologia do Direito (e, como tal, da própria política) partilha da noção de que o Direito busca um ideal de justiça que, com a colaboração de Radbruch,[21] começou a sedimentar-se a partir dos direitos fundamentais, cujo conteúdo ainda era bastante incerto, mas que pôde ser superado, principalmente, pela adoção do modelo do Estado Constitucional. Com efeito, foi-se percebendo a necessidade de uma hierarquização formal e material entre as diversas normas que compõem o ordenamento jurídico, de tal forma que, visto este na forma de uma pirâmide (e nesse aspecto a contribuição de Kelsen foi fundamental, embora metodologicamente equivocada), as normas inferiores sujeitassem-se a uma "prestação de contas" às normas diretamente superiores, e assim por diante. Surgiu, com esse mecanismo, a necessidade de

(21) V. "Cinco minutos de filosofia". In: Gustav Radbruch. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997. p. 415-418.

formulação de um *estatuto* que, uma vez situado no ápice da pirâmide, fosse dotado da potencialidade de regular todas as normas diretamente inferiores. Esse *estatuto* denomina-se Constituição, cujas normas, tendo em vista a necessidade regulativa de todo o ordenamento jurídico, devem possuir conteúdo bastante genérico, relegando-se, assim, ao ordenamento jurídico infraconstitucional, a regulação particularizada das relações jurídicas. Em outras palavras: as normas jurídicas, quanto mais situadas no ápice da pirâmide, mais genéricas são, particularizando-se à medida que fossem descendo à base da pirâmide.

Por outro lado, essa mesma Constituição, ao ser elaborada em atenção ao desenvolvimento de uma sociedade *justa*, deveria sujeitar-se aos valores cujo desenvolvimento cultural humano fez surgir com o caráter de universalidade. Trata-se, a bem da verdade, do reconhecimento de valores ou de critérios de valoração supralegais – dês que não jusnaturalisticamente concebidos, dada a sua relatividade e mutabilidade – que subjazem às normas legais e para cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão, pelo menos sob determinadas condições. Tais valores, uma vez reconhecidos *expressa* ou *implicitamente* na Constituição, vinculavam toda a atividade do Estado: todos os Poderes, agora (e aqui já estamos no Estado Democrático de Direito), submetem-se, dentro de suas atribuições, a obrigações de fazer (direitos sociais) e de não-fazer (direitos de liberdade).

Isso tudo, por si só, gerou um avanço significativo na Teoria do Direito e do Estado, visto que administrar, julgar e legislar são atos que, doravante, estariam limitados formal e substancialmente pelos valores determinantes do ideal do Direito e do Estado que, ao contrário do neokantismo, guardavam um conteúdo relativamente determinado pelos *direitos fundamentais*. Entretanto, não poucas dificuldades ainda persistem – e este é assunto jurídico "do momento" – no que tange à forma e à "correta" interpretação desses valores legitimadores (ou deslegitimadores) da atividade estatal, ou seja, a cognição do "ser" de todo esse aparato axiomático. É sabido que o nosso ordenamento constitucional[22] contemplou, expressa ou implicitamente, uma imensa gama de direitos fundamentais (direitos de liberdade e direitos sociais) – tais como o direito à igualdade, o direito à dignidade da pessoa humana etc. –, mas o desafio que se trava, agora, versa sobre a elucidação da abrangência desses direitos, bem como o método a ser observado para o respeito das garantias fundamentais. Ocorre que a superação do método positivista demonstrou que as normas legais não guardam em si um conteúdo – imanente ou transcendente – captável pela mera dedução subsuntiva de seu intér-

(22) Refiro-me, aqui, ao nosso ordenamento constitucional porque os direitos fundamentais, apesar de serem determinados em abstrato, só são encontráveis em ordens jurídicas concretas, através do direito constitucional ou da realidade constitucional das instituições e processos políticos. Nesse sentido: Jürgen Habermas. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol. I, p. 241.

prete, pois, para tanto, seria necessário que toda palavra, bem como junção de palavras, possuísse uma limitada gama de variações e interpretações pré-concebidas e imutáveis que, diante disso, sujeitassem o hermeneuta a uma atividade meramente cognitiva do *ser* da norma ou, em outras palavras, do *ser da justiça*. Tanto em sua definição vulgar quanto em sua definição filosófica, a "presença" heideggeriana,[23] ou seja, o *ser* do homem, caracteriza-o como o ser vivo cujo modo de ser é, essencialmente, determinado pela *possibilidade de linguagem*.

Nessa linha de raciocínio – e aqui nos deteremos, em específico, no campo de atuação do Poder Judiciário – o juiz não "aplica" a lei, pois, para tanto, seria necessária uma capacidade de captação ontológica do exato domínio da norma e, ademais, da exata adequação do fato a ela. O juiz, isso sim, ao fundamentar a sua decisão, "cria" a lei que regerá o caso concreto, segundo a gama de possibilidades limitadas que a norma lhe proporciona, solução essa que será considerada "correta" sempre que o discurso produzido aproxime-se do discurso tolerado. Uma explicação – consigna Maturana – é sempre uma reprodução ou reformulação intencional de um sistema ou fenômeno, dirigida por um observador a outro que deve aceitá-la ou rejeitá-la, admitindo ou negando que ela constitui um modelo do sistema ou do fenômeno a ser explicado;[24] tudo o que é dito é dito sempre por um observador a outro observador, cuja conformidade recíproca originará o "acoplamento estrutural" do discurso.[25] A realidade, portanto, é um domínio es-

(23) Martin Heidegger. *Ser e tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. Parte I, p. 54.

(24) Humberto Maturana. *A ontologia da realidade*. Belo Horizonte: UFMG, 1999. p. 125.

(25) Aqui, uma observação importante: abordar o "ser" a partir de um sistema não determinado estruturalmente, mas sim formado e conformado pela linguagem temporária, nos moldes da *autopoiese* de Maturana e Varela, não nos autoriza, por si só, a entender o Direito como um organismo *autopoiético* (segundo pensa Jakobs, estribado nos ensinamentos de Luhmann), ou seja, como um sistema dinâmico fechado no qual todos os fenômenos são subordinados à sua autopoiese e todos os seus estados são autopoiéticos, fazendo com que o sistema jurídico movimente-se (e deva continuar movimentando-se) socialmente sem perturbações em sua estrutura fundante, pois, do contrário, o sistema morre. Não é à toa que Jakobs fundamenta o Direito Penal a partir de sua função reintegradora (prevenção geral positiva), ou seja, a norma, uma vez infringida, deve ser aplicada como forma de manutenção do próprio sistema. Ora, tomar o sistema jurídico como um sistema autopoiético fechado que se movimenta autonomamente, mas segundo a mudança estrutural contínua sob condições de contínuo intercâmbio de material com o meio, é relegar o indivíduo, o homem, a um papel secundário para a ciência jurídica (por essa razão é que Jakobs não labora a partir de "bens jurídicos" penalmente protegidos) e para as ciências do espírito, e isso, é claro, deve ser entendido no plano normativo. A construção sistêmico-funcional da *autopoiese* de Maturana foi desenvolvida para explicar a dinâmica do sistema neurológico, em que pese esse mesmo autor admitir tal concepção também para as ciências sociais. Nesse sentido, comungamos do pensamento de F. J. Varela, co-autor da *autopoiese*, no sentido de que tal sistema guarda restrições no que tange à sua aplicação às ciências sociais.

pecificado pelas operações do observador, e não um domínio especificante destas mesmas operações.

Portanto, os valores insculpidos no ordenamento constitucional (o *ideal do Direito*) somente foram concebidos como *vigentes* e *delimitados* quanto à sua forma, e somente em parte quanto ao seu conteúdo. O princípio da igualdade, por exemplo, é incondicionalmente aceito como uma meta fundamental do Estado Democrático de Direito, e a sua exata abrangência, contudo, só se encontra perfeitamente elucidada quanto à impossibilidade de negação do próprio princípio. Pela via do consenso lingüístico, entretanto, a sua incidência pode variar em diversas situações, e aqui é que a *metodologia constitucional* assume especial relevância: um discurso jurídico fundante e tolerado pode não guardar aproximação com um discurso normativo-constitucional, fazendo com que uma decisão judicial – ainda que proveniente do STF – possa ser reputada eficaz (já que produziu efeitos jurídicos), embora não válida segundo a especulação lingüístico-sistemática dos valores constitucionalmente assegurados.[26] Podem coexistir, dessarte,

(26) Vejamos um exemplo para uma melhor compreensão do afirmado: o Dec. 3.667/2000 estabeleceu os requisitos a serem satisfeitos, pelos apenados, para a concessão do indulto natalino e da comutação de pena. Em seu art. 10, III, foi consignado que os condenados pela prática de crime de roubo qualificado (art. 157, § 2.º) não poderiam ter direito ao indulto e à comutação. Contudo, parece bastante evidente que tal exigência torna-se inócua frente ao princípio da igualdade, já que aos condenados pela prática de crime de extorsão, ainda que na sua modalidade simples (art. 158, *caput*, do CP), não foi efetivada a restrição. Ora, se ambos os delitos atentam contra o patrimônio, se ambos são praticados com violência e grave ameaça (residindo, em meu ver, a única diferença no fato de que, na extorsão, a *res* só pode ser entregue pela vítima ao delinqüente, enquanto no roubo, a *res* pode ser alcançada não só por uma subtração do autor, como, também, com a entrega pela vítima) e, ademais, ambos os crimes possuem a mesma pena em sua forma simples, não parece convincente que, diante de tantas características essenciais comuns, tal diferenciação possa ser legitimamente feita. Contudo, o discurso jurídico atual prepondera no sentido de que o indulto, por ser um ato discricionário do Presidente da República, pode excluir determinados crimes de sua abrangência. Em outras palavras: o princípio da isonomia, constitucionalmente assegurado, é afastado diante de um poder discricionário ilimitado do Presidente da República, poder este que sequer possui amparo constitucional. Nota-se, aqui, um distanciamento lingüístico-valorativo entre a garantia constitucional e o discurso lingüístico-fático dos nossos tribunais. Tal situação, se bem entendida metodologicamente (ou seja, com a separação entre situações fáticas e juízos normativos-constitucionais), há de ser reputada *eficaz* (visto ter produzido efeitos concretos), embora *inválida*.

Outro exemplo dessa falha metodológica verifica-se, ainda em sede de indulto, na vedação desse direito aos condenados pela prática de crimes hediondos. O discurso jurídico reinante no STF é no sentido da possibilidade de o decreto presidencial vedar o indulto para crimes hediondos: "(...) com efeito, precedentes do Plenário e das Turmas têm proclamado que os decretos com benefícios coletivos de indulto e comutação podem favorecer os condenados por certos delitos e excluir os condenados por outros.

um discurso fático-jurídico tolerado e outro normativo-constitucional tolerável, de tal forma que um, metodologicamente, não interfira no outro. É tarefa do hermeneuta – e aqui me refiro também ao administrador e ao legislador, posto que seus atos também devem ser interpretados em consonância com a Constituição[27] – submeter toda a sua atividade a uma aproximação lingüística entre os dois discursos, conferindo primazia, contudo, ao *ideal constitucionalizante do Direito e do próprio Estado.* Isso permitirá não só uma visão crítica de suas atividades pretéritas como, ademais, uma adequação axiológica de suas atividades futuras, sempre na busca do *justo desenvolvimento do Direito e do Estado.*

É necessário que se perceba, contudo, que a abrangência desses valores constitucionais – capazes de invalidar qualquer ato judicial, administrativo ou legislativo que o inobserve (e nisto reside a superação do modelo kelseniano) – não se en-

Essa exclusão pode fazer-se com a simples referência aos crimes que a lei classifica como hediondos (...)" (HC 74132/SP, rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* 27.09.1996, p. 36.153, j. 22.08.1996). Parece estranho que a Constituição Federal, em seu art. 5.º, apenas vede a concessão de anistia e graça para os crimes hediondos e, ao mesmo tempo, o Presidente da República possa legitimamente, via decreto (*sic*), restringir um direito de liberdade individual, sob o amparo de um suposto "poder discricionário" que confere a ele uma ampla liberdade substancial de seus atos. É uma falácia afirmarmos a existência de poder discricionário em atos administrativos, pelo simples fato de que todo ato administrativo deve adequar-se à Constituição; assim, todo administrativo é, sempre, vinculado aos princípios constitucionais.

(27) Essa limitação dos três Poderes pela Constituição, contudo, não se desenvolve paritariamente nas atividades de administrar, legislar e julgar, principalmente em razão das diferentes atribuições estatais decorrentes do princípio da separação dos poderes e, conseqüentemente, da diversa procedimentalização do discurso de cada um desses órgãos. Como bem destaca Habermas, "do ponto de vista da lógica da argumentação, a separação entre as competências de instâncias que fazem as leis, que as aplicam e que as executam, resulta da distribuição das possibilidades de lançar mão de diferentes tipos de argumentos e da subordinação de formas de comunicação correspondentes, que estabelecem o modo de tratar esses argumentos. Somente o legislador político tem o poder ilimitado de lançar mão de argumentos normativos e pragmáticos, inclusive os constituídos através de negociações eqüitativas, isso, porém, no quadro de um procedimento democrático amarrado à perspectiva da fundamentação de normas. A justiça não pode dispor arbitrariamente dos argumentos enfeixados nas normas legais; os mesmos argumentos, porém, desempenham um papel diferente, quando são aplicados num discurso jurídico de aplicação que se apóia em decisões consistentes e na visão da coerência do sistema jurídico em seu todo. A administração não constrói nem reconstrói argumentos normativos, ao contrário do que ocorre com o Legislativo e a jurisdição. As normas sugeridas amarram a persecução de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática. Elas autorizam as autoridades a escolher tecnologias e estratégias de ação, com a ressalva de que não sigma interesses ou preferências próprias – como é o caso de sujeitos de direito privado" (Jürgen Habermas, op. cit., vol. I, p. 239).

contra aprioristicamente determinada. Pelo contrário, há de ser vislumbrada, discutida e fundamentada para, a seguir, instaurar-se um consenso lingüístico-constitucional que, doravante, substitua o consenso lingüistico-infraconstitucional que, em razão da influência do método positivista, ainda teima em subsistir. Todo ato administrativo, toda lei e toda decisão judicial devem ser adequados formal e substancialmente às normas constitucionais, e isso demanda do hermeneuta (*lato sensu*) uma espécie de estrabismo jurídico: o desenvolvimento de suas atividades opera-se com um olho (de soslaio) na lei e outro na Constituição.[28]

Se os valores constitucionais não se encontram aprioristicamente elucidados, não será a negação de sua existência que irá delimitá-los, mas sim a busca de um consenso por toda a comunidade jurídica, e, para tanto, é necessário discussão, análise, fundamentação. Nas palavras de Habermas,[29] em consonância com Alexy, "quem deseja participar seriamente de uma prática de argumentação tem que admitir pressupostos pragmáticos que o constrangem a assumir um papel ideal, ou seja, a interpretar e a avaliar as contribuições em todas as perspectivas, também na de cada um dos outros virtuais participantes. Com isso, a ética do discurso recupera, de certa forma, a norma fundamental de Dworkin, ou seja, a do igual respeito e consideração". O que não se pode tolerar, atualmente, é o desenvolvimento de um discurso jurídico que, negando implicitamente a própria existência de princípios constitucionais, necessite de idealismos para se manter coerente.[30]

(28) Por essa razão é que sustento a deslegitimidade funcional do STJ. Ora, se toda decisão judicial há de ser, sempre, adequada constitucionalmente, como sustentar- a legitimidade de um tribunal que se considera protetor da legislação infra-constitucional? Como imaginar que um juiz possa, ao julgar um recurso, defender a legislação ordinária sem, ao mesmo tempo, defender a Constituição? Na verdade, toda lesão a normas infraconstitucionais acarreta, sempre, uma lesão (formal ou substancial) a uma norma constitucional. É uma falácia, hoje, falarmos em ilegalidade e inconstitucionalidade com significados autônomos.

(29) Op. cit., vol. I, p. 286-287.

(30) Apenas para evitar uma divagação abstrata exagerada, vejamos um exemplo concreto do afirmado, trazendo à baila situações pitorescas surgidas no curso de uma execução penal gaúcha: um determinado apenado – condenado, na comarca de São Gabriel, pelo delito de tráfico de entorpecentes – foi removido para o Hospital Penitenciário de Porto Alegre, visto que, por ser paraplégico, estava apresentando escaras na região glútea do corpo, lesões essas que, segundo laudo pericial, poderiam ser tratadas fora do ambiente penitenciário e com a ajuda de familiares, até mesmo porque o risco de óbito por contaminação por outras moléstias graves era bastante elevado. Oficiou, então, o Coordenador Administrativo e Operacional do Hospital Penitenciário de Porto Alegre à comarca de São Gabriel, recomendando a alteração do regime de cumprimento de pena para "prisão domiciliar" ou "casa-albergue". O Ministério Público, em sua manifestação sobre o incidente, opinou pelo indeferimento do pedido, dentre outros fundamentos, porque "o réu se encontra recolhido ao Hospital Penitenciário para *cumprir pena*, e não para tratar sua moléstia, que é incurável. Foi removido para aquele nosocômio tão-somente porque a execução de sua pena no Presídio Estadual de São Gabriel seria

E mais: um consenso constitucional não pode ser obtido mediante a apreciação isolada de normas jurídicas. Com efeito – nas palavras de Bobbio –, "as normas jurídicas nuca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si",[31] até mesmo porque, do contrário, não teríamos uma resposta juridicamente plausível para as lacunas e antinomias do Direito, que existem, inclusive, em nível constitucional (basta lembrar a possibilidade de colisão entre dois princípios constitucionais a serem observados num determinado caso concreto, e cuja resposta é solucionada pelo *princípio da proporcionalidade*).

Portanto, o *método constitucionalista*, fruto dos problemas sociais a que se viu sujeita a humanidade até o final do século XX, torna possível a percepção de que o Direito (e também o Estado) há de buscar um *ideal*, uma finalidade capaz de justificar a sua própria existência. A validade de tal meta não está submetida a valores naturais universais e imutáveis, nem às circunstâncias históricas de uma

inviável, haja vista que este estabelecimento penal não possui funcionários aptos a cuidar do apenado, que é paraplégico" (grifado no original). A autoridade judicial, em acolhimento ao parecer ministerial, indeferiu a transferência para a "prisão domiciliar", e, dias após, o apenado veio a falecer em razão de infecção generalizada.

Sem adentrarmos em fundamentos éticos de tal manifestação, vislumbra-se que o parecer ministerial vale-se, como "pano de fundo argumentativo", de um fundamento meramente retributivo para a sanção penal, e não utilitário, como se isso fosse semanticamente compatível com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, o da promoção do bem de todos os cidadãos (art. 3.°, IV, da CRFB/88). Prova disso é que o art. 5.°, XLIX, da CRFB/88 determina que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". Nesse aspecto, pois, a fundamentação é eminentemente idealista e, ademais, inconstitucional.

Além disso, outro fundamento exarado pelo *Parquet* para a rejeição do pedido foi o de que o crime a que foi condenado o preso era hediondo, e, como tal, de cumprimento integralmente no regime fechado. Note-se que tal restrição é determinada pela Lei 8.072/90 – ou seja, uma lei infraconstitucional –, cujo conteúdo, no caso concreto, redundou na superação – por omissão – do *princípio da humanidade das penas* (art. 5.°, XLVII, da CRFB/88). Em primeiro lugar, a Lei dos Crimes Hediondos não veda a concessão de prisão domiciliar para os apenados (até mesmo porque tal modalidade não caracteriza um regime de cumprimento da pena). Em segundo lugar, em que pese a Lei de Execuções Penais, em seu art. 117, dar a entender que a prisão domiciliar só seria possível no regime aberto, uma rápida leitura desse dispositivo, à luz do *princípio da humanidade das penas*, já nos faz concluir que tal interpretação gramatical não pode subsistir. Imaginemos o caso de um preso, em regime fechado, em estado terminal de sua doença; sendo conveniente um tratamento domiciliar, seria legítimo mantermos esse preso recolhido num presídio só porque o art. 117 da LEP possui tal redação? Como conciliar o art. 117 da LEP com a vedação constitucional de penas cruéis? O que se fez no exemplo citado, em suma, foi uma ordinarização da Constituição, e não uma constitucionalização da lei ordinária.

(31) Norberto Bobbio. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1997. p. 19.

determinada sociedade e, muito menos, a uma facultativa submissão legitimadora do próprio Estado. A *cultura humana* (ou, se se preferir, a "aptidão natural" kantiana), ao contrário, foi capaz de, revestida sob o manto do Estado Constitucional, atribuir-lhe um conteúdo relativamente determinado, mutável, dinâmico e sistêmico, capaz de estabelecer um verdadeiro freio axiomático imposto a todos os órgãos estatais, e cujo conteúdo diz respeito não só às garantias dos indivíduos em não verem suas liberdades lesadas, como, ademais, nas garantias da sociedade em ver suas necessidades primordiais satisfeitas. Direito "justo" (e Estado "justo") é, em suma, todo aquele que respeita, e sempre busca respeitar os *direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.*

Vejamos as implicações que tal método acarreta na hermenêutica da execução penal.

3.2 Interpretação das normas de execução penal

Do paradigma liberal-individualista é que decorrem as conhecidas classificações, ainda hoje repetidas nos manuais de Direito Penal, dos mecanismos de interpretação do Direito: quanto ao *sujeito* (autêntica, jurisprudencial e doutrinária); quanto aos *meios empregados* (gramatical, lógica ou teleológica); e quanto aos *resultados obtidos* (declarativa, restritiva e extensiva). Isso poderia nos levar a crer que, no ato de aplicar a lei, o juiz poderia valer-se, em algumas situações, de uma interpretação gramatical; em outras, lógica ou teleológica. Valendo-se de qualquer desses meios, poderia ele obter, conforme o caso, um resultado meramente declarativo ou, em outras hipóteses, restritivo ou extensivo.

Como se pode notar, a dogmática penal "moderna" encarregou-se de estabelecer até mesmo os critérios a serem seguidos pela atividade judicante, como se deles não se pudesse afastar o juiz. É facilmente perceptível a influência sofrida pelo modelo liberal da época da Revolução Francesa, em que o juiz, via interpretação, buscava o verdadeiro sentido do teor da lei já anteriormente posta pelo Poder Legislativo. O texto legal possuiria, nesse contexto, um sentido alcançável de forma essencialista, ou seja, toda norma possuiria um sentido imanente, como uma espécie de elo que une o significante ao significado, como um objeto que possa ser buscado, por meio um processo interpretativo-objetificante, pelo sujeito cognoscente (intérprete).[32] O intérprete colocar-se-ia numa relação de sujeito-

(32) Cf. Lenio Luiz Streck. Op. cit., p. 199. Como bem afirma Hassemer, "as regras de interpretação só poderiam conseguir uma 'vinculação' do juiz caso não prescrevessem simplesmente um determinado procedimento de interpretação – e isso é o que ocorre –, mas, além disso, ditassem também – e isso não ocorre – em que situações de decisão haveria de seguir uma ou outra regra de aplicação, ou seja, se contivessem uma 'metaregra' de sua aplicação. Essa regra não existe. A tentativa empreendida de relacionar as regras de interpretação de forma razoável, de estabelecer um nível hierárquico entre elas, não é convincente teoricamente, e não tem nenhuma transcendência prática. Por

objeto, posto que dotado de capacidade cognitiva suficiente para captar a realidade do fato e compará-lo com o ditame normativo, como se, metafisicamente, fosse admissível que todo fato possuísse uma realidade verdadeira, um sentido ontológico, pré-concebido.

Nesse contexto é que surgem, como decorrência do princípio da legalidade, os comandos de vedação da analogia, que, por sua vez, não se confunde com interpretação analógica ou extensiva. Afirma-se que um juiz não poderia aplicar um tipo penal incriminador a fatos que, embora semelhantes, não estão contidos na lei, como se fosse possível afirmar que, ontologicamente, tal dispositivo legal aplicar-se-ia a este fato, mas não também àquele. Ignora-se, nesse paradigma, que um dispositivo legal somente subsume-se a um fato em virtude de um discurso jurídico tolerado pelas fontes de produção do Direito (tribunais, universidades, Ministério Público, advogados etc.), ou seja, uma "arma de brinquedo" somente transmuda-se em "arma", para fins penais, em razão do "consenso" jurídico (entendimento sumulado) acerca dessa adequação, e não porque uma arma de brinquedo, metafisicamente, corresponda, em sua essência, a uma *idéia de arma*. Nota-se, aqui, que a *linguagem* é um mero instrumento (Platão) de contato entre o intérprete e a essência do objeto (Direito), ou seja, a linguagem é utilizada como elucidação do *espírito da lei* ou do *legislador*.

Nem se afirme que, com base nesse parâmetro, a linguagem será um instrumento legitimante de discursos jurídicos ético-substanciais. Ao intérprete não é dado o poder de, mediante a palavra, distorcer o conteúdo e o alcance da norma. O paradigma da linguagem, muito bem elucidado por Streck,[33] deve ser complementado por um discurso jurídico garantidor, ou seja, uma linguagem em consonância com os ditames do ordenamento constitucional. Ao cientista penal incumbe estabelecer um *método* de Direito Penal capaz de conciliar a "relação de complementação" entre fatos e valores com as garantias fundamentais, e isso nos conduz à "parcial" separação entre Direito e moral. Não que isso seja, em si mesmo, uma realidade, mas sim um valor adequado ao nosso Estado Democrático de Direito. A *secularização sistemática do Direito Penal* determina-nos: a) que toda restrição da liberdade humana, mediante a positivação das proibições penais, obedeça – ou chegue o mais próximo possível – da separação entre Direito e moral, no sentido de que somente se considere proibido aquilo que a norma estabelecer, e não também a moral; mas, por outro lado, b) que toda ampliação da liberdade humana revista-se o máximo possível da integração entre Direito e moral. Não uma moral qualquer, mas sim *a* moral insculpida no ordenamento constitucional de nosso Estado Democrático de Direito.

conseguinte, as regras de interpretação não são determinantes no que tange ao resultado, funcionando, apenas, como ofertas para legitimar resultados desejados (e obtidos por outros meios)" (Winfried Hassemer. "Hermeneutica y derecho". *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*. Universidad de Granada, n. 25, 1985. p. 74-75).

(33) *Hermenêutica...*, op. cit., p. 155-204.

Aplicando-se tais princípios à atividade judicante, chegaremos à conclusão de que o juiz, numa sentença penal *condenatória*, não poderá *criar* um direito qualquer, capaz de fundamentar a sua decisão, mas, sim, somente poderá *interpretar* (*rectius: criar através do discurso constitucional*) o Direito positivado segundo os valores constitucionais. Já numa sentença penal *absolutória*, tais limites desaparecem, mas não no sentido de que ao juiz seja dado o poder de *criar* livremente. A inovação poder-se-á verificar mediante uma *interpretação*, ou até mesmo uma *criação* do *sistema jurídico*.

Pois bem. Boa parte da doutrina, ainda hoje, vem admitindo a interpretação extensiva ou analógica, ainda que resulte na exasperação do tratamento jurídico a ser dado ao fato interpretado.[34] A fim de sustentar a legitimidade dessa solução frente ao princípio da legalidade – posto que o que se veda é a analogia, e não a interpretação analógica –, costuma-se afirmar que a analogia é um processo de criação do Direito. Enquanto alguns autores, nas palavras de Ruy da Costa Antunes, "vêm na autorização da analogia um processo de elaboração de novas normas destinadas a regular situações não previstas pelo legislador, outros estudiosos acentuam que a aplicação da analogia pelo intérprete apenas revela o direito *latente*, afastada, assim, a hipótese do aparecimento de uma nova norma".[35]

É impossível estabelecer uma diferenciação entre analogia e interpretação analógica porque é impossível pensar que uma palavra descreva uma gama limitada de fatos, ficando outros, embora semelhantes, fora dela. A linguagem é o meio de que se vale o aplicador da lei para "subsumir" o fato à norma, e, a partir disso, mostrar ao restante da comunidade jurídica que aquele "é" o discurso "correto". É a linguagem que aproxima ou distancia um fato de uma norma. Nesse caso, tomando-se o "sentido comum teórico dos juristas" como ponto de referência, poderemos tranqüilamente denominar a analogia como um *afastamento lingüístico* desse referencial, e a interpretação extensiva como uma *aproximação lingüística*. Bastaria ao intérprete, diante disso, mover o ponto referencial para, imediatamente, o fato remoto aproximar-se da norma, ou o fato próximo dela se afastar.

A proibição da analogia, nos moldes até então estabelecidos geralmente pela doutrina, tem por finalidade limitar a atividade judicante na *criação* do Direito, mas, por meio da quase-consensual admissão da interpretação extensiva, restaria livre a mesma atividade em *interpretar* a lei. Nesse sentido, a vedação da analogia resta impotente à deslegitimação interpretativa, posto que considerada como algo externo à interpretação.

(34) Nesse sentido: Francisco de Assis Toledo, op. cit., p. 27; José Cerezo Mir. *Curso de derecho penal español. Parte general*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997. vol. I, p. 171; Santiago Mir Puig. *Derecho penal. Parte general*. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998. p. 96; etc.

(35) "Da analogia no direito penal". Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Recife no concurso para Docente Livre de Direito Penal. Recife: [s.e.], 1953, p. 8.

Ainda que majoritariamente aceita – e esta tem sido a origem da *crise da vedação da analogia in malam partem* –, tal solução há de ser refutada, pelo simples fato de que toda interpretação é sempre uma analogia. Consoante Hassemer,[36] na conclusão de semelhança da teoria jurídica do método (*argumentum a similibus as similia*, procedimento analógico), comparam-se sempre dois casos entre si em relação a um terceiro, o *tertium comparationis*, sendo este essencial para um dos casos. Se se pode – dentro de uma certa tolerância – ver o *tertium comparationis* igual para ambos os casos, então os dois podem ser tratados como similares entre si (e assim, por exemplo, se em relação a um deles está estabelecida sua significação, concluir a significação jurídica não conhecida do outro, *per analogiam*). Se, ao contrário, o *tertium comparationis* não rege ambos da mesma forma, deve-se reconhecer o caminho da conclusão *a contrario* e resolver o caso não conhecido de forma diferente do conhecido.

A natureza interpretativa de toda analogia não quer dizer, contudo, que o juiz não esteja vinculado ao teor literal da lei. A igualdade de procedimento de argumentação não nos impede de distinguir entre sua aplicação dentro e fora do limite do teor literal, mas não por razões metafísicas, e sim lingüísticas. Tal limite não caracteriza nenhuma diferença na estrutura lógica do processo de aplicação do Direito, senão que tem sua justificação em premissas jurídico-políticas e penais independentes dessa estrutura. Nesse caso, todos aqueles que negam a limitação interpretativa pelo teor literal chegam à conclusão de que toda hermenêutica há de ser teleológica, segundo a *ratio legis*. Essa problemática trava-se numa questão que tem recebido pouca importância no meio acadêmico e judicial: a compatibilidade entre a interpretação teleológica clássica e o princípio da legalidade estrita. A finalidade da lei, mediante um raciocínio lógico-dedutivo, pode-nos oferecer um mecanismo de previsão de uma conduta além do explicitado no texto. Tendo em vista que a restrição da liberdade, mediante a proibição penal, é uma exceção (posto que a liberdade é a regra), a única interpretação teleológica que poderá ser admitida é a restritiva, ou seja, aquela que vislumbra, como finalidade da *Constituição Federal*, autorizar a intervenção penal só excepcionalmente e nos casos expressos por ela mesma, apesar de o fato ser moralmente reprovável. Em outras palavras: toda norma penal que restringe a liberdade do cidadão há de ser interpretada restritivamente e em consonância com os princípios constitucionais, não se podendo, nessas situações, sustentar, constitucionalmente, a possibilidade de emprego de analogia ou de interpretação analógica.

Esse deve ser considerado o método hermenêutico da ciência penal, e, assim sendo, também a isso deve estar atento o hermeneuta da execução da pena, principalmente quando se depara com *normas processuais materiais*. Contudo, uma rápida incursão fática na execução penal brasileira (mais especificamente na do Rio Grande do Sul) nos revela que toda essa sistemática está longe

(36) *Crítica al derecho penal de hoy*. Trad. Patricia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 37.

de ser observada de um modo geral. Vejamos alguns casos para uma demonstração do afirmado.

Na Comarca de Bagé, o apenado C.A.M.O. (Processo 20216), foi enquadrado em falta grave (*sic*)[37] por ter-se colocado em isolamento voluntário em protesto contra a morosidade da Justiça. Posteriormente, em razão de seu pedido de progressão de regime, foi ele avaliado pelos técnicos da CTC e da EOC; os primeiros não entraram em consenso quanto à existência de condições favoráveis à progressão, enquanto a EOC contra-indicou o regime semi-aberto. A autoridade judicial de Rio Grande (o apenado havia sido removido) indeferiu a progressão, arvorando-se no parecer desfavorável dos peritos. Em sua decisão, afirmou: "Não é prudente possibilitar a indivíduo com semelhante natureza o precoce convívio com a sociedade quando se tem por certa a repetição da conduta delituosa (f.)".

Esse caso é bastante elucidativo para demonstrar dois vícios hermenêuticos que freqüentemente se verificam durante a execução da pena. O primeiro deles decorre do esquecimento do princípio do *favor rei* (*in dubio pro reo*) em sede de

(37) O art. 49 da LEP estipula que as faltas disciplinares podem ser leves, médias ou graves, recaindo sobre a legislação local a tarefa de especificar as faltas leves e médias. Já o art. 50 arrola, expressamente, os casos de falta grave. Parece despiciendo qualquer esforço hermenêutico para chegar-se à conclusão de que a Lei de Execuções Penais, no que tange às faltas disciplinares, conferiu aos Estados a possibilidade de determinação somente das faltas leves e médias, e não também as graves. Isso, contudo, não vem sendo observado, ao menos no Rio Grande do Sul. O art. 12 do Regimento Disciplinar Penitenciário do RS, publicado no *DOE* 01.04.1998, estabelece outras situações de faltas graves, não previstas no art. 50 da LEP: "Art. 12. As faltas de natureza grave previstas nos arts. 50, 51 e 52 da Lei 7.210, de 11.06.1984, podem caracterizar-se através da prática de atos tais como: I – cometer atos constitutivos de crime doloso; II – incitar ou participar de qualquer movimento para subverter a ordem ou a disciplina; III – fugir ou tentar fugir, mediante abuso de direito, favor, violência ou grave ameaça; IV – agredir ou tentar agredir funcionário, visitante ou companheiro; V – fabricar ou possuir indevidamente instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; VI – desobedecer à Autoridade e seus agentes ou desrespeitá-los; VII – desrespeitar qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; VIII – inexecutar as ordens recebidas; IX – provocar, deliberadamente, acidente de trabalho; X – propagar, intencionalmente, doença infecto-contagiosa; XI – adquirir, fabricar, portar, usar ou fornecer qualquer substância entorpecente que possa causar dependência física ou psíquica; XII – atentar contra a integridade sexual de outrem; XIII – danificar, propositadamente, objetos ou instalações do estabelecimento ou de outrem; XIV – falsificar, alterar ou fazer uso indevido de qualquer documento ou identificação fornecido pela Administração; XV – recusar-se a executar, ou executar mal, sem justa razão, o trabalho que lhe for determinado; XVI – explorar companheiro sob qualquer pretexto ou forma, mediante constrangimento ilegal; XVII – atribuir falsamente a servidor ou a companheiro a prática de ato tido como crime ou contravenção". Diante disso, devem ser reputados inconstitucionais todos os casos arrolados que não tenham previsão no art. 50 da LEP.

execução penal. Se o fundamento da decisão judicial é o laudo dos peritos, e se os peritos da primeira equipe não entraram em consenso quanto à recomendação da progressão de regime, não pode a autoridade judicial, sob pena de ofensa ao *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*, restringir a liberdade do preso baseando-se, somente, no laudo que corrobora a não-progressão.

O segundo vício apresenta-se na confusão argumentativa entre *juízos de fato* e *juízos de valor*, ou seja, em tomar-se como verdadeira uma situação que, somente para o intérprete, é normativamente aceitável. Note-se que a decisão judicial baseou-se no laudo dos peritos para firmar como "certa" a repetição da conduta delituosa, quando, no máximo, poderia afirmar uma probabilidade para tanto. Trata-se de verdadeira confusão entre *ser* e *dever ser* (ou seja, emitir parecer descritivo baseado em premissas prescritivas), discurso esse idealista próprio do método jusnaturalista clássico. E mais: mesmo que se afirmasse apenas a "probabilidade" de o apenado tornar a delinqüir, não pode uma suposição tal, indemonstrável concretamente, restringir a liberdade de alguém, visto que, do contrário, estaríamos utilizando fundamentos *morais* para a privação da liberdade individual.[38] Ora, segundo o princípio da culpabilidade, somente pode ser objeto

(38) Esse mesmo vício metodológico pôde ser observado no Processo de Execução 12.580, originário da Comarca de Torres. O apenado J.B.T., que estava no gozo de saídas temporárias, postulou o direito de passar o Natal e o Ano-Novo com seus familiares. Acerca desse pedido, assim se manifestou o Ministério Público: "Senhora Juíza: Trata-se de pedido de saída temporária formulada pelo precitado apenado, para o dia 30.12.2000, constando que o mesmo possui conduta carcerária compatível com a benesse em questão. Sem embargo de que o condenado já obteve autorizações para saídas anteriores, sem registrar nada em seu desabono, entende o Ministério Público não deva ser deferida a saída no dia requerido, pelas razões que adiante seguem expostas: A previsão de saída temporária, conforme preceitua a Lei de Execução Penal, em seu art. 122 e incisos, tem como escopo fundamental a efetiva ressocialização do encarcerado. Permitir-se que este saia do estabelecimento penal, para o convívio social, em meio a festejos como *réveillon* e carnaval, em nada contribuirá para consecução do objetivo colimado com a execução penal. Encontramo-nos em Torres, cosmopolita cidade litorânea para onde aportam milhares de turistas, em que os festejos de *réveillon* assumem notoriedade, sendo veículo de atração turística. Ora, em meio à alteração gerada por tão relevante fato social, não se mostraria de bom alvitre liberar encarcerados, possibilitando prejuízos à execução penal e à sociedade. Nesse ponto, cabe lembrar que o Estado tem responsabilidade civil objetiva, sim, caso ocorra qualquer incidente que propicie danos à coletividade ou ao cidadão que aqui se encontra. Com isso, não se quer lançar anátema contra os encarcerados, nem alijá-los de eventuais direitos, mas protegê-los, bem como à sociedade. Por isso, entende este órgão que as festas natalinas são mais propícias a ensejar o gradativo convívio social, como refere a LEP. Nessa data, o encontro com a família é bem-vindo, o aconchego, a confraternização, a solidariedade, o amor (por que não?) transcendem. Assim, melhor para todos que os requerentes obtenham saída no Natal. No *réveillon*, como no Carnaval, o consumo de bebidas alcoólicas é abundante, existe uma verdadeira malta hedonística, as pessoas têm tendências à liberação de seus instintos, preponderando o

de intervenção penal a prática de fatos, e não também *estados* ou *personalidades*. Aliás, por essa razão é que o Conselho Penitenciário do Rio Grande do Sul vem-se manifestando pela inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 83 do CP.

Ainda nesse mesmo processo de execução, os peritos haviam atestado transtorno de personalidade anti-social do apenado. Nesse sentido, uma psicóloga e uma assistente social de Santana do Livramento afirmaram textualmente, para fundamentar parecer contrário à progressão de regime, que o apenado "precisa amadurecer mais com o sofrimento prisional". Note-se que este argumento baseia-se em fundamentação *retribucionista* da pena, que, além de não se poder sustentar validamente perante a nossa Constituição (haja vista o *princípio da humanidade das penas*), não possui qualquer relação epistemológica com o objeto da perícia.

Noutro processo de execução (Processo de Execução Criminal 1344-023/97, da Comarca de Rosário do Sul), denegou-se progressão de regime ao apenado A.V.A.S., porque o atestado de conduta carcerária classificava o comportamento do preso como "regular". Ora, se um comportamento regular não é, por um lado, uma "conduta boa", também não se pode afirmar que seja "ruim". Uma conduta "regular" é uma conduta que se adequa ao padrão carcerário, não ficando nem além, nem aquém da média. Tolher a liberdade do apenado com esse fundamento implica em obrigar todos os encarcerados a superarem padrões de normalidade num ambiente que, notoriamente, não é propício para isso. Essa argumentação, em suma, atenta contra o *nullum crimen, nulla poena sine lege necessariae*, em razão da ofensa ao princípio da *culpabilidade*.

Ainda em sede de execução penal, é comum depararmo-nos com pedidos de comutação de pena (por exemplo, com base no Dec. 3.667/2000) em que o juiz, antes de decidir a respeito, determina a avaliação do apenado pela Equipe de

id. Isso é inegável. Ora, os apenados por acaso não têm problemas comportamentais? Os apenados não são pessoas visivelmente desequilibradas, numa acepção emocional? Seria benéfico ou arriscado conceder-se a possibilidade de os mesmos conviverem com a imensa turba que para cá converge? As respostas vêm da obviedade. Portanto, a posição adotada pelo Ministério Público tem muito de defesa social. Isso posto, o Ministério Público manifesta-se pelo indeferimento da saída temporária postulada, ao mesmo tempo em que indica que o ensejo das festas natalinas são propícios ao gozo de dita benesse". A autoridade judicial, contudo, não acolheu o parecer, deferindo o pedido.

Esse parecer ministerial foi exarado em outros processos, cujo pedido era idêntico (por exemplo, Processo 14.367, apenado P.S.M.), ou seja, partiu o ilustre representante do Ministério Público da presunção de que, na "cosmopolita cidade de Torres" (*sic*), todos os presos que obtivessem saída temporária durante o *réveillon* iriam acabar embriagando-se e tomando a delinqüir. Quanto a aspectos hermenêuticos, apenas temos a dizer que tais juízos morais (ou melhor, *imorais*) não se podem prestar à restrição da liberdade do cidadão, sob pena de retornarmos à metodologia jurídica vigorante no *modelo inquisitorial*.

Observação Criminológica (EOC). O Dec. 3.667/2000, contudo, apenas refere como requisitos para a comutação de pena: a) o não-cabimento de indulto; b) o cumprimento de lapso temporal mínimo; c) o não-cometimento de falta grave nos últimos 12 meses; e d) não estar sendo processado por crimes praticados com violência ou grave ameaça ou não ter sido condenado pelos delitos previstos no art. 10 do Decreto Presidencial. Portanto, os requisitos da comutação de pena são objetivos, não se justificando a submissão do apenado à avaliação pericial se o decreto não exige, para o deferimento do pedido, a avaliação de uma possível "reincidência" futura do preso. A autoridade judicial, que dessa forma atua, está, na verdade, praticando verdadeira *analogia in malam partem* com o art. 112, par. ún., da LEP, que exige o laudo somente para a progressão de regime.

Outro aspecto interessante da comutação de pena é que o Dec. 3.667/2000, em seu art. 3.º, II, veda a concessão desse direito (e também do indulto) para aquele que esteja sendo *processado* por outro crime praticado com violência ou grave ameaça. Ora, se a Constituição Federal enumera expressamente, no art. 5.º, o princípio da presunção de inocência, não pode um decreto presidencial restringir a liberdade de um preso com base num requisito que, flagrantemente, atropela aquela garantia constitucional.

Na Comarca de Pelotas (Processo de Execução Criminal 40081481), o apenado I.R.R. estava cumprindo pena pela prática de delitos de furto em continuidade delitiva e de roubo (pena total: 11 anos). Obteve progressão para o regime semiaberto, com reconhecimento, inclusive, de remição de 87 dias da pena. Dias após, o apenado não retornou para o pernoite, permanecendo foragido por mais de dois meses. Com a captura, restou punido disciplinarmente e seu regime foi regredido para o fechado, e a autoridade judicial, ainda como conseqüência da fuga, determinou a revogação de todas as remições já deferidas.

Insta destacar, primeiramente, que o deferimento de remições já havia transitado em julgado, não podendo um juiz, pois, revogar a sua própria decisão. É bem verdade que o art. 127 da LEP determina que "O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar". Contudo, se interpretarmos tal dispositivo frente à Constituição Federal, chegaremos à notória conclusão de sua inconstitucionalidade, já que ofende as garantias do direito adquirido e da coisa julgada. Com efeito, o próprio art. 126 da LEP, ao determinar que "A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho" (§ 1.º), assevera, após, que "A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvido o Ministério Público" (§ 3.º), ou seja, a decisão judicial apenas declara uma relação jurídica já constituída na forma do § 1.º. Assim, se a própria lei assegura ao preso a remição de um dia da pena para cada três dias laborados, deve-se concluir que o direito à remição é adquirido de três em três dias, situação essa que será, apenas, reconhecida (declarada, e não constituída) em decisão judicial. Assim, revela-se inconstitucional não só a revogação da remição já deferida (até mesmo porque, aqui, teríamos também uma ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição), como, ademais, o reconhecimento da perda dos dias remidos

e ainda não declarados em juízo. Idiossincrasia adversa resultará na própria negação do princípio constitucional do direito adquirido.

No mesmo processo, anteriormente, o apenado havia sido submetido a exame, pela EOC, para fins de progressão de regime. No laudo, os peritos relataram que o apenado "é o primogênito de uma prole de quatro filhos. Refere que sua infância foi marcada pela miséria. Teve ocasiões em que apenas os dois irmãos menores comiam porque não havia alimento suficiente para toda a família. Seu pai, já falecido, era alcoolista, e perdeu a visão quando servia no exército. I.R.R. [o apenado] estudou até a 7.ª série do primeiro grau. No presídio concluiu o primeiro grau no curso supletivo. Está se preparando para prestar exames do curso supletivo de segundo grau. É solteiro. Corresponde-se com uma jovem, que é enfermeira num hospital, e no momento mantém relacionamento com a mesma. I.R.R. refere que iniciou sua vida laborativa aos 12 anos de idade, num ferro-velho próximo de sua casa. Nesse local, segundo seu relato, aprendeu a roubar carros e motos, e vislumbrou a facilidade de ganhar dinheiro. Admite os delitos praticados e discorre sobre os mesmos narrando detalhes. Em 1984 seu irmão foi atropelado e faleceu. Aos 14 anos de idade I.R.R. começou a praticar furtos com a conivência de seu patrão e policiais civis, segundo ele. Sua conduta carcerária é considerada satisfatória. Faz parte do 'grupo da marcenaria', confeccionando objetos de madeira, e também participa de um grupo operativo. Aspectos sociais: O aprisionamento foi importante para o periciado porque impôs limite aos seus impulsos. No ambiente prisional tem procurado crescer profissionalmente e evoluir nos estudos. Porém, é necessário um tempo maior de contenção para que amadureça a percepção de si próprio e do mundo social (f.)".

O laudo, em suma, está afirmando que o apenado possuía conduta carcerária satisfatória, estava trabalhando, arrependia-se de seus atos delituosos, estava com seus impulsos controlados em virtude do cárcere, vinha procurando crescer profissionalmente e evoluir nos estudos, mas, inobstante todas essas condições, necessitava permanecer preso para que pudesse amadurecer "a percepção de si próprio e do mundo social". A incongruência do diagnóstico é evidente: a fundamentação e a conclusão estão com discursos argumentativos completamente opostos. Da maneira como o laudo foi fundamentado, temos a impressão de que o perito já havia concluído pela não-progressão do apenado antes mesmo da entrevista. O discurso está impregnado de um substancialismo ético ideologicamente contraditório, cuja atividade hermenêutica sequer preocupou-se em selecionar os *topois* necessários para a aceitabilidade da conclusão.

Situação semelhante foi verificada na Comarca de Dom Pedrito (Processo de Execução Criminal 568/108). O apenado P.J.R.V. postulou progressão de regime, caso em que foi submetido a exame pela EOC. No laudo, concluíram os peritos: "Através da presente avaliação constata-se ser o periciado uma pessoa psiquicamente imatura, e a impulsividade é uma conseqüência dessa imaturidade, e em função disso e da sua história pregressa consideramos que o controle externo exercido pelo sistema prisional ainda é fundamental para o seu processo de ressocialização, e o mais adequado no atual momento é o benefício do trabalho

externo". Ou seja, não pode ele progredir para o regime semi-aberto, mas pode obter trabalho externo (!).[39] E pior: algum tempo após, o mesmo apenado solicitou livramento condicional, sendo avaliado novamente pela EOC. Os peritos mantiveram o mesmo relatório do laudo anterior, até mesmo porque o apenado vinha satisfazendo corretamente todas as exigências da execução da pena. Sendo os dados idênticos, contudo, afirmaram os peritos que "o periciado demonstra amadurecimento pessoal e consegue elaborar planos suficientes com sua realidade. Somos, portanto, favoráveis ao benefício". Ou seja: os mesmo argumentos, antes, serviram de base à conclusão de que o apenado era imaturo e impulsivo; agora, prestaram-se para a conclusão de que já teria demonstrado um "amadurecimento pessoal".

Já na cidade de Sobradinho (Processo de Execução Criminal 669-221/90), tivemos notícia de que o apenado A.G.J. estava cumprindo pena em razão da prática de diversos delitos contra o patrimônio. Durante a execução da pena, não havia cometido nenhuma transgressão do regime, além do que obteve diversas saídas temporárias para tratamento de sua saúde e de sua esposa, apesar de o regime ser o fechado. Solicitou progressão, caso em que os peritos da CTC, numa primeira avaliação, afirmaram que "o examinando assume os delitos praticados, justificando seu envolvimento nestes através de influência de fatores externos, descaracterizando a gravidade de sua reincidência criminal. Diante disso seu juízo crítico está prejudicado como também a manifestação de sentimentos reparatórios". Essa fundamentação, muito comum na execução da pena, não pode ser tolerada como motivo para a restrição da liberdade de um preso. Ocorre que, como afirmamos antes, não é a personalidade do preso que está *sub judice*, mas sim os fatos por ele praticados. Assim sendo, a ausência de arrependimento não lhe pode tolher a liberdade, visto que o *princípio da culpabilidade* impede que alguém seja punido por aquilo que essa pessoa "é", e sim, somente, pelo que "fez".

No mesmo processo, sete meses após esse exame, fora o mesmo apenado submetido a nova apreciação pela CTC, que, nesse segundo laudo, consignou: "assume seus delitos realizando uma crítica coerente de sua situação. Atualmente vem cumprindo adequadamente suas obrigações e deveres no meio carcerário, usufruindo satisfatoriamente de seu benefício de trabalho externo. Seu vínculo emocional com a esposa permanece e de maneira estruturada, o que parece estar

(39) Caso semelhante a esse ocorreu na Comarca de Santa Cruz do Sul, com o apenado P.F. (Código 31798). O apenado, submetido a exame pela Equipe de Observação Criminológica para fins de apreciação de seu pedido de livramento condicional, contou com a seguinte conclusão dos peritos: "Concluímos que P.F. apresenta, no momento, condições pessoais que *indicam* ser beneficiado com o livramento condicional, condicionado à freqüência ao Grupo de Auto-Ajuda. Por economia processual, a EOC conclui que *não apresenta* condições pessoais de ser beneficiado com a progressão de regime e trabalho externo" (f.). Como é possível alguém opinar favoravelmente pelo livramento condicional e não também à progressão de regime? Detalhe: o pedido foi indeferido pela autoridade judicial.

sendo positivo para a recuperação do examinando. Porém, devido a sua situação jurídica ainda indefinida, acreditamos que o examinando ainda deva permanecer em seu regime atual, porém continue com o benefício do serviço externo, pois não vem apresentando problemas neste". Essa "situação jurídica indefinida" devia-se à pendência de um processo penal instaurado contra o apenado, ou seja, os peritos, além de não perceberem que tal avaliação jurídica não diz respeito às suas funções, sequer tomaram conhecimento do *princípio constitucional da presunção de inocência*. Já o representante do MP manifestou-se, quanto ao pedido, nos seguintes termos: "MMa. Juíza. Diante do parecer da CTC, o Ministério Público requer seja o apenado mantido no atual regime carcerário". Por fim, o Juiz decidiu pelo indeferimento da progressão, nos seguintes termos: "O regime de cumprimento de pena continuará o mesmo, haja vista os pareceres de f.".

Esta situação revela, na verdade, um dos mais graves vícios da execução penal: a *síndrome da abstinência hermenêutica*. É muito freqüente, nas execuções penais, que se profira decisão desfavorável a um direito do apenado com base num laudo completamente incongruente. Assim, argumentos como "nos termos do laudo de f., opino pelo indeferimento do pedido", ou "com base no laudo de f., indefiro o pedido",[40] são comuns em sede de execução da pena, fazendo com que a carga decisória de todas as pretensões do apenado acabe recaindo, em suma, nas mãos dos peritos. Como uma decisão ou um parecer, para contrariar um laudo pericial, terá de ser fundamentada, acaba-se, por pre-

(40) Nos Processos de Execução Criminal 296/57/98 e 318/79/98, oriundos da Comarca de São Gabriel, tivemos oportunidade de vislumbrar uma decisão judicial que foi ainda mais longe. Com efeito, ao manifestar-se acerca do pedido de livramento condicional do apenado, concluiu a autoridade judicial, à vista do laudo da EOC que contra-indicava o livramento condicional: "Indefiro o pedido de livramento condicional do apenado F.A.S.R., embora já tenha cumprido mais da metade de sua pena e tenha conduta satisfatória, embasado no parecer do E.O.C. – que é a equipe especializada para apreciação da benesse" (f.). Afora o infeliz tratamento do livramento condicional como uma "benesse" (e não como um direito público subjetivo), merece repúdio tal decisão judicial pelo simples fato de estar dando a entender, ao final da conclusão, que é a Equipe de Observação Criminológica quem, por ser especializada, deve decidir o livramento condicional. Tal argumentação é ofensiva ao *princípio constitucional da jurisdicionalidade*, segundo o qual não se excluirá da apreciação do Judiciário qualquer ofensa a direito. A EOC emite parecer; quem decide é o juiz; este, por sua vez, tem a obrigação de analisar o parecer e verificar se a fundamentação está suficientemente coerente com o ordenamento constitucional-penal; após, irá fundamentar a sua decisão, mas não com os freqüentes argumentos do tipo "acolho o laudo por seus próprios fundamentos", e sim com a adequação do discurso pericial (que possui métodos diversos dos conferidos ao Direito Penal) ao sistema constitucional. Isso é o mínimo que se pode esperar do Poder Judiciário. E mais: na decisão, parece no mínimo estranho que o apenado já tenha cumprido mais de metade da pena, tenha comportamento carcerário satisfatório e, contudo, não possa obter o livramento condicional.

guiça ou comodismo, corroborando-se um argumento que, muitas vezes, sequer foi lido.

Isso ficou patente em outro processo de execução[41] em que o perito, ao que tudo indica, fez uma "colagem de texto" para a formulação do laudo, só que esqueceu de alterar a conclusão. Assim, a fundamentação do laudo era toda no sentido do mérito do apenado, mas a conclusão final era no sentido da contra-indicação do "benefício". Em juízo, foi indeferida a pretensão do apenado, revelando, pois, que, em alguns casos, tem-se o hábito de apenas ler a conclusão do laudo.

Trata-se de uma espécie de difusão da responsabilidade para manter alguém recluso. Em alguns casos, o juiz indefere o pedido sem fundamentar; o Ministério Público emite parecer sem fundamentar; e o perito, muitas vezes, emite uma parecer sentimentalista e sem a menor preocupação sistemática. Agrava-se ainda mais essa situação a partir do momento em que, na maioria dos processos de execução no Rio Grande do Sul, o apenado não está representado por advogado. Os juízes não têm por hábito nomearem defensores dativos para o preso, ficando este à mercê de uma defesa efetiva durante o processo. Aliás, a maioria dos pedidos de progressão, remição, indulto, livramento condicional etc. são feitos ou pelo próprio preso (numa carta escrita à mão ou, até mesmo, como tive oportunidade de ver, com escritos em papel higiênico), ou pelo diretor do estabelecimento penal. É lamentável que o processo de execução penal, ao menos no plano fático, seja visto, em nosso Estado, como um processo administrativo, em que o "processado" não obrigatoriamente necessita de estar representado por um advogado. E mais: mesmo se fosse correto entendê-lo como um processo administrativo, ainda assim muitos processos de execução criminal seriam nulos, visto que os presos não são notificados do conteúdo dos laudos da EOC e da CTC para se manifestarem antes da decisão. Como é sabido, a ampla defesa e o contraditório existem também em processos administrativos, segundo a nossa Constituição.

Todos esses exemplos, que poderiam ser tranqüilamente multiplicados, não fossem os limites do presente trabalho, revelam que a atividade hermenêutica na execução penal, freqüentemente, apresenta-se viciada metodologicamente pela confusão entre *direito* e *moral*, ou seja, pela submissão do *ser* pelo *dever ser*, assim como ocorria em muitos discursos jusnaturalistas de influência teológica. Tudo isso decorre, por certo, da influência da *criminologia da defesa social*, que prescreve a defesa da sociedade mesmo que em detrimento de garantias individuais fundamentais. Pior: tal fundamentação é desenvolvida sem o menor constrangimento, como se fosse possível ao intérprete, legitimamente, inobservar as garantias arroladas no art. 5.° da CRFB/88 a fim de atingir valores sociais que somente no plano axiomático aproximam-se dos direitos arrolados no art. 7.° da Constituição. Em outras palavras: a *criminologia da defesa social* é inconstitucional perante o regime Democrático de Direito brasileiro. Este sistema político

(41) Peço ao leitor que tome esse exemplo como ficção, já que não localizei a comarca e o número do processo para efetivar a devida remissão.

acarreta uma busca obrigatória, pelo Estado (e os "operadores das normas de execução penal" integram este Estado), do equilíbrio entre o respeito dos direitos individuais e pelo asseguramento dos direitos sociais. Conseqüentemente, o Direito Penal brasileiro só encontra amparo constitucional se desenvolvido a partir do binômio *direito penal mínimo* x *direito social máximo*, pois outra não é a conclusão que se extrai da sistemática dos arts. 5.º e 7.º da Constituição. E mais: um direito individual concreto não pode sucumbir perante um direito social (segurança pública) provável; somente um direito social concreto (ou seja, não baseado em juízos de probabilidade) poderia, em algumas situações, sobrepor-se a uma garantia individual, caso em que teríamos de convocar o *princípio da proporcionalidade* para solucionar o conflito principiológico.

O que se percebe, com base nesses exemplos, é que a atividade hermenêutica na execução penal, a fim de atingir essa (inconstitucional) defesa social, acaba interpretando uma norma infraconstitucional sem levar em consideração, ao mesmo tempo, a Constituição Federal. É lamentável que, ainda hoje, tenhamos tantas ilegitimidades praticadas: ampla defesa, contraditório, culpabilidade, lesividade, humanidade e tantos outros princípios, que são fruto de séculos de sofrimento do homem perante opressões estatais absolutistas, ainda hoje são ignorados durante a execução da pena. Nesse contexto, é tarefa da doutrina, das universidades e de todas as instituições que com o Direito Penal convivem perceberem que, num Estado Democrático de Direito, toda lei penal encontra-se vinculada formal e substancialmente, assim como todos os Poderes também estão com as mãos atadas aos *direitos fundamentais*.

É injustificável que outros ramos do ordenamento jurídico – principalmente o Direito administrativo, o tributário e previdenciário – já venham sofrendo uma adequação constitucional formal e substancial pelos hermeneutas, ao mesmo tempo em que o Direito Penal, ao contrário, continue "viajando normativamente" numa metodologia equivocada e autoritária. É estranho que o STF, por exemplo, afirme que a proibição do porte legal de armas (instituída pela MedProv 2.045-2/2000) seja uma medida desproporcional ao combate da criminalidade (ADIn 2.290-3) e, ao mesmo tempo, corrobore a possibilidade de o Presidente da República, com base num suposto "poder discricionário" que ninguém lhe conferiu, restringir alguns delitos da incidência da comutação e do indulto. Veja-se que, lá, a discricionariedade do Executivo está vinculada substancialmente pelo princípio da proporcionalidade, enquanto, aqui, o discurso dá a entender uma vinculação apenas formal do decreto de indulto.

Estamos vivendo, a bem da verdade, uma dicotomia hermenêutico-jurídica, em que princípios – cuja constitucionalidade já vem sendo, há muito, reconhecida para alguns ramos do ordenamento jurídico – são simplesmente ignorados em sede penal. Tal situação agrava-se ainda mais em processos de execução penal, principalmente porque neles a atrocidade e o arbítrio estatal são corroborados por um sentimento social de vingança de sangue. Se afirmarmos que um tributo é inconstitucional, a sociedade, em regra, irá aquiescer com a decisão; agora, quando afirmarmos que a vedação do indulto para o delito de roubo é inconstitucional,

essa mesma sociedade passa a sentir-se "injustiçada", principalmente porque não entende e não quer entender as garantias constitucionais arroladas nos arts. 5.º, 6.º e 7.º da CF de 1988. E o pior é que os "operadores da execução penal", de uma maneira geral, vêm portando essa espada justiceira da sociedade, a pretexto de defendê-la contra um sujeito que, segundo pensam, é perverso e atávico, mas que, mesmo que assim seja, integra essa mesma sociedade e, como tal, faz jus ao respeito de seus direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade de todos. Isso é *democracia no sentido substancial: num regime democrático de direito, nem mesmo a vontade de toda a sociedade – e nem de juízes, promotores e advogados – pode sobrepujar os direitos fundamentais (individuais e sociais) do cidadão, seja ele desviado ou não.*

Por fim, toda essa crise hermenêutica da execução penal, além de decorrer de aspectos ideológicos autoritários da maioria dos "operadores" da execução penal, também possui uma causa associada a graves problemas de técnica legislativa. Este é o objeto do próximo item.

3.3 A polissemia legislativa como fonte de legitimação do arbítrio judicial

O princípio da *separação dos poderes*, uma vez aplicado ao Direito Penal, determina que toda norma seja *taxativa* quanto à sua abrangência, pois só assim termos uma aproximação maior do *ideal da segurança jurídica*. Pelo respeito ao *princípio da certeza do Direito*, os associados podem ter do Direito um critério seguro de conduta, somente conhecendo antecipadamente, com exatidão, as conseqüências de seu comportamento. Ora, a certeza só é garantida quando existe um corpo estável e claro de leis, e aqueles que devem resolver as controvérsias se fundam nas normas nela contidas, e não em outros critérios. Caso contrário, a decisão se torna arbitrária e o cidadão não pode mais prever com segurança as conseqüências das próprias ações.[42]

A *lex certa*, portanto, é um mecanismo de limitação de abusos não só legislativos, mas também judiciais. Com efeito, uma *política criminal garantista* recomenda ao legislador que se valha, somente, de dispositivos legais taxativos, claros e delimitados, visto que a observância de tal conselho é que irá garantir a integridade do *princípio da separação dos poderes*, afastando ao máximo as possibilidades legais de o juiz, *in concreto*, estabelecer o verdadeiro alcance da norma. Mas, por outro lado, além de funcionar como uma recomendação legiferante, possui esse desdobramento do princípio da legalidade a eficácia de fornecer ao Poder Judiciário um recurso de controle da correta observância do processo de produção das leis em qualquer Estado de Direito.[43] Não é à toa que Welzel afirma

(42) Cf. Norberto Bobbio. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 79-80.

(43) Como bem assinalam Maurach e Zipf, "a exigência da ótima determinação das normas jurídicas cominatórias emana imediatamente do princípio do Estado de Direito, e

que "o verdadeiro perigo que ameaça o princípio do *nulla poena sine lege* não procede da analogia, mas sim das leis penais indeterminadas",[44] até mesmo porque, nas palavras de Hassemer,[45] onde termina a linguagem começa a força.

Portanto, toda *polissemia* legislativa,[46] além de ofender o princípio da separação de poderes, acaba referendando o arbítrio hermenêutico, e isso tem ocorrido, com freqüência, na execução penal brasileira, senão vejamos:

O caso mais grave onde se verifica tal vício, sem dúvida, apresenta-se no art. 50, onde constam as faltas consideradas graves pela Lei 7.210/84. No inciso I, temos a previsão de que comete falta grave o condenado que "incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina". Note-se que a amplitude da expressão "subverter a ordem ou a disciplina" é tamanha que, no fundo, qualquer fato contraditório poderia, pela via da argumentação, ser considerado falta grave. Vejamos alguns exemplos para confirmar as possibilidades de abuso que uma norma *polissêmica* pode originar: na qualidade de Conselheiro Peniten-

tem seu mais importante âmbito de aplicação no Direito Penal" (*Derecho penal*, cit., vol. I, p. 158).

(44) Hans Welzel. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez. 4. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1997. p. 27.

(45) Winfried Hassemer. *Crítica...*, cit., p. 13.

(46) Segundo Luiz Alberto Warat (*Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Fabris, vol. I, 1994. p. 32-33), o legislador, ao classificar os fatos que serão objeto da norma, deve suas buscar as características fundamentais que dizem respeito ao conceito que irá "rotular" esse fato. As características peculiares de um rótulo, por vezes, já se encontram valoradas pela cultura geral de uma sociedade. Os rótulos "alguém", "mulher", "animal", "fogo", "morte", "cadáver", "sepultura" etc. já possuem, ao menos provisoriamente, características fundamentais próprias ditadas pelo conhecimento popular. Nesse caso, o legislador, ao valer-se de tais termos, não se preocupa em elucidar-lhes o conteúdo, visto ser já preexistente na linguagem popular.

Na maioria das situações, contudo, o termo empregado pelo legislador não se encontra devidamente *pré-classificado*. Às vezes, as coisas ou objetos apresentam a propriedade dada pelo critério de definição e, no entanto, o apresentam em diferentes graus com relação a certos casos que a comunidade aceita como paradigmáticos, surgindo, pois, a dúvida se o rótulo é ou não aplicável. Em outras situações, a palavra não comporta uma genérica definição das características consideradas relevantes para a sua caracterização, fazendo delas um variável nas mãos de quem a utiliza. No primeiro caso, estamos diante da *vagueza* de um termo; no segundo, da *polissemia*. Na *vagueza*, o termo não está determinado, mas é determinável *genericamente* mediante uma definição explicativa, ou seja, através da reunião de características tidas como fundamentais pelo intérprete, que, naquele ou em outros casos, poderão servir para (re)defini-lo. Já na *polissemia*, o termo também não está determinado, mas é determinável só *especificamente*, mediante uma definição persuasiva, ou seja, por meio da classificação de propriedades consideradas fundamentais *pelo intérprete para aquele caso*. Em outras palavras: uma expressão *vaga* pode ser determinada por características *conotativas*, enquanto uma expressão *polissêmica*, só por características *denotativas*.

ciário, tive notícia de casos em que apenados foram enquadrados nessa falta grave (e, conseqüentemente, foram postos em isolamento celular, além do que não puderam, durante 12 meses, receber "benefícios" como comutação, indulto, livramento condicional etc.) porque se colocaram em greve de fome em protesto contra o não-deferimento de sua remoção (Processo de Execução Criminal 21392700361, Passo Fundo/RS, atualmente em Soledade/RS, Processo de Execução Criminal 1.310-062) ou contra a morosidade da Justiça (Processo de Execução Criminal 03484698, Comarca de Bagé/RS). Noutra situação, um preso foi punido porque se recusou a cortar os cabelos, caso em que foi obrigado a tanto por decisão judicial (Presídio Estadual de Getúlio Vargas/RS, Sindicância 002/96). Já na comarca de Espumoso/RS (Processo de Execução 3.308) um apenado restou punido disciplinarmente por ter se apresentado no Presídio com sinais de embriaguez.

Primeiramente, deve-se destacar que, numa greve de fome ou num isolamento celular voluntário, o único lesado possível é o próprio condenado. Se, durante o período em que se colocar voluntariamente nessas situações, não vier ele a causar qualquer ofensa concreta a terceiros, não se pode afirmar que tal conduta seja, por si só, falta grave. Isso quer dizer, em outras palavras, que o preso tem o direito de não se alimentar e de não sair da cela, ainda que tal se dê como forma de protesto, e ainda que sua irresignação não seja procedente (situação essa difícil de se conceber, dada a situação caótica, em geral, dos estabelecimentos penais brasileiros).

Da mesma forma, não se pode obrigar ninguém a cortar os cabelos, ainda que a pretexto de evitar o ingresso de objetos ou drogas no interior do estabelecimento prisional. Se isso fosse correto, como faríamos com os presídios femininos? Poderíamos obrigar todas as mulheres a cortar os cabelos? E mais: o ser humano possui outras cavidades corpóreas por onde se podem introduzir objetos e armas. Admitindo-se como correta tal argumentação, poderíamos afirmar legítima, por exemplo, a sutura feita no ânus de um preso, como ocorrera em alguns estabelecimentos penais à época da Santa Inquisição? O que se pretende afirmar, em suma, é que o preso tem o direito de não cortar os cabelos, se assim desejar, ainda que a sua higiene pessoal, nessas condições, não seja das melhores. Havendo risco para os demais presos, deve o Estado, em vez de obrigá-lo à depilação capilar, fornecê-lo condições de tratar-se voluntariamente de eventuais doenças.

Pelas mesmas razões, não pode a embriaguez, por si só, ser considerada falta grave, sob pena de ofensa ao *princípio da lesividade*. Se o apenado não desrespeita nenhum ditame da execução – por exemplo, se se apresenta no horário determinado para o recolhimento noturno, no regime semi-aberto –, parece um contra-senso puni-lo por ter se apresentado, no horário, com sintomas da embriaguez. Ademais, se o Estado não proíbe o consumo de bebidas alcoólicas no meio social, não pode esse mesmo Estado, agora, reprimir a conduta daquele que ingere tal substância. Aplicar-se uma falta grave para esse caso, em suma, é o mesmo que punir a personalidade de alguém, pretender converter-se moralmente o apenado (*culpabilidade de caráter*), situação essa inconcebível frente ao moderno princí-

pio da culpabilidade penal (Direito Penal do Fato). E mais: quando o apenado é reconhecido alcoólatra (situação essa bastante freqüente durante a execução da pena), não lhe pode ser imputada imediatamente a infração administrativa sem que, antes, determine-se o grau da dependência. Isso porque a nossa lei penal reconhece que o alcoolismo – conforme o grau – é uma doença mental, sendo causa de *inimputabilidade* (art. 26, *caput*). Ora, seria um contra-senso que alguém pudesse vir a ser absolvido pela prática de um delito decorrente do alcoolismo e, ao mesmo tempo, possa ser condenado por uma infração administrativa oriunda da dependência.

Os riscos de uma norma indeterminada refletiram-se noutro caso, oriundo da Comarca de Pelotas (Processo de Execução Criminal 4529301). O apenado V.R.L.M. foi flagrado com US$ 382,00 dentro do presídio, sendo que cumpria, há mais de 15 anos, pena em regime fechado. Em razão da apreensão, o diretor do estabelecimento penal determinou a ele o isolamento celular do apenado por dez dias. O apenado informou que a soma em dinheiro foi obtida com a economia de mais de três anos de auxílio-reclusão, e que guardava consigo o dinheiro porque sua esposa morava sozinha, numa casa de madeira, sendo assim mais seguro o porte pessoal dentro do presídio. Além disso, apresentou recibos da aquisição dos dólares perante uma agência de turismo daquela cidade. O processo, em razão disso, foi arquivado, após, contudo, o seu isolamento celular.

Neste exemplo, além de revelar-se que a amplitude do art. 50 da LEP acaba autorizando punição por falta grave para fatos que sequer implicitamente estão nele contidos, também se nota que, na execução penal, a sanção disciplinar é aplicada antes mesmo de concluído o processo administrativo, revelando-se uma clara ofensa ao *princípio da presunção de inocência*. No caso mencionado, o apenado foi absolvido da falta (pois provou a origem lícita dos dólares), mas isso só se verificou após a determinação do isolamento celular.

Talvez o leitor esteja se perguntando o porquê de tanta preocupação em considerar-se uma falta como grave ou leve. Não se deve esquecer que, além da punição disciplinar aplicada (geralmente, isolamento celular "sem sol", apesar de a LEP, em seu 45, § 2.°, vedar o emprego de "cela escura"), a homologação de uma falta grave possui inúmeros outros efeitos (o que poderia ser questionado à luz do princípio do *non bis in idem*): impede, segundo vem-se entendendo, a concessão de livramento condicional nos 12 meses subseqüentes; impede a progressão de regime; acarreta a perda dos dias remidos (*sic*) etc.

Não é à toa que são pouquíssimos os casos de faltas disciplinares consideradas leves ou médias: isso se deve ao fato de que, da maneira como está construído o art. 50 da LEP, pode-se retoricamente considerar qualquer desvio de conduta como sendo uma falta grave.

Com base nesses exemplos, podemos notar que a nossa Lei de Execuções Penais, principalmente nos aspectos apontados, está estabelecida num modelo penal de legalidade atenuada, em que a elasticidade e a indeterminação das faltas disciplinares fazem com que o sistema de definição da desviação fundamente-se numa epistemologia antigarantista, de sancionamento *quia peccatum*, e não *quia*

prohibitum. No plano legislativo, isso importa reconhecer que o objeto do tratamento penal não seja tanto a infração formalmente prevista em lei, mas sim a desviação em si mesma imoral ou anti-social, e isso faz com que o papel da lei, como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviados, acabe por desvalorizar-se.

As conseqüências desse *substancialismo ético* adotado pelo nosso legislador não se esgotam no esvaziamento somente do *princípio da legalidade*, mas, também, do *princípio da jurisdicionalidade*. Com efeito, se o objeto da proibição deixa de ser um fato (formalismo), passando a ser um *valor* (substancialismo), também o processo penal não terá por objeto a apuração de um dado empírico (cognoscitivismo processual), mas sim de um *estado* (decisionismo processual). Como bem destaca Ferrajoli,[47] à atenuação ou dissolução do princípio da legalidade se une a mitigação da estrita jurisdicionalidade, ou seja, uma acentuação, até os limites da arbitrariedade, do poder de etiquetamento e de inquisição do juiz, que vem a se apresentar, segundo a ocasião, como inquisidor, psicanalista ou terapeuta social, e, em todos os casos, desvinculado de critérios rígidos e certos de qualificação penal. E isso faz com que o juízo penal degenere em "juízo sem verdade", isto é, numa fundamentação não baseada em juízos de fato, verificáveis ou refutáveis, mas sim em juízos de valor, não verificáveis nem refutáveis em razão de sua natureza não comportar juízos de verdadeiro ou falso.

4. Considerações finais

O Direito Penal brasileiro atravessa uma dupla crise de legitimidade. Em primeiro lugar, uma crise de *inadequação política*, visto que se desenvolve a partir de um princípio da legalidade próprio do vetusto Estado de Direito, ao mesmo tempo em que o regime político-constitucional brasileiro, atualmente, é o Democrático de Direito. Mas, além disso, também deparamo-nos com uma crise de *eficácia do princípio da legalidade*, na medida em que os operadores do Direito Penal brasileiro, de uma maneira geral, sequer vêm atribuindo à garantia da *reserva de lei*, mesmo nos contornos já conhecidos do Estado de Direito, a eficácia invalidante do princípio sempre que uma norma penal o contrarie. Portanto, vivemos num contexto em que o regime político atual nos abriga a uma ampliação do princípio da legalidade, ao mesmo tempo que a comunidade jurídico-penal sequer aprendeu a lidar com tal princípio em seu conteúdo clássico. Com o advento do Estado Democrático de Direito, somos obrigados a vincular toda a atividade estatal, em matéria penal, em termos formais e substanciais.

No presente estudo, focalizei essa dupla crise de legalidade para a execução penal brasileira. Para fundamentar essa orientação, tive de, preliminarmente, sustentar que as normas de execução penal, em que pese a sua aparente eficácia de meras normas procedimentais, possuem natureza material sempre que o conteú-

(47) *Derecho y razón*, cit., p. 42-43.

do da norma, direta ou indiretamente, detenha a potencialidade de restringir ou ampliar a liberdade do cidadão. Com efeito, se o princípio da legalidade é uma garantia individual contra o arbítrio estatal, somos obrigados a entender que tal garantia – e seus desdobramentos – aplica-se não só às normas penais *stricto sensu* como, também, às normas processuais que detenham essa característica (normas processuais *materiais*). No contexto da execução penal, sempre que uma norma detiver tal capacidade, deverá sujeitar-se, formal e substancialmente, aos ditames do princípio da legalidade.

A realidade legiferante e judiciante da nossa execução penal, contudo, revela que pouco tem sido feito para a apreciação da constitucionalidade das normas de execução. Em boa medida, a execução penal brasileira, ao menos no Rio Grande do Sul, está impregnada por um vício ideológico que domina a hermenêutica dos processos. O *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* determina, à autoridade judicial, que interprete sempre restritivamente toda lei que detenha a possibilidade de restringir a liberdade do cidadão. Conseqüentemente, estão banidas do Direito Penal as possibilidades de interpretação extensiva e analogia (que, no fundo, são a mesma coisa) *in malam partem*. Se isso é verdade, como tolerar que comutações e indultos sejam negados com base em laudos técnicos das EOCs, quando os decretos presidenciais, via de regra, não arrolam a avaliação psicológica como exigência para esses direitos? Por que os decretos de indulto não são apreciados à luz dos princípios da igualdade, da proporcionalidade etc.? Como suportar inerte essa *síndrome da abstinência hermenêutica* que reina na execução da pena? Por que, na maioria dos casos, os apenados não são assistidos por advogados durante a execução da pena, ao mesmo tempo em que a Constituição assegura o direito ao contraditório e à ampla defesa? Como se pode legitimar, na execução penal, um discurso de *defesa social* ao mesmo tempo em que a Constituição arrola, além dos *direitos sociais*, também os *direitos individuais*?

Isso tudo se agrava, ainda mais, nos casos em que a Lei de Execução Penal apresenta-se viciada por *polissemia*, legitimando discursos penais autoritários. Assim, por exemplo, ao enumerar, dentre as faltas graves da execução penal, a conduta do preso que "incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina" (art. 50, inc. I), ou quando não se portar com "obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se" (art. 39, II, c/c o art. 50, VI), a Lei de Execução Penal, dada a amplitude desses dispositivos, possibilita uma atividade judicante de *constituição* de faltas graves, e não de *declaração* destas. Assim ocorrendo, estamos não só diante de uma invasão, pelo juiz, no caso concreto, dos poderes conferidos ao legislador, como, além disso (e o que é mais grave), legitimando a aplicação de sanções disciplinares arbitrárias e ilegais.

Resta evidente, pois, que ainda temos muito o que aprender em matéria de execução penal. Vivemos num Estado Democrático de Direito em que a execução da pena sequer adequou-se aos ditames de um Estado de Direito. É chegada a hora de superarmos esse vácuo hermenêutico, a fim de que, em sede de execução penal, tenhamos o desenvolvimento de um método baseado no ordenamento

constitucional, e não em valores éticos cujo autoritarismo redunda na supressão quase que completa do *princípio da humanidade das penas*. Essa infeliz realidade revela que o discurso jurídico, na execução, está impregnado por uma assustadora crueldade que apenas contribui para o aumento crescente da violência.

Bibliografia

ANTUNES, Ruy da Costa. "Da analogia no direito penal". Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Recife no concurso para Docente Livre de Direito Penal. Recife: [s.e.], 1953.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1990. t. II.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

———. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1997.

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal. Parte general*. Trad. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1956. vol. I.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español. Parte general*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997. vol. I.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibánez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

———. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Andrés Ibánez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino et alii. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998.

FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de derecho penal*. Trad. Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed., 38. tir. São Paulo: Max Limonad, 1976. vol. I, t. I.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol. I.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Trad. Patricia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

———. "Hermeneutica y derecho". *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*. Universidad de Granada, n. 25, 1985.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. parte I.

HOBBES, Thomas. *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico e civil*. Trad. Carlos Mellizo. Madrid: Alianza Universidad, 1992.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Trad. José Luis Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal. Projeções contemporâneas*. São Paulo: RT, 1994.

LUISI, Luiz. "Direito penal e revisão constitucional". *RT* 729, ano 85, jul. 1996.

———. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. vol. I.

MATURANA, Humberto. *A ontologia da realidade*. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. 7. ed. Buenos Aires: Astrea, 1994. vol. II.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

SCHMIDT, Andrei. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (e)m crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Sucessão de leis penais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1990.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Fabris, 1994. vol. I.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Busto Ramírez e Sergio Yánez Pérez. 4. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.

2.3

VÍCIOS DE MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA PENAL: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*

GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ

SUMÁRIO: 1. Os problemas da motivação das sentenças penais – 2. A função da motivação – 3. O conteúdo da motivação da sentença penal – 4. Ausência de motivação – 5. Motivação contraditória – 6. Motivação implícita – 7. Motivação *per relationem* – 8. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: O estudo tem por objetivo verificar se a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais vem sendo respeitada na praxe forense. Partindo da análise da duplicidade de funções da motivação, tanto endoprocessual quanto extraprocessual, conclui-se pela validade da motivação que seja expressa, clara, coerente e lógica. Definido o que se entende por uma correta motivação, passa-se à análise de diversas "espécies" de motivação das sentenças: motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*, e a sua compatibilidade com a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais.

Palavras-chave: Processo penal – Motivação da sentença – Vícios – Nulidade.

1. Os problemas da motivação das sentenças penais

A Constituição da República, ao disciplinar a organização do Poder Judiciário, estabeleceu a garantia da motivação das decisões judiciais. "Todas as decisões judiciais deverão ser motivadas" (CR, art. 93, IX). Mais do que isto, o legislador constituinte, expressamente, prevê uma sanção processual para a violação de tal garantia: *a nulidade*.

Antes da garantia constitucional, o próprio Código de Processo Penal, em seu art. 381, III, já exigia que a sentença contivesse "a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão".

Assim, proferida a sentença penal, haveria apenas duas alternativas: ou a sentença é motivada, e portanto válida e apta a produzir efeito, ou a sentença não apresenta motivação, sendo irremediavelmente nula, por força, inclusive, de expressa previsão constitucional.

Na prática forense, contudo, o problema não se apresenta de maneira tão simplista. Dificilmente um juiz proferirá uma sentença na qual não haja motivação alguma. Não se chegaria ao absurdo de proferir uma sentença contendo apenas o relatório e o dispositivo. Porém, se a ausência total de motivação é algo raríssimo, a insuficiência de motivação é, infelizmente, muito freqüente.

Nesse caso, a insuficiência de motivação poderia ser equiparada à ausência de motivação para acarretar a nulidade? Esta é uma das perguntas a que nos propomos responder no presente trabalho. Além disso, procuraremos fornecer parâmetros e critérios para estabelecer quando uma sentença está suficientemente motivada ou quando sua motivação, embora exista formalmente, não pode ser considerada válida, principalmente por deixar de analisar argumentos e provas defensivas.

Outra questão que se coloca é a da motivação implícita. É verdade que a sentença condenatória indica, implicitamente, que todas as teses defensivas foram repelidas. Mas, nesse caso, bastará que a fundamentação traga as razões que levaram ao acolhimento do pedido condenatório ou será necessário também que a sentença explicite as razões pelas quais os argumentos defensivos não foram acolhidos?

Por outro lado, é muito comum o emprego da motivação *per relationem*, principalmente nos tribunais, quando o acórdão é confirmatório da sentença de primeiro grau. Tal forma de motivação é compatível com a exigência de motivação das sentenças, assegurada constitucionalmente?

Uma sentença que apresente contradição nos seus fundamentos entre si, ou dos fundamentos com o dispositivo, será válida? Embora nesse caso haja, formalmente, uma motivação, a contradição existente no julgado leva à sua nulidade?

As inúmeras indagações que o tema suscita convidam a uma reflexão sobre a matéria.

2. A função da motivação

Os vícios de motivação da sentença trazem, como conseqüência, a nulidade do ato que não foi devidamente fundamentado. Para se falar de nulidade, contudo, é necessário indagar a finalidade da motivação. Somente depois de estabelecer qual a finalidade da motivação no processo penal é que se poderá caracterizar determinado ato como nulo ou não.

O princípio da instrumentalidade das formas determina que não se decrete a nulidade de um ato processual atípico – isto é, de um ato que não seguiu o modelo estabelecido na lei e, no caso, na própria Constituição – se, mesmo atípico, o ato atingir a sua finalidade.

Assim, antes de se falar em nulidade de um ato processual, por desrespeito à determinada forma estabelecida em lei, é necessário investigar qual a finalidade que levou o legislador a instituir esse modelo. A simples atipicidade do ato não implica, necessariamente, a sua nulidade. É possível que um ato, embora atípico, produza validamente os seus efeitos jurídicos. O ato típico produz os normais

efeitos previstos em lei. Já o ato atípico poderá ou não produzir seus efeitos jurídicos. Produzirá efeitos jurídicos quando, mesmo atípico, o ato atingir a finalidade para a qual foi instituída a forma que acabou sendo desrespeitada. Por outro lado, se o ato foi praticado em desacordo com a lei e, em função disso, não se atingiu a finalidade pela qual foi instituída a forma, deve ser tido como nulo.

O estudo dos vícios da sentença por falta de motivação deve principiar, pois, pela determinação da finalidade da motivação das decisões judiciais.

A motivação das decisões judiciais apresenta uma dupla finalidade. Sob uma ótica individualista, isto é, considerando a finalidade que a motivação desempenha no processo, levando-se em conta apenas o interesse das partes, a garantia processual tem por escopo permitir o conhecimento das razões de decidir, possibilitando a impugnação da decisão e de seus fundamentos pela via recursal. Trata-se de um fundamento interno da motivação, ressaltando sua finalidade técnico-processual.

Por outro lado, tendo em vista o exercício da função jurisdicional, a motivação permite o controle social sobre a atividade jurisdicional. No primeiro caso, temos uma garantia para as partes, destacando-se a função endoprocessual da motivação. Já sob o enfoque da sociedade, a motivação apresenta uma relevância extraprocessual.

Com relação ao seu caráter endoprocessual, isto é, a finalidade interna da motivação, é de se destacar que a motivação não é uma descrição do raciocínio judicial. Não se trata de uma descrição do *iter* seguido pelo juiz na confecção da decisão.[1] Aliás, se assim o fosse, somente no último momento, quando se findasse a motivação, o juiz saberia se a causa seria julgada procedente ou improcedente. Na verdade, a motivação é muito mais uma exposição, ou melhor, uma justificação da decisão. Nas palavras de Foschini, a motivação é uma "argumentada conclusão", ou, o que é a mesma coisa, uma "concludente argumentação".[2]

A motivação da sentença apresenta-se, portanto, como uma justificação das circunstâncias fáticas e jurídicas que determinaram as razões de decidir.[3] É o "discurso justificativo da decisão",[4] uma "justificação racional das escolhas do juiz".[5]

Ainda dentro da função endoprocessual da motivação, relacionada com a impugnação da decisão judicial está a possibilidade do próprio órgão jurisdicio-

(1) Para uma análise do raciocínio judicial na formação da decisão, cf.: Piero Calamandrei. "La genesi logica dela sentenza civile". *Opera giuridice*. Napoli: Morano, 1965. vol. I, p. 11 *et seq.*

(2) Gaetano Foschini. *Sistema del diritto processuale penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1968. vol. II, p. 539.

(3) Cf. José Rogério Cruz e Tucci. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 15-16.

(4) Ennio Amodio. "Motivazione della sentenza penale". *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1977. vol. XXVII, p. 184.

(5) Michele Taruffo. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 421.

nal de segundo grau controlar a atividade jurisdicional de primeiro grau.[6] Nesse caso, contudo, ainda que sob a ótica endoprocessual, a motivação não deixa de ter um caráter público, visto que permite ao próprio Estado o controle da sua atividade.[7]

Já o caráter extraprocessual da motivação, ou sua função político-axiológica, é destacado pela Constituição. A garantia da motivação vem estabelecida na disciplina do Poder Judiciário,[8] e não no capítulo dos direitos e garantias individuais,[9] onde está a grande maioria das garantias processuais.[10] Muito mais que uma garantia individual das partes, a motivação das decisões judiciais é uma exigência inerente ao próprio exercício da função jurisdicional.

A motivação confere "transparência" à decisão judicial, permitindo um controle generalizado e difuso sobre o modo pelo qual o juiz administra a

(6) Cf. Amodio. "Motivazione della sentenza...", p. 188; Chiara Besso. *La sentenza civile inesistente*. Torino: Giappichelli, 1996, p. 265. Na jurisprudência, reconhecendo que a motivação "se presta para controle dos órgãos recursais", STJ, RHC 5.378, 6.ª T., rel. Min. Adhemar Maciel, j. 22.04.1996, v.u., *DJ* 10.06.1996, p. 20.394.

(7) Cf. Girolamo Bellavista. "Contributo allo studio della patologia della motivazione della sentenza penale". *Studi sul processo penale*. Milano: Giuffrè, 1976. vol. IV, p. 164.

(8) Essa tendência é encontrada em várias constituições modernas, que prevêem a garantia da motivação no capítulo do Poder Judiciário. A Constituição italiana de 1947, em seu art. 111, § 1.°, estabelece que "tutti i provvedimenti giurisdizionale devono essere motivati". A Constituição portuguesa de 1974, no art. 205, § 1.°, determina que "as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente serão fundamentadas na forma prevista na lei". A Constituição espanhola de 1978 prevê, no art. 120, § 3.°, que "las sentencias serán siempre motivadas". A Constituição do Peru, no art. 139, § 5.°, assegura "la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expressa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan". A Constituição belga de 1994 estabelece em seu art. 93, § 3.°, que toda decisão judicial deverá ser específica e inteiramente motivada, sendo obrigatório, nos colegiados, a publicação da opinião vencida. A garantia da motivação já era prevista, inclusive, na Constituição belga de 1831 (art. 97). A Constituição grega de 1974, com a reforma de 1986, prevê, em seu art. 149, que os julgamentos serão bem fundamentados. Retrocesso ocorreu com a Constituição colombiana de 1991, que não mais prevê expressamente a garantia da motivação, sendo que tal constava do art. 163 da Constituição anterior: "toda sentencia deberá ser motivada".

(9) Na Constituição mexicana de 1917, a garantia vem prevista nas garantias individuais. O art. 16 estabelece que "nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que *funde y motive* la causa legal de procedimiento...". E, como explica Héctor Fix-Zamundio (*Constitución y proceso civil en Latinoamérica*. México: Unam, 1974. p. 96) "aun cuando dicho precepto se refiere a toda clase de autoridades, la doctrina y jurisprudencia han entendido que comprende también las judiciales".

(10) A mesma observação é feita por Amodio ("Motivazione della sentenza...", p. 188) sobre a Constituição italiana.

justiça.[11] Sob este aspecto, não é uma garantia exclusiva das partes, ou de seus advogados ou mesmo dos juízes dos tribunais, mas principalmente da opinião pública. Destina-se, portanto, a *quisque de populo*.[12]

É através da motivação que qualquer do povo poderá controlar a legalidade da decisão, a imparcialidade do juiz, enfim, a justiça do julgamento.[13] Em suma, é a motivação uma garantia de controle democrático sobre a administração da justiça.[14]

O problema dos requisitos mínimos da fundamentação da sentença deve ser resolvido à luz da função da motivação. Somente quando a sentença tenha atendido, tanto à finalidade endoprocessual quanto ao escopo extraprocessual, é que se poderá considerar suficientemente motivada a sentença. O desrespeito a qualquer das finalidades da motivação da sentença será caracterizado como ausência de motivação e acarretará a nulidade do decisório.[15]

(11) Cf. Luigi Paolo Comoglio. *Riforme processuali e poteri del giudice*. Torino: Giappichelli, 1996. p. 124.

(12) Cf. Taruffo. *La motivazione...*, p. 407. Em sentido contrário, Carnelutti ("Eccesso dal potere giudiziario per difetto di motivazione", *Rivista di Diritto Processuale*, 1947, p. 214-215) entende que a obrigação de motivar não visa fornecer ao povo as razões de decidir do juiz, mas, ao contrário, fornece ao próprio juiz os meios para persuadir a si mesmo, e de verificar a justiça de sua decisão.

(13) Cf. José Carlos Barbosa Moreira. "A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito". *Temas de direito processual – Segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 87; Ada Pellegrini Grinover. O conteúdo da garantia do contraditório. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 34; Antonio Magalhães Gomes Filho. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997. p. 163-164; Antonio Scarance Fernandes. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 1999. p. 119; Vicenzo Cavalo. *La sentenza penale*. Napoli: Jovene, 1936. p. 371; Gian Franco Ricci. *Principi di diritto processuale generale*. Torino: Giappichelli, 1995. p. 16; Comoglio. *Reforme processuale...*, p. 124.

(14) Cf. Amodio. "Motivazione della sentenza...", p. 188 e também em "L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria", *Rivista di Diritto Processuale*, 1970, p. 453; Taruffo, *La motivazione...*, p. 407; Ricci, *Principi...*, 162; Comoglio, *Reforme processuale...*, p. 124. Na doutrina nacional: Ada Pellegrini Grinover. *Processo constitucional em marcha*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 256. Na jurisprudência, afirmando que "a motivação é o meio mais adequado para o controle democrático da atividade jurisdicional": TJSP, ApCrim 118.896-3, 6.ª Câm. Crim., rel. Márcio Bártoli, j. 25.03.1992, v.u., *RT* 681/35. Em sentido contrário, entendendo que a motivação tem apenas uma função endoprocessual e que a posição acima defendida peca por abstração e por confundir o plano político com o plano institucional, Besso, *La sentenza...*, p. 267.

(15) Em sentido contrário, Taruffo (*La motivazione...*, p. 466) entende que, sendo a motivação essencial ao próprio conceito de jurisdição, o vício de motivação acarreta a inexistência da sentença e não apenas a sua nulidade. Na doutrina nacional, Hélio

3. O conteúdo da motivação da sentença penal

A sentença como ato culminante do processo deve, sempre, ser motivada. Aliás, mesmo antes da garantia constitucional da motivação das decisões judiciárias, o CPP, em seu art. 381, III, já exigia que a sentença contivesse "a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão".

Se a sentença não contiver motivação, será irremediavelmente nula. Assim o determina o art. 93, IX, da CR, bem como o art. 564, III, *m*, do CPP. Trata-se de nulidade absoluta e insanável (CPP, art. 572), que pode ser reconhecida, inclusive após o trânsito em julgado da sentença condenatória, por meio de revisão criminal (CPC, art. 621, I) ou através de *habeas corpus* (CR, art. 5.°, LXVIII, c/c o CPP, art. 648, VI).

A doutrina tem apontado, como requisitos para que a motivação seja considerada válida, que ela seja *expressa*, *clara*, *coerente* e *lógica*.[16]

Com relação ao conteúdo mínimo da motivação, ela compreende: 1) o enunciado das escolhas do juiz com relação: 1.1) à individuação das normas aplicáveis; 1.2) à análise dos fatos; 1.3) à qualificação jurídica dos fatos; 1.4) às conseqüências jurídicas dessa qualificação; 2) os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados.[17]

Na prática judicial, todavia, muitas vezes as sentenças penais têm se apartado desse modelo e comprometido a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais. Tais decisões deveriam ser consideradas irremediavelmente nulas. Mas não é isso que tem ocorrido. Ora, as sentenças apenas aparentemente estão motivadas, quando na verdade sua motivação não é completa. Outras vezes, há contradições dos fundamentos entre si, ou destes com o dispositivo da sentença. Por fim, muitas vezes os juízes e tribunais têm lançado mão de sucedâneos de motivação, como a motivação implícita e a motivação *per relationem*.

4. Ausência de motivação

A ausência de motivação é o vício mais grave que pode atingir a sentença, sob a ótica de sua fundamentação. A ausência ou carência de motivação pode ser total, isto é, a sentença não possui qualquer fundamentação, ou seja, falta uma

Tornaghi (*Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. vol. 2, p. 164) também entende que a ausência de motivação leva à inexistência da sentença, pois os requisitos do art. 381 são da essência da sentença.

(16) Cf. Cruz e Tucci. *A motivação...*, p. 18-21, com ampla análise doutrinária.

(17) Taruffo. *La motivazione...*, p. 467; Grinover, "O conteúdo...", p. 35. A esse esquema Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (*As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 210) acrescentam "consideração atenta dos argumentos e provas trazidas aos autos".

parte da sentença. Não há qualquer menção aos fundamentos. Na verdade, haveria apenas a decisão, sem as razões de decidir.

Pode ocorrer, no entanto, a ausência parcial de motivação. Nesse caso, que é o mais freqüente, embora a sentença apresente fundamentação sobre determinadas questões, não exaure o campo decisório, deixando de motivar uma ou mais questões que exigiam fundamentação.[18] Mesmo que a sentença traga motivação de vários pontos, se o juiz se omite em expor os motivos relativos a um capítulo da sentença ou um ponto da decisão, haverá ausência de motivação.[19]

Assim, a ausência ou carência de motivação não deve ser entendida apenas como a total omissão de fundamentação, mas também a falta de fundamentação de um ponto que deveria ser motivado em face do dispositivo.[20]

A jurisprudência tem feito a distinção entre motivação sucinta, mas válida, de um lado, e ausência ou falta de motivação, de outro.[21]

E, na prática, o que se nota é uma tendência jurisprudencial a maximizar os casos de motivação sucinta, e minimizar os casos de ausência de motivação.[22]

Com base na jurisprudência da Corte de Cassação italiana elaborou-se uma distinção entre ausência ou carência de motivação *extrínseca* e ausência de motivação *intrínseca*. A ausência ou carência de motivação *extrínseca* tem lugar quando o juiz não indica os elementos em que baseou o próprio convencimento. Já a ausência de motivação *intrínseca* ocorre toda vez que a sentença tenha deixado de levar em consideração elementos de decisiva relevância, que, se tivessem sido considerados ou examinados, poderiam ter levado a um resultado diverso.[23]

A doutrina, contudo, não é concorde na utilização de tais expressões. Entende Siracusano que a ausência de motivação intrínseca ocorre quando há um vício lógico-jurídico da sentença impugnada. Já para Bellavista, o vício lógico na motivação, na verdade, parece melhor se enquadrar na motivação contraditória que na ausência de motivação.[24]

(18) Ottorino Vannini. *Manuale di diritto processuale penale italiano*. Milano: Giuffrè, 1946. p. 191-192.

(19) Pisapia. *Compendio...*, p. 375.

(20) Bellavista. "Contributo allo studio...", p. 162.

(21) Grinover et alii. *As nulidades...*, p. 211. Na doutrina italiana, a distinção é entre ausência de motivação e motivação insuficiente. Cf. Vannini, *Manuale...*, p. 192; e Bellavista, "Contributo allo studio...", p. 186.

(22) A observação é de Bellavista ("Contributo allo studio...", p. 189), com referência à motivação insuficiente, mas é adequada também à nossa realidade.

(23) Sobre a posição jurisprudencial cf.: Bellavista, "Contributo allo studio...", p. 196; Girolamo Bellavista e Giovanni Tranchina. *Lezione di diritto processuale penale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 1984. p. 481. Na doutrina nacional, Grinover ("O conteúdo...", p. 36) denomina essa última hipótese de carência de motivação *extrínseca* e não *intrínseca*. E, curiosamente, invoca o posicionamento de Bellavista.

(24) Cf. Bellavista. "Contributo allo studio...", p. 196.

De qualquer forma, não há relevância prática em tal distinção, visto que, quer se trate de ausência de motivação, quer se trate de motivação contraditória, o resultado prático é exatamente o mesmo: a nulidade absoluta da sentença.

5. Motivação contraditória

Um outro vício de motivação que a sentença pode apresentar, além da ausência de motivação, é a motivação contraditória.[25] Nesse caso, obviamente, não se poderá considerar que a sentença foi motivada.[26] A motivação tem como um dos seus requisitos, justamente, a clareza. Aliás, em termos de motivação, o grande valor da sentença está justamente na sua clareza de raciocínio.[27]

Assim, uma motivação contraditória não é verdadeira motivação. Não atende, portanto, à exigência constitucional de motivação das decisões judiciais, pelo que deve ser tida por nula a sentença que apresenta uma motivação contraditória.[28] A garantia da motivação exige, segundo Rogério Lauria Tucci, "que esta não revele qualquer contradição ou propicie mínima perplexidade".[29]

A motivação contraditória pode ocorrer quando há uma contradição lógica entre as preposições contidas na fundamentação, ou na hipótese em que os fundamentos adotados contrastam com o dispositivo da sentença.[30]

Quando o contraste lógico se dá entre os motivos da sentença, entre si, fala-se em contradição interna. Se o vício lógico for entre os motivos e o dispositivo tem-se a contradição externa.[31]

(25) Diversamente, para Vannini (*Manuale...*, p. 192) a incoerência também se caracteriza como ausência de motivação. Para Carnelutti ("Limites de la denuncia del *error in iudicando* en Corte de Casación", *Estudios de derecho procesal*. Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ejea, 1952. vol. II, p. 324) a motivação contraditória não é um simples defeito de motivação, mas uma ausência de motivação.

(26) Para Alfredo de Marsico (*Lezioni di diritto processuale penale*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1952. p. 223) a ausência de motivação não é só a ausência material de toda a motivação, mas também a ausência de motivação lógica, e conclui no sentido de que "la contradittorietà di motivazione è una forma particolare di motivazione mancante".

(27) Guglielmo Sabatini (*Il codice di procedura penale illustrato articolo per articolo*. Dir. Ugo Conti. Milano: Società Editrice Libraria, 1937. vol. III, p. 317).

(28) O Código de Processo Penal italiano de 1930, em seu art. 475, § 3.º, previa que "la sentenza è nulla (...) se manca o è contradittoria la motivazione". O Código de Processo Penal de 1988, em seu art. 606, *e*, prevê entre os motivos que autorizam o recurso de cassação "mancanza o manifesta illogicità della motivazione".

(29) *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 272.

(30) Cf. Gian Domenico Pisapia. *Compendio di procedura penale*. Padova: Cedam, 1975, p. 376; e Giovanni Leoni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1951. p. 220.

(31) Bellavista. "Contributo allo studio...", p. 180.

Com relação à contradição interna, pode ocorrer em relação tanto aos motivos de fato quanto os motivos de direito. Isto é, pode haver motivos de fato logicamente inconciliáveis entre si, ou a antinomia pode ocorrer entre os motivos de direito.[32] Por fim, é possível que haja contradição dos fundamentos fáticos com os fundamentos jurídicos.[33]

A contradição externa pode levar ao que se denomina sentença suicida. Na sentença suicida há uma motivação contraditória, mas dolosamente contraditória, isto é, propositalmente contraditória.[34] Segundo Bellavista, a origem dessa patologia processual está na heterogênea composição da *Corte d'Assise*.[35] Neste tribunal colegiado, após a deliberação oral, o dispositivo é lido em audiência. Posteriormente, deve ser redigida a motivação verbal da maioria do colégio. Quando a pessoa incumbida de escrever a motivação desvia-se das razões da maioria, "construindo" uma motivação diversa da decisão da maioria, a conseqüência será que a motivação ficará em contraste com o dispositivo.[36]

A contradição externa pode consistir em uma verdadeira incoerência lógica (o dispositivo afirma A e a motivação declara o contrário de A), ou no caso em que as conclusões que decorrem da motivação são diversas daquelas referidas no dispositivo (o dispositivo afirma A e a motivação declara B).[37]

6. Motivação implícita

O problema da deficiência da motivação se relaciona com a motivação implícita do julgado.

Bellavista explica que há motivação implícita quando o *exame* de *todos* os pontos da decisão, ainda que não explicitamente realizado, resulta *implicitamente* realizado, na análise da sentença como um todo, segundo regras da lógica, como *inclusio unius, exclusio alterius*; *quid dicit de uno, negat de altero* etc.[38]

(32) Bellavista. "Contributo allo studio...", p. 180.

(33) Sabatini. *Il codice...*, p. 321.

(34) Bellavista. "Contributo allo studio...", p. 180.

(35) Idem, ibidem, p. 180. Amodio ("L'obbligo costituzionale...", p. 456), inclusive, critica o legislador processual por ter exigido que as decisões da Corte d'Assise fossem motivadas.

(36) Girolamo Bellavista. "La sentenza suicida", *Studi sul processo penale*. Milano: Giuffrè, 1976. vol. IV, p. 108. O autor, afirma, contudo, que esse procedimento pode levar também, embora mais raramente, a uma contradição dos motivos *inter se*. Entre nós, para Tornaghi (*Curso...*, p. 164) a sentença suicida é aquela "cujo dispositivo contraria as razões invocadas na fundamentação. O juiz encaminha a argumentação num sentido e conclui em sentido oposto".

(37) Besso. *La sentenza...*, p. 214.

(38) "Contributo allo studio...", p. 191.

Para que tais regras de lógica possam ser validamente aplicadas é necessário que haja entre as questões efetivamente resolvidas e implicitamente resolvidas uma relação de implicação necessária.[39]

Segundo Siracusano, há tal relação quando os motivos de acolhimento de uma demanda ou de uma exceção, ou de sua rejeição, impliquem respectivamente a rejeição ou acolhimento de outra demanda ou exceção, quando o nexo lógico seja tal que, por implícito necessário, não se possa acolher uma sem rejeitar a outra, ou vice-versa.[40] Quando a motivação adotada sobre um ponto da decisão exclui de per si uma solução inversa, seria inútil que a sentença fizesse uma referência expressa a essa questão, pois implicitamente já estaria motivada a sua rejeição.[41]

Essa posição é criticada por Taruffo, pois tal raciocínio parte de uma simplificação excessiva e inaceitável do problema. De um lado, a contraposição lógica entre duas asserções nem sempre é necessariamente alternativa, já que é possível que uma não contenha em si as razões de exclusão da outra. De outra lado, nem sempre as soluções possíveis de uma questão são somente duas, podendo o juiz escolher diversas possibilidades.[42]

Por outro lado, mesmo nos casos em que há um nexo de implicação entre a questão principal e a questão prejudicial, a motivação implícita apenas indicaria a própria decisão em si, isto é, o resultado da resolução da questão, mas não as respectivas justificações e razões.[43] O importante não é conhecer o resultado, mas o desenvolvimento argumentativo de fato e de direito que levou àquele resultado.[44]

Por exemplo, sabe-se que o álibi do réu quanto à negativa de autoria foi repelido, visto que ele foi condenado, mas não se fornece a razão por que este álibi não foi aceito. No exemplo dado, a motivação implícita não fornece as *razões específicas* pelas quais a questão do álibi foi resolvida em sentido negativo.

A mesma observação vale com relação às questões preliminares. O fato de juiz proferir um julgamento de mérito significa que as preliminares foram re-

(39) Cf. Bellavista. "Contributo allo studio...", p. 191-192; e Delfino Siracusano. "I provvedimenti penali e le motivazioni implicite, *per relationem* e sommarie", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1958. p. 361.

(40) Delfino Siracusano. "I provvedimenti penali...", p. 362.

(41) Idem, ibidem, p. 366. O autor apresenta, como exemplo, o concurso aparente de normas penais. Neste sentido já decidiu o STF, considerando que não há nulidade no julgamento que, explicitamente fundamentou a qualificação dos fatos como latrocínio, rejeitando implicitamente o pedido de desclassificação para homicídio (HC 74.213-1, 2.ª T., rel. Min. Marco Aurélio, j. 24.09.1996, v.u., *DJU* de 14.11.1996, p. 44.472).

(42) Taruffo. *La motivazione...*, p. 436.

(43) Cf.: Taruffo. *La motivazione...*, p. 434.

(44) Amodio. "Motivazione della sentenza...", p. 190.

solvidas em sentido negativo. Porém, só está a indicar que a preliminar foi rejeitada, mas não fornece a razão específica pela qual não se acolheu a preliminar.[45]

Deve ser negada, portanto, qualquer possibilidade de motivação implícita, mesmo quando haja uma relação lógica entre os motivos implícitos e explícitos. É através da motivação que o juiz faz aflorar as suas opções valorativas e torna conhecido o seu raciocínio judicial. Como adverte Bettiol, motivar é tornar explícito aquilo que é implícito.[46] A sentença, portanto, deve ser explícita, pois motivar quer dizer "explicitamente" sentenciar.[47] Ou há motivação específica e expressa, ou não há motivação.[48]

Há, ainda, outro óbice à aceitação da motivação implícita. Se fosse admitida a motivação implícita, principalmente na hipótese em que se entende que se o juiz conclui pela condenação e na motivação apenas fornece as razões de seu convencimento no sentido da procedência do pedido condenatório, sem analisar os argumentos defensivos, o direito do acusado à contraprova estaria sendo violado.

O direito à prova seria reduzido a quase nada se a parte tivesse o direito de produzir a prova, mas não tivesse o direito de ver esta prova analisada e considerada no momento culminante do processo. Assim, o direito à prova se complementa com o direito à valoração da prova. Mas, somente se poderá verificar o efetivo respeito a estes direitos, através da motivação da decisão.[49] Aliás, não só com relação ao direito à prova em si, é a motivação que também permite à parte verificar se sua atividade defensiva foi efetivamente respeitada.[50]

Assim, afirmar que o réu tem direito à contra-prova e não exigir que o juiz dê os motivos pelo qual tal prova não foi acolhida ou considerada com força *probandi* suficiente para conduzir a uma absolvição (porque se a sentença foi condenatória, implicitamente tal prova foi rejeitada) seria negar o próprio direito à prova – no caso, à contraprova.[51]

(45) Cf.: Taruffo. *La motivazione...*, p. 434. Não é correto, portanto, o julgamento do TACrimSP, em que se considerou implicitamente rejeitada a argüição preliminar de incompetência (HC 60.462, 1.ª Câm., rel. Xavier Homrich, j. 25.06.1975, v.u., *JTACRIMSP* 37/99).

(46) Giuseppe Bettiol. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. Padova: Cedam, 1966. p. 221-222.

(47) Foschini. *Sistema...*, vol. II, p. 540.

(48) Taruffo. *La motivazione...*, p. 434. Na doutrina pátria, não admitindo a motivação implícita: Tucci. *Direitos e garantias...*, p. 273.

(49) Cf.: Gomes Filho. *Direito à prova...*, p. 166. Por esta razão, o autor nega a validade da motivação implícita.

(50) Cf.: Taruffo. *La motivazione...*, p. 435. Nicolò Trocker. *Processo civile e costituzione – Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 460; e Ada Pellegrini Grinover. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 340.

(51) O CPP italiano, em seu art. 546, letra *e*, elenca, entre os requisitos da sentença "*l'indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e* l'enunziazione delle razione per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie". Dispositivo

O julgador, obviamente, não está obrigado a acolher os argumentos trazidos pelas partes. Contudo, se é verdade que pode rejeitar os argumentos, não é menos verdade que deve fundamentar sua decisão, indicando os motivos pelos quais rejeitou este ou aquele argumento.[52]

Por fim, como destaca Antonio Magalhães Gomes Filho, "para que se possa entender como atendida a exigência de motivação, é indispensável que o juiz explicite não somente o conteúdo das provas em que se baseou, mas igualmente o raciocínio de que se valeu para, através dos dados probatórios incorporados ao processo, chegar à decisão final".[53]

O juiz deve explicitar os critérios de valoração empregados. Deverá reconstruir o percurso lógico-cognoscitivo que o conduziu a analisar de um certo modo as provas e a chegar a determinadas conclusões.[54] Sem individualizar tal *iter* o conteúdo da motivação não estará completo.[55]

Não atende, portanto, à exigência constitucional de motivação das decisões judiciais a hipótese mais comum em que se invoca a ocorrência de motivação implícita: o juiz deixa de analisar os argumentos defensivos tendo em vista que a sentença é condenatória. Poder-se-ia até admitir que o fato do juiz condenar o acusado e fundamentar porque entende que o réu deve ser condenado, ainda que do ponto de vista lógico, possa significar que o juiz, implicitamente, rechaçou os argumentos defensivos, embora sem enfrentá-los diretamente. Contudo, isso não afasta a violação do direito à valoração da prova e da contraprova, bem como não assegura o conhecimento do método utilizado pelo juiz para formar seu convencimento.

Assim, são absolutamente nulas as inúmeras decisões que não analisam as teses levantadas pela defesa em alegações finais, sob o argumento de que, tendo sido proferida sentença condenatória, isso implica, implicitamente, repelir os argumentos defensivos.[56]

idêntico já era encontrado no art. 339, § 1.°, *a*, do CPP polonês. Na doutrina, cf.: Giulio Illuminati. *Profili del nuovo codice di procedura penale*. Giovanni Conso e Vittorio Grevi (Org.). 4. ed. Padova: Cedam, 1996. p. 605.

(52) Cf.: Amodio. "Motivazione della sentenza...", p. 197.

(53) *Direito à prova...*, p. 165. O autor ainda lembra que, no CPP italiano, o art. 192 estabelece que "il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei resultati acquisiti e *dei criteri adottatti*". Na doutrina italiana, cf.: Amodio, "Motivazione della sentenza...", p. 207.

(54) Vittorio Grevi. *Profili del nuovo codice di procedura penale*. Giovanni Conso e Vittorio Grevi (Org.). 4. ed. Padova: Cedam, 1996. p. 248.

(55) Taruffo. *La motivazione...*, p. 417.

(56) Cf. Grinover. *O processo em* evolução, p. 341. Na jurisprudência, em recente julgamento, o STF considerou que "A decisão judicial deve analisar todas as questões suscitadas pela defesa do réu. Reveste-se de nulidade o ato decisório, que, descumprindo o mandamento constitucional que impõe a qualquer juiz ou tribunal o dever de motivar a sentença ou o acórdão, deixa de examinar, com sensível prejuízo para o réu,

Aliás, muitas vezes, uma verdadeira ausência de motivação com relação aos argumentos defensivos é mascarada sob o rótulo de motivação implícita. É necessário distinguir, portanto, a ausência de motivação da motivação implícita. Na ausência de motivação uma determinada tese não integrou o juízo realizado pelo julgador. Já na motivação implícita, a lacuna não está no juízo realizado para o julgamento, mas só na não expressão desse juízo, em termos explícitos, ao se redigir a motivação.[57] Na motivação implícita o juiz não disse, mas pensou; na ausência de motivação o juiz não pensou.[58]

Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, não é possível aceitar que a motivação implícita atenda a exigência de motivação.[59]

Já se reconheceu a nulidade de sentença em que o réu alegou em seu interrogatório policial e judicial que não teria agido de forma dolosa, e tal argumento não foi analisado na sentença que o condenou.[60] Nula é também a decisão que

fundamento relevante em que se apóia a defesa técnica do acusado" (STF, HC 74073, 1.ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 20.05.1997, v.u., *DJ* 27.06.1997, p. 30.227). É curiosa, contudo, a posição adotada em outro julgamento do STF, no qual se alegava a nulidade da sentença tendo em vista que o álibi alegado pelo acusado, não obstante sustentado por testemunha, não foi sopesado na motivação e na fundamentação da sentença, tendo sido tacitamente afastado, e o Pretório Excelso concluiu pela "não ocorrência de violação ao art. 93, IX, da CF, já que a sentença estava fundamentada, deficientemente embora. Inobservância, contudo, da regra do art. 381, III, do CPP, que impõe a indicação, na sentença, dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão" (STF, HC 68.418, 2.ª T., rel. Min. Célio Borja, j. 05.03.1991, v.u., *DJ* 10.05.1991, p. 5.931, ou *RTJ* 1.619, p. 145). Também o STJ veda a motivação implícita: "na motivação o juiz precisa adequar o fato à norma. E mais. Fazê-lo expressamente. *Não há fundamentação implícita*" (STJ, HC 9.584-RJ, 6.ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 15.06.1999, v.u., *DJ* de 23.08.1999, p. 153). Igualmente, no TACrimSP, decidiu-se que "em matéria processual penal *não se permite motivação implícita*, havendo necessidade de acolher ou rejeitar as claras e de forma induvidosa cada ponto da defesa do réu". (TACrimSP, Ap 1.050.853, 13.ª Câm., rel. Abreu Oliveira, j. 01.04.1997), pois "fundamentar é tornar explícito aquilo que era implícito, não se podendo, por isso mesmo, entender que implicitamente rejeitada em seu todo a defesa ofertada, repita-se, não examinada integralmente" (TACrimSP, Ap 1.005.617/8, 4.ª Câm., rel. Péricles Piza, j. 15.07.1997, v.u., *RJTACRIMSP* 36/234).

(57) Foschini. *Sistema...*, vol. II, p. 547.

(58) A distinção entre o juiz que "não disse" e o que "não pensou" foi formulada por Carnelutti ("Limites de...", p. 322) e é acolhida por Delfino Siracusano. "Distinzioni in tema di motivazione difettosa", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1961, p. 939.

(59) Nesse sentido: TJSP, ApCrim 131.973-3, 3.ª Câm. Crim., rel. Bittencourt Rodrigues, v.u., j. 28.03.1994; TJSP, ApCrim 153.753-3, 1.ª Câm. Crim. de Férias, rel. Oliveira Passos, j. 17.05.1995, v.u.).

(60) TACrimSP, Ap 744.939/2, 8.ª Câm., rel. David Haddad, j. 13.08.1992, *RJDTACRIM* 13/138.

fixa pena no mínimo legal, deixando de apreciar tese defensiva referente à redução da reprimenda pela menoridade.[61]

7. Motivação *per relationem*

Outro problema que se liga à ausência de motivação é a denominada motivação *per relationem*. Na motivação *per relationem*, para se compreender as razões da decisão, é necessário ter em consideração não só o próprio pronunciamento cuja motivação se discute, mas também um ato diverso ao qual aquele provimento se reporta.[62]

Há na motivação *per relationem* uma inversão cronológica da motivação, visto que a motivação do ato já existia antes do ato em si ser realizado. A análise da motivação *per relationem*, contudo, não deve se prender apenas a esse aspecto cronológico, mas, principalmente, ao conteúdo lógico da decisão.

A motivação deve ser expressa, sendo esse um dos seus requisitos de validade. Assim, em tese, não se deveria admitir a remissão a razões não constantes do ato motivado. Todavia, em determinados casos, tem sido aceita a motivação *per relationem*.

Tem se admitido a motivação *per relationem* nas hipóteses de acórdãos que se limitam a *confirmar* a sentença de primeiro grau.[63] Em tal caso, contudo, para que não haja prejuízo é necessário que na decisão de segundo grau, todos os argumentos novos em que a impugnação se fundasse tivessem sido expressamente enfrentados, ainda que pela integração entre a sentença e o acórdão.[64]

Outra hipótese em que não haveria prejuízo no emprego da motivação *per relationem* seria aquela em que o recurso fosse uma mera repetição dos argumentos já lançados em primeiro grau. Se nas razões recursais a parte se limitar a repetir os argumentos das alegações finais, não haverá prejuízo se o tribunal utilizar a motivação *per relationem*.[65]

(61) TACrimSP, RevCrim 306.776/2, 5.º Grupo de Câmaras, rel. Breno Guimarães, j. 10.09.1997, m.v., *RJTACRIM* 36/539.

(62) Para Sabatini (*Il codice...*, p. 321) "non è motivazione il puro e semplice riferimento ai motivi di un'altra sentenza".

(63) Em tais situações o STF já aceitou a motivação *per relationem*. Num primeiro caso, decidiu-se que "o fato de que alguns dos fundamentos constam da parte expositiva da sentença não implica em nulidade. A má qualidade da decisão não significa falta de fundamentação" (STF, RE 77.792, 1.ª T., rel. Min. Rodrigues Alckmin, j. 15.10.1974, v.u., *RTJ* 73/222). Em outro julgamento, o Pretório Excelso entendeu que não havia nulidade, por ausência de motivação: "o acórdão confirmou a sentença 'por seus fundamentos'. E se não se pediu a declaração da sentença, não há argüir omissão do acórdão" (STF, RE 72.130, 1.ª T., rel. Rodrigues Alckmin, j. 11.09.1973, v.u, *RTJ* 746).

(64) Nesse sentido, cf.: Bellavista, "Contributo allo studio...", p. 194; Manzini, *Trattato...*, vol. IV, p. 549, nota 30; e Taruffo, *La motivazione...*, p. 423.

(65) Manzini. *Trattato...*, vol. IV, p. 549, nota 30.

De qualquer forma, para que seja admissível a motivação *per relationem* é necessário que o juiz ou a turma julgadora demonstre haver analisado e considerado as razões adotadas no julgamento anterior.[66] O juiz de segundo grau deve ter levado em consideração as razões de apelação, ainda que não as acolhendo.[67] Se as razões de recurso não forem analisadas pelo tribunal, o acórdão não está acrescentando nada aos fundamentos invocados na instância inferior, deixando sem resposta as críticas feitas à decisão recorrida.[68]

Por outro lado, não é admissível a motivação *per relationem* quando a censura da impugnação se dirigir não apenas quanto à conclusão, mas também em relação ao método de formação do convencimento judicial seguido na sentença.[69] É comum a impugnação de sentenças tendo em vista o método utilizado na valoração da prova. Há casos em que o juiz forma o seu convencimento no sentido da condenação do acusado, não porque as provas de acusação assim o demonstram, mas porque as provas defensivas não foram aptas a evidenciar a inocência do acusado. Essa absurda inversão do ônus da prova, infelizmente, não é tão rara na prática forense e, em tais casos, obviamente, havendo recurso dessa sentença, não será possível o emprego da motivação *per relationem*.

Também não é possível o emprego da motivação *per relationem* nos casos em que o juiz fundamentar a sua decisão levando em conta atos de uma das partes. Assim, por exemplo, não poderá o juiz adotar como fundamento da sentença as alegações finais de uma das partes.[70] É que, em tal caso, os argumentos

(66) Nesse sentido, cf.: Taruffo, *La motivazine...*, p. 423; e Cruz e Tucci, *A motivação...*, p. 19. Já Grinover et alii (*As nulidades...*, p. 211) vão mais além, entendendo que o juiz "pode até acolhê-las, usando-as na justificação de sua decisão, mas deve expressamente transcrever os pontos aceitos e incorporados à sentença, ao lado de outros que constituem o enunciado de sua argumentação pessoal".

(67) Bellavista. "Contributo allo studio...", p. 195; Manzini, *Trattato...*, vol. IV, p. 549, nota 30.

(68) Grinover et alii. *As nulidades...*, p. 212.

(69) Cf.: Bellavista. "Contributo allo studio...", p. 195; e Manzini, *Trattato...*, vol. IV, p. 549, nota 30.

(70) Nelson Nery Junior (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1992. p. 156) admite tal possibilidade, "desde que nessas manifestações haja exteriorização de valores sobre as provas e questões submetidas ao julgamento do juiz". O STF considerou nula sentença que copiou *ipsis litteris* as alegações finais do Ministério Público (STF, HC 72.215-6, 2.ª T., rel. Min. Francisco Rezek, j. 25.04.1995, v.u., *RT* 732/547). Exatamente pelo mesmo motivo o TACrimSP também reconheceu a nulidade por ausência de motivação (RevCrim 209.882-9, 3.º Grupo de Câmaras, rel. Ribeiro dos Santos, j. 13.11.1991, m.v., *RT* 676/302). Noutro julgado, o TACrimSP também anulou a sentença na qual o juiz limitou-se a afirmar: "acolho a manifestação do Ministério Público, a qual adoto como fundamento", por considerar que "o acolhimento da acusação não é fundamentação da decisão" (HC 220.652-3, 6.ª Câm., rel. Almeida Braga, j. 19.02.1992, v.u.).

da parte contrária não foram analisados e ficariam sem resposta judicial. Ainda que o Ministério Público tente antecipar e rebater os argumentos defensivos e mesmo que a defesa do acusado procure redargüir as prováveis teses de acusação, dificilmente todos os argumentos serão analisados. E mesmo que sejam analisados, o serão por uma ótica parcial, enquanto o juiz deve decidir – e fundamentar sua decisão – em posição de absoluta imparcialidade.

Uma outra situação muito freqüente é a fundamentação de acórdão com base no parecer da Procuradoria de Justiça ou da República. Em tais casos, a princípio, não haveria tal óbice, visto que em segundo grau de jurisdição o Ministério Público atuaria como *fiscal da lei* e assim suas posições seriam – ou deveriam ser – imparciais.[71] Contudo, na prática, essa pretensa imparcialidade nem sempre se verifica. Na imensa maioria dos casos o parecer é sempre no sentido das razões ou contra-razões do órgão do Ministério Público que atuou no primeiro grau. A questão, portanto, deve ser analisada em cada caso concreto, não sendo correto concluir, *a priori,* pela plena aceitabilidade da motivação *per relationem* baseada em pareceres nitidamente parciais.[72]

Por outro lado, é de se destacar uma objeção de Michele Taruffo que nos parece irrefutável. Toda a argumentação normalmente desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência sobre a motivação *per relationem* leva em conta apenas a função endoprocessual da motivação. Neste caso, poderia ser aceita tal motivação, tendo em vista que as partes e os juízes do tribunal teriam a sua disposição os outros elementos (sentença de primeiro grau e razões de apelação) necessários para a integração e controle da motivação *per relationem.* Porém, ao se atentar para a finalidade extraprocessual da motivação – de controle popular sobre a legalidade e justiça da decisão – a motivação *per relationem* não pode ser aceita, tendo em vista que o *quisque de populo* não possui aqueles mesmos elementos necessários para integrar o discurso justificativo do juiz. Sob este aspecto, e levando em conta o princípio da "máxima discutibilidade" da motivação, ela deve conter sempre todos os elementos sobre os quais se funda a decisão e a inteira argumentação justificativa. Diante de tais argumentos, conclui o processualista italiano que "isto leva a excluir a legitimidade da motivação *per relationem*, mesmo nos limites mais restritos em que a jurisprudência prevalecente tem caracterizado o fenômeno".[73]

(71) O STF tem admitido a motivação *per relationem* nos casos em que o Ministério Público atual como *custos legis* (HC 69.848, 1.ª T., rel. Min. Ilmar Galvão, j. 03.11.1992, v.u.; HC 70.607-0, 1.ª T., rel. Min. Moreira Alves, j. 09.11.1993, v.u.). Porém, nos dois julgados tratava-se de pedidos de prisão preventiva, em que foram adotados como fundamentação os argumentos do Ministério Público no requerimento de prisão. Trata-se de hipótese em que é evidente que o Ministério Público atua como parte interessada e não como fiscal da lei.

(72) Em sentido contrário, admitindo tal possibilidade, cf.: Nery Junior, *Os princípios...*, p. 156-157.

(73) Taruffo. *La motivazione...*, p. 425, nota 224.

Por fim, uma outra hipótese que tem sido apontada pela doutrina como motivação *per relationem* é aquela em que o juiz faz remissão aos argumentos contidos em uma sentença pronunciada em um outro processo ou à "jurisprudência sobre a matéria" de que trata a argumentação.[74]

Se o juiz, na *ratio decidendi*, examinou e utilizou-se de argumentos próprios para fundamentação da decisão, mas apenas valeu-se da invocação da jurisprudência ou do *argumentum ex autoritate* como *obter dictum*, como argumento de reforço da eficácia persuasiva do discurso, não há qualquer vício ou ausência de motivação no julgado.[75] Também não há problema na invocação da jurisprudência visando caracterizar a expressão sintética de princípios gerais ou de premissas utilizadas pelo juiz na justificação do julgado.[76]

Porém, a motivação pela simples evocação da jurisprudência não pode ser aceita quando o juiz, ao invés de desenvolver uma motivação sua na própria sentença, limita-se a fazer referência a outras decisões ou a julgados ou súmulas dos tribunais superiores.[77] Em tal caso, não se pode, sequer, falar em motivação *per relationem*, havendo uma verdadeira ausência de motivação.

Trata-se, na verdade, de uma forma de escamoteamento da motivação, consistente em substituir aquela que deveria ser a motivação, como justificação lógico-jurídica da decisão, pela citação de máximas ou precedentes, eximido-se o julgador de um exame analítico da questão.[78] Além disso, muitas vezes a simples referência à jurisprudência não permite a análise da adequação do julgado invocado ao caso concreto, visto que não há como se confirmar se o substrato fático de ambas as decisões é exatamente o mesmo. Além disto, o emprego de tal técnica, sem maiores cuidados, impede que sejam consideradas as peculiaridades que cada caso concreto apresenta.

Essa última forma de motivação *per relationem* não atende, sequer, à finalidade endoprocessual da motivação. Mais evidente, ainda, que resta absolutamente impossibilitado qualquer controle popular sobre a prestação jurisdicional.

(74) Cf. Taruffo. *La motivazione...*, p. 426. Outros, contudo, preferem denominar essa hipótese em que há simples referência a atos produzidos em outro processo de motivação *aliundi*. Nesse último sentido, cf.: Cruz e Tucci, *A motivação...*, p. 18; e Tucci, *Direitos e garantias...*, p. 272-273. Na jurisprudência, considerando nula a sentença na qual a fundamentação se baseava em sentença proferida em outro processo: TRF 3.ª Reg., RSE 92.03.068125-6, 2.ª T., rel. Peixoto Júnior, j. 21.11.1995, v.u., *RT* 727/613; TRF 3.ª Reg., RSE 92.03.063590-4, 2.ª T., rel. Peixoto Júnior, j. 14.11.1995, v.u., *RT* 729/666.

(75) Cf. Taruffo. *La motivazione...*, p. 427.

(76) Idem, ibidem, p. 427-428.

(77) Taruffo. *La motivazione...*, p. 429. Como esclarece Cruz e Tucci (*A motivação...*, p. 18, nota 45), "não se entenda que o juiz fica obstado de referir-se à jurisprudência. O que certamente é vedado é a exclusiva alusão aos precedentes judiciários".

(78) Cf. Taruffo. *La motivazione...*, p. 429.

Em síntese, não se pode aceitar a motivação *per relationem*, tendo em vista que ela é insuficiente para atender às finalidades da garantia constitucional da motivação das decisões judiciais.

8. Conclusões

Diante de todas as questões suscitadas, podemos sumariar as seguintes conclusões:

A motivação das decisões judiciais é uma garantia constitucional que não vem sendo obedecida na prática. Além disso, há uma tendência de relevar verdadeiras ausências de motivação, que conduzem à nulidade do julgado, sob o pretexto de serem meras motivações sucintas, o que não afetaria a sua validade.

A motivação possui uma dupla finalidade. A função endoprocessual da motivação tem por destinatários as partes e os juízes dos tribunais, assegurando o conhecimento das razões de decidir, para permitir a impugnação da sentença. Porém, possui também a motivação uma finalidade extraprocessual, que tem como destinatário *quisque de populo*, visando a um controle democrático da atividade jurisdicional.

O vício de motivação não se caracteriza apenas pela ausência total de motivação. Além das hipóteses em que a sentença não contém qualquer motivação, existem os casos em que a sentença apresenta uma ausência parcial de motivação. Nem por isso a sentença deixará de ser nula.

A motivação contraditória impede que se conheçam as razões de decidir, pelo que deve ser considerada como motivação viciada e, portanto, nula. A motivação contraditória pode ser interna, quando há uma contradição lógica dos fundamentos entre si, ou externa, quando a antinomia ocorre entre os fundamentos e o dispositivo. Em qualquer caso, a sentença será nula.

A motivação implícita não pode ser aceita como motivação válida. Mesmo nos casos em que há uma relação de implicação necessária entre a questão implicante e a questão implicada, a motivação implícita apenas indica que a questão implicada não foi acolhida, mas não fornece as razões específicas desta rejeição. Além disso, não assegura que o juiz tenha levado em conta os argumentos defensivos apresentados pelo réu, o que implica a violação do direito à contraprova ou do próprio direito de defesa. Por fim, a motivação implícita não atende à finalidade endoprocessual de permitir o controle da decisão pelas partes, por meio da via recursal, nem o escopo extraprocessual da motivação, de assegurar o controle popular das decisões judiciais.

A motivação *per relationem* também não é uma forma de motivação válida. Mesmo nas hipóteses em que tem sido aceita tal forma de motivação, quando o acórdão se limita a confirmar a sentença impugnada, ou quando as razões de recurso são meras repetições de argumentos já utilizados nas alegações finais, tem sido exigido que o julgador analise todo os argumentos, ainda que venha a rejeitá-los. Todavia, mesmo nesses casos, embora a motivação *per relationem*

atenda à finalidade endoprocessual, não permite o controle popular da decisão, sendo inaceitável por violação da garantia constitucional em seu aspecto extraprocessual. Em nenhuma hipótese pode ser admitida a motivação *per relationem* quando a impugnação dirigir-se contra o método de valoração dos fatos ou das regras jurídicas empregados na sentença. Também não pode ser aceita quando o ato pretérito que irá integrar a motivação tenha sido realizado por uma das partes.

Bibiliografia

AMODIO, Ennio. "L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria". *Rivista di Diritto Processuale*, 1970.

———. "Motivazione della sentenza penale". *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1977. vol. XXVII.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito". *Temas de direito processual – Segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BELLAVISTA, Girolamo. "Contributo allo studio della patologia della motivazione della sentenza penale". *Studi sul processo penale*. Milano: Giuffrè, 1976. vol. IV.

———. "La sentenza suicida". *Studi sul processo penale*. Milano: Giuffrè, 1976. vol. IV.

———; TRANCHINA, Giovanni. *Lezione di diritto processuale penale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 1984.

BESSO, Chiara. *La sentenza civile inesistente*. Torino: Giappichelli, 1996.

BETTIOL, Giuseppe. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. Padova: Cedam, 1966.

CALAMANDREI, Piero. "La genesi logica dela sentenza civile". *Opera Giuridice*. Napoli: Morano, 1965. vol. I.

CARNELUTTI. Francesco. "Eccesso dal potere giuriziario per difetto di motivazione". *Rivista di Diritto Processuale*, 1947.

———. "Limites de la denuncia del *error in iudicando* en Corte de Casación". *Estudios de derecho procesal*. Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ejea, 1952. vol. II.

CAVALO, Vicenzo. *La sentenza penale*. Napoli: Jovene, 1936.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Riforme processuali e poteri del giudice*. Torino: Giappichelli, 1996.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

DE MARSICO, Alfredo. *Lezioni di diritto processuale penale*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1952.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 1999.

———; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1999.

FIX-ZAMUNDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*. México: Unam, 1974.

FOSCHINI, Gaetano. *Sistema del diritto processuale penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1968. vol. II.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

———; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1999.

GREVI, Vittorio. *Profili del nuovo codice di procedura penale*. Giovanni Conso e Vittorio Grevi (Org.). 4. ed. Padova: Cedam, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório, *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

———. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

———. *Processo constitucional em marcha*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

———; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1999.

ILLUMINATI, Giulio. *Profili del nuovo codice di procedura penale*. Giovanni Conso e Vittorio Grevi (Org.). 4. ed. Padova: Cedam, 1996.

LEONI, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1951.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1992.

PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. Padova: Cedam, 1975.

RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. Torino: Giappichelli, 1995.

SABATINI, Guglielmo. *Il Codice di Procedura Penale illustrato articolo per articolo*. Dir. Ugo Conti. Milano: Società Editrice Libraria, 1937. vol. III.

SIRACUSANO, Delfino. "Distinzioni in tema di motivazione difettosa", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1961.

———. "I provvedimenti penali e le motivazioni implicite, *per relationem* e sommarie". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1958.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

———. "L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo". *Rivista di Diritto Processuale*, 1974.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. vol. 2.

TRANCHINA, Giovanni; BELLAVISTA, Girolamo. *Lezione di diritto processuale penale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 1984.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione – Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VANNINI, Ottorino. *Manuale di diritto processuale penale italiano*. Milano: Giuffrè, 1946.

2.4

DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Dolo eventual e culpa consciente – 3. Da culpa consciente e do dolo eventual nos crimes de trânsito – 4. A relação de dolo eventual e culpa consciente na morte do índio Pataxó – Bibliografia.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo esclarecer quais as diferenças entre o dolo eventual e a culpa consciente, especialmente em face das inúmeras decisões recentes que entendem haver dolo eventual em alguns crimes de trânsito que produzem o resultado morte. O equacionamento das questões dogmáticas concernentes ao tráfego de veículos não pode permanecer vinculado aos interesses da mídia que fogem das questões específicas do direito.

Palavras-chave: Dolo eventual – Culpa consciente – Crimes de trânsito – Índio Pataxó.

1. Introdução

Questão das mais tormentosas é estabelecer a diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente, pois estes referem-se à natureza do elemento volitivo. Muito se tem discutido ultimamente sobre a questão. É necessário, portanto, e em primeiro lugar, distinguir a conduta dolosa da conduta culposa. Na primeira há a vontade de realizar o tipo penal; e na segunda há uma "conduta voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia com a devida atenção, ser evitado".[1]

É difícil demonstrar a estreita diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente, respectivas modalidades do gênero *dolo e culpa*, porque essas condutas são muito próximas. "A diferença entre condutas com culpa consciente e com dolo eventual é muito tênue, situando-se exclusivamente no interior da

(1) Júlio Fabbrini Mirabete. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1997. vol. 1, p. 141.

psiquê humana, na aceitação, ou não, do resultado, uma atitude puramente interna".[2] O que se verifica, portanto, é a existência de um traço característico comum ao dolo eventual e à culpa consciente. Nesses dois institutos há previsão de que o resultado antijurídico possa ocorrer.

A mídia nos dá, quase que diariamente, informações sobre pessoas em estado de embriaguez, ou participando de rachas que causam morte em pessoas inocentes. Em razão do elevado número de casos semelhantes, os jornais passaram a exigir punições mais duras, o que acabou fazendo com que os juristas fizessem uma reinterpretação dogmática dos dois institutos. Com muita propriedade, Alexandre Wunderlich destacou o absurdo jurídico de se confundirem duas figuras que, embora próximas, têm suas distinções pronunciadas. Para ele, "o dolo eventual nos crimes de trânsito é uma ficção jurídica utilizada fantasiosamente para compensar uma legislação inadequada e, assim, atender aos reclamos da mídia. Diga-se, ainda, que serve para acabar com aquilo que a mídia (odiosa imprensa leiga) e os profetas dos 'movimentos'', mais das vezes emulados pela mesquinhez de ideologias 'baratas', classificam de impunidade. Mas não se diga que, com base na teoria do delito, existe fundamento jurídico plausível e consolidado sobre a demarcação do conceito de dolo eventual, mormente, no sentido amplo, chegando a cogitar-se que o agente consinta com seu possível suicídio".[3]

A questão não é tão simples como parece, na arguta observação do ilustre Promotor de Justiça Rogério Greco, quando fala do uso do álcool no volante: "Nem todos os casos em que houver a fórmula embriaguez + velocidade excessiva haverá dolo eventual. Não se pode partir do princípio de que todos aqueles que dirigem embriagados e com velocidade excessiva não se importem de causar a morte ou mesmo lesões em outras pessoas".[4]

Não se justifica, como bem observa o ilustre Magistrado do TACrimSP, Dr. Carlos Biasotti, que para atender aos reclamos da mídia possa se "alterar a estrutura típica do delito; bastara aplicar ao infrator a pena segundo sua culpabilidade (que a pena, conforme o brocardo, deve corresponder à culpa, medindo-se pelo delito): se maior da marca a censurabilidade do procedimento do acusado, máxima houvera de ser sua reprimenda penal; se a conduta do réu for extremamente censurável, aplica-se a pena máxima do delito culposo, não se falando, nesse caso, em dolo eventual...".[5] Assim, necessário se faz, para uma abordagem mais precisa do tema, que façamos a diferenciação entre

(2) Ney Moura Teles. *Direito penal: parte geral I.* São Paulo: Ed. de Direito, 1996. p. 234.

(3) Alexandre Wunderlich. "Dolo eventual nos delitos de trânsito: uma tentativa frustrada", *RT* 576, out. 1998.

(4) Rogério Greco. *Direito penal.* Belo Horizonte: Cultura, 1998. vol. I, p. 180.

(5) Carlos Biasotti. "Morte no trânsito: homicídio doloso?", *Temas atuais de advocacia criminal.* São Paulo: Etna, 1996. p. 103.

dolo eventual e culpa consciente, tanto na doutrina estrangeira como na nacional. É o que faremos a seguir.

2. Dolo eventual e culpa consciente

A doutrina, de forma incisiva, diferencia o dolo eventual de culpa consciente. Na realidade, dentre as classes de dolo podemos citar outras classificações que contemplam, ao lado do dolo direto e do indireto (eventual), o dolo de conseqüências necessárias.

É direto o dolo em que o agente, consciente plenamente do fato que quer realizar, por sua vontade o realiza.

O dolo de conseqüências necessárias é aquele em que, ainda que não se tenha vontade plena de atingir determinado objetivo ao realizar a conduta, tem-se como certa e irremediável a ocorrência de um resultado, inicialmente não pretendido. Um exemplo, citado por Jiménez de Asúa, pode aclarar tal conduta. Um anarquista quer dar morte a um monarca detestável, que sempre viaja com seu secretário particular. Coloca uma bomba de grande calibre para matá-lo. Ela destrói o automóvel do monarca, matando-o e também ao secretário. A morte do motorista que dirige o veículo e do secretário, ainda que não queridas pelo anarquista, são necessárias para produção do resultado morte do monarca. Trata-se de um dolo de conseqüências necessárias.[6]

A terceira modalidade de dolo é a indireta ou eventual. Para nossa lei ocorre o dolo eventual quando o "agente assume o risco de produzir o resultado" (art. 18, I, última figura do CP). Podemos citar, basicamente, três teorias tradicionais sobre o tema. Pela teoria da *probabilidade*, devida a Sauer, existe dolo eventual quando ao agente se representa o resultado como provável. Para Mayer, mentor da teoria do *sentimento*, diz-se que há dolo eventual quando o sujeito tem um sentimento de indiferença com o resultado que se apresenta ao autor. Para Frank, defensor da teoria do *consentimento*, haverá dolo eventual quando ao agente se representa o resultado e ele o aceita.

Enrique Bacigalupo esclarece que a teoria com menos objeções é aquela que estima o dolo eventual quando o autor "toma seriamente em conta a possibilidade de lesão do bem jurídico, isto é, conta com ela e se conforma com a mesma".[7] Na esteira dessa idéia, que busca uma combinação de distintos princípios, podemos ver o pensamento de Claus Roxin, citando Schroeder: "o dolo eventual se dá quando o sujeito considera possível e aprova a realização do tipo, o considera provável e o afronta com indiferença".[8] Com igual projeção disserta Quintero

(6) Luís Jiménez de Asúa. *Princípios de derecho penal.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958. p. 366.

(7) Enrique Bacigalupo. *Princípios de derecho penal.* 3. ed. Madrid: Akal, 1994. p.136-137.

(8) Claus Roxin. *Derecho penal: parte general.* Madrid: Civitas, 1997, item 48.

Olivares ao dizer que o dolo eventual "constata uma consciência da possibilidade de um resultado como provável, em que pese tenha o autor atuado consentido-o ou sendo indiferente à produção de tal resultado".[9]

Como se vê das idéias acima expendidas, fazendo convergir diferentes teorias explicativas acerca do dolo eventual, os dois elementos intrínsecos ao dolo são também encontráveis no dolo eventual. Assim, ainda que se tenha uma intenção e uma vontade indiretas não se pode prescindir dos elementos cognitivo e volitivo. O dolo eventual, antes de ser eventual, é dolo! E como tal deve ser entendido. "O dolo eventual se integra assim pela vontade de realização concernente à ação típica (elemento volitivo do injusto da ação), pela consideração séria do risco de produção do resultado (fator intelectual do injusto da ação), e, em terceiro lugar, pelo conformar-se com a produção do resultado típico como fator da culpabilidade".[10]

Também a doutrina e a jurisprudência italianas, de forma quase unânime, vinculam a existência do dolo eventual à vontade do agente. Antonio Pagliaro afirma que "o dolo é indireto quando a vontade do agente não se dirige diretamente para o evento típico, mas o abraça como conseqüência necessária da conduta". E arremata: "o evento é querido, ainda que de um modo diverso de como é querido um evento diretamente intencional".[11] Fiandaca e Musco, da Universidade de Bolonha, têm igual pensamento: "A aceitação do risco se aproxima, em sede de valoração penalística, à verdadeira e própria volição do fato. E isso porque a aceitação do risco não se limita a uma aceitação do perigo como tal, mas se traduz ao fim de uma aceitação do próprio evento lesivo que pode verificar-se; em outros termos, o sujeito, decidindo agir ao custo de provocar o evento, acaba consentindo com o próprio evento".[12] Concorde com tal pensamento a jurisprudência do Tribunal Superior italiano, segundo o qual "O dolo eventual não é uma ficção jurídica, mas corresponde a uma realidade psicológica que assimila do dolo direto ou intencional a vinculação de que, sendo representadas as possíveis e ulteriores conseqüências da própria ação criminosa, continua a agir a custo de provocá-lo, aceitando o risco e transferindo à razão da vontade que era só uma previsão". (Cass. pen., sez. I de 23.09.1980, n. 9699, Milão).[13]

A teoria do dolo eventual deve manejar-se com sumo cuidado porque dela se diferencia a culpa consciente. A análise de seus elementos distintivos requer por parte do juiz um exame das representações e dos *motivos* que atuaram sobre a

(9) Gonzalo Quintero Olivares. *Curso de derecho penal: parte general (acorde con el nuevo Código Penal de 1995)*. Barcelona: Cedecs, 1996. p. 292.

(10) Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 1993. p. 270.

(11) Antonio Pagliaro. *Principi di diritto penale*. 5. ed. Milão: Giuffrè, 1996. p. 276.

(12) Giovani Fiandaca; Enzo Musco. *Diritto penale: parte generale*. 3. ed. Bolonha: Zanichelli, 1995. p. 323.

(13) Mario Abate. *Il codice penale*. Piacenza: La tribuna, 1990. p. 331.

psiquê do sujeito, obrigando ao intérprete e aplicador da lei a investigação dos mais recônditos elementos da alma humana. "Do dolo eventual se distingue a culpa consciente, na qual o réu age com a certeza que o evento previsto como possível não se realizará. Dessa situação não se pode imputar ao agente ter querido o resultado, mas tão-somente de ter-se comportado com imprudência: daí sua responsabilidade por culpa e não por dolo".[14]

Embora o dolo eventual guarde certa similitude com a culpa consciente há pontos de dissemelhança importantes. "Em ambos há a previsão do resultado antijurídico. Só que enquanto no dolo eventual o agente empresta anuência à realização do resultado, preferindo prosseguir na ação, embora arriscando-se a produzí-lo, na culpa consciente o agente não aceita a realização do evento: repele mentalmente o resultado previsto, agindo na esperança ou na persuasão de que o evento não irá verificar-se. Na culpa consciente há uma previsão negativa. O evento não se verificará. No dolo eventual, uma previsão positiva: é possível que se verifique o evento".[15] Na culpa consciente o que ocorre é um erro de cálculo, decorrente de uma falsa representação. No dolo eventual a decisão de agir é permeada pela vontade; uma decisão da vontade diante do evento previsto como possível e provável, ainda que indiferente. Nesse mesmo sentido a visão insuperável de Heleno Fragoso: "O dolo eventual aproxima-se da culpa consciente e dela se distingue porque nesta o agente, embora prevendo o resultado como possível ou provável, não o aceita nem consente. Não basta, portanto, a dúvida, ou seja, a incerteza a respeito de certo evento, sem implicação de natureza volitiva. O dolo eventual põe-se na perspectiva da vontade, e não da representação, pois esta última pode conduzir também a culpa consciente".[16]

Nélson Hungria, com a responsabilidade daquele que foi o principal responsável pelo Código Penal de 1940, marca a divisão correta entre o dolo eventual e culpa consciente: "Um motorista, dirigindo o seu carro em grande velocidade, já em atraso para atender ao compromisso de um encontro amoroso, divisa à sua frente um transeunte, que, à aproximação do veículo, fica atarantado e vacilante, sendo atropelado e morto. Evidentemente, o motorista previu a possibilidade do evento; mas, deixando de reduzir ou anulando a marcha do carro, teria aceito o risco de matar o transeunte, ou confiou em que este se desviasse a tempo de não ser alcançado? Na dúvida, a solução não pode ser outra senão do reconhecimento de um homicídio culposo (culpa consciente)".[17]

(14) Francesco Antolisei. *Manuale di diritto penale*. 30. ed. Milão: Giuffrè, 1994. p. 345.

(15) Paulo José Costa Jr. *Direito penal objetivo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 47.

(16) Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 173.

(17) Nélson Hungria. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1953. vol. 1, t. 2, p. 115.

Ressalte-se, outrossim, que a moderna teoria do crime, que busca no finalismo sua principal fonte de inspiração, pressupõe a ocorrência de um ato teleológico voltado à realização do tipo penal em momento antecedente à prática de atos executórios.

3. Da culpa consciente e do dolo eventual nos crimes de trânsito

Depois de uma longa tramitação legislativa foi finalmente aprovada uma nova lei de trânsito no Brasil; trata-se da Lei 9.503/97, o Código Brasileiro de Trânsito, como veio a ser chamado. Tal código introduziu novas figuras típicas, novas penas para figuras preexistentes (homicídio, lesões corporais, omissão de socorro etc.), novas formas punitivas e novos mecanismos procedimentais. Não obstante a crítica que a doutrina fez à nova legislação, não se pode deixar de tê-la em conta nas novas disciplinas que introduziu aos chamados crimes de trânsito, isto é, àqueles que se praticam decorrentes da circulação de veículos e pessoas pelas vias públicas.

Em se tratando de sucessão de leis, há que se ter em conta o princípio geral segundo o qual *tempus regit actum*, de tal forma que a lei posterior revoga a anterior sempre que houver uma relação de contrariedade entre ambas. No entanto, na esfera do direito penal, a regra geral do direito é excepcionada para se aplicar a chamada extra-atividade da lei mais benéfica. Tal exceção permite a retroatividade da *lex mitior* ou sua ultratividade, dependendo do caso. Determina o par. ún. do art. 2.º do Estatuto Repressivo:

"A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado."

Afere-se a benignidade, no caso concreto, confrontando-se as leis concorrentes, qualquer que seja o modo como o benefício tenha sido introduzido para o agente do delito. Segundo Magalhães Noronha, "mais benéfica será a lei que cominar pena de menor duração, de natureza menos grave, de efeitos mais aceitáveis etc., como também a que der ao delito configuração que favoreça o réu, tanto pela não incriminação do fato como por ver nele forma menos grave, outorgar-lhe circunstâncias minorativas da pena e dispuser processo mais favorável".

E mais adiante arremata: "Para resolver a questão de saber-se se a lei nova é mais favorável ao acusado do que a lei em vigor, no momento em que ele praticou a infração, deve-se fazer a comparação entre as duas leis, não *in abstracto* (*v.g.*, tomando em consideração sua tendência geral de serem mais ou menos severas), mas em relação ao indivíduo que se trata de julgar em concreto".[18]

A nova lei de trânsito criou crimes de perigo (abstrato ou concreto) e modificou outras condutas consideradas de dano (como no caso do homicídio). Segun-

(18) Magalhães Noronha. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 1, p. 78-79.

do Geraldo de Faria Lemos Pinheiro *et alii*, "no novo CTB existem seis delitos de perigo: arts. 304, 306, 308, 309, 310 e 311. Com exceção do primeiro (omissão de socorro), os demais, tendo em vista a técnica de tipificação adotada pelo legislador, são de perigo concreto indeterminado".[19]

A moderna teoria do direito penal concebe o delito de perigo como um reforço de tutela, uma espécie de antecipação preventiva, de modo a que se possa evitar a ocorrência de delito mais grave. No entanto, se esse dano vem a ocorrer deve-se pensar em absorção do perigo pelo dano. Com o novo Código, que majorou a pena para homicídio culposo (de um a três anos para dois a quatro anos), o legislador apontou um novo caminho de interpretação para a ocorrência de determinados crimes. Se houve, por exemplo, em caso hipotético, o crime de "racha", teria ele sido alcançado pelo dano causado pelo homicídio, na forma culposa. O crime com pena mais grave engloba aquele de pena menos grave. Assim, ainda que se reconhecesse a existência do "racha", em face do raciocínio acima desenvolvido, deve o juízo desclassificar o delito de homicídio doloso para homicídio culposo, por força do reconhecimento da *novatio legis in mellius*, à luz da nova sistemática adotada pela legislação de trânsito em vigor. Observe-se que sempre que a lei – *de qualquer modo* – favorecer o réu, há de ser considerada. A interpretação do Código de Trânsito há de ser intra-sistêmica, isto é, com os parâmetros lógicos de uma lei especial, que tem prevalência sobre a geral.

Esta tem sido a orientação de outros países que disciplinaram a circulação de veículos em lei especial. Da Espanha, por exemplo, há de se trazer à colação o pensamento da maior especialista na matéria daquele país, Pilar Gómez Pavón: "Colocado o problema do ponto de vista da progressão delitiva, os delitos de perigo estão pensados, em princípio, como um adiantamento das barreiras de proteção penal, tipificando uma série de condutas perigosas em si mesmas, mas que levam a um *plus* de risco, superior ao permitido, fazendo com que a ação resulte inadequada socialmente, sancionando-se a realização dessas condutas. Assim considerada a questão, parece lógico que o delito de perigo deva ceder ante o de lesão, que era o que se intentava evitar, aplicando-se somente quando a conduta não haja ultrapassado o estado de risco. Dessa forma o delito de perigo seria subsidiário do de lesão, que constituiria a lei principal".[20]

Ocorrendo a lesão corporal ou o homicídio, que poderão em diversas hipóteses ser considerados como cometidos em situação de dolo eventual, haverá a absorção desse delito de perigo pelo crime de dano concretamente verificado.

Ainda que o agente do delito reconheça o perigo de sua ação, ele não crê que possa causar nenhum dano concreto, pois confia em impedir a ocorrência de um resultado, por quaisquer motivos que sejam. "Se se aceitam estas afirmações, não

(19) Geraldo de Faria Lemos Pinheiro et alii. *Código de Trânsito Brasileiro sistematizado*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 170.

(20) Pilar Gomez Pavón. *El delito de conducción: bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1998. p. 194.

parece possível, na generalidade dos casos, falar de dolo eventual com respeito ao resultado".[21]

A inexistência de motivo e de vontade para o reconhecimento do dolo eventual nos crimes de trânsito justifica uma punição apenas a título de culpa. Jiménez de Asúa, em sua já citada obra, exemplifica com um delito automobilístico em que um homem dirige em grande velocidade seu carro e entra em ruas apinhadas de pessoas, vindo a atropelar alguém por confiar sinceramente que sua perícia vá impedir a ocorrência de um resultado lesivo. Quando um pedestre é atropelado e morre, o agente deve ser condenado por culpa com representação por que causou o fato sem ratificá-lo; ao contrário, com esperança de que sua perícia ou felicidade lograria impedir o resultado lesivo.[22]

Assim, podemos perceber que andar em excesso de velocidade causando a morte de outrem não caracteriza a conduta de homicídio doloso, por não ser possível imputar, a título de dolo eventual, a responsabilidade do evento, finalisticamente considerado.

Não se deve, sob a influência da pressão da mídia, reconhecer qualquer alteração na estrutura do delito, para mandar alguém a júri. Por mais grave que tenha sido a conduta culposa, não pode ela ser transformada em dolosa, sob pena de criarmos um direito penal do terror que venha a satisfazer interesses punitivos extra-autos. Ademais, como a avaliação distintiva entre dolo eventual e culpa consciente é de dificílima apreciação por jurados leigos e exige um deslinde puramente técnico, caberia ao juízo da pronúncia, nos exatos termos do art. 410 do CPP, sempre que houver casos semelhantes aos descritos, desclassificar o fato para o previsto no art. 121, § 3.º, do CP.

Ao emitir parecer sobre assunto semelhante, em caso muito rumoroso ocorrido em Brasília, o ex-Ministro do STJ, Francisco de Assis Toledo, afirmou sobre a matéria: "Por outro lado, transferir para o Júri a decisão sobre se a hipótese dos autos é de dolo eventual ou culpa consciente, em relação ao evento da morte, será (isto sim 'no mínimo') uma temeridade, ante as dificuldades óbvias de compreensão desses conceitos por parte de pessoas leigas. A matéria comporta-se, perfeitamente, no âmbito da sentença de impronúncia ou de desclassificação, nos expressos termos do art. 410 do CPP, *seja por inexistir dúvida razoável a respeito, seja por estar diretamente relacionada com a competência do juízo que deverá julgar o mérito da causa* (...)".[23]

No mesmo periódico acima citado, o Desembargador paulista Adauto Suannes, com o brilho que lhe é peculiar, assevera: "Assim, sabermos se um motorista que resolveu participar de um 'racha' assumiu antecipadamente a responsabilidade pelo evento morte ou se, confiando em perícia, esperava sinceramente que isso

(21) Op. cit., p. 155-156.

(22) Op. cit., p. 367-368.

(23) Francisco de Assis Toledo. "A morte do índio Pataxó". *Seleções Jurídicas Coad/ADV*, out. 1997, p. 12-133.

não viesse a ocorrer, é algo que somente será possível se conseguirmos penetrar em seu cérebro e retornarmos ao momento de sua deliberação". E arremata: "Como quer que seja, o que não faz o menor sentido é que uma questão complexíssima, como é a caracterização do dolo eventual seja submetida à apreciação de juízes leigos".[24]

A 1.ª Câm. do TJSP, em acórdão da lavra do eminente Des. Fortes Barbosa, de 20.05.1996, em RSE 203.910-3/4, decidiu acolher o recurso da defesa nos seguintes termos:

"No caso, emerge dos autos, de tal forma, a culpa *stricto sensu* que a submissão do réu a Júri por razões meramente exemplificativas soa a 'linchamento moral' e execração pública, que são incompatíveis com os limites do 'devido processo legal'.

É lamentável o sofrimento das vítimas, as quais, por via do art. 5.°, X, da CF, poderão processar civilmente o réu para a reparação do dano moral e material, mas não se pode por isso forçar situações típicas que de fato inocorreram."

Parece-nos, estreme de dúvidas, nessas hipóteses, que a melhor solução seria a aplicação do art. 410 do CPP, em que o juiz, discordando da capitulação dada na denúncia, remeteria o caso para o juízo competente para proferir decisão sobre a questão.

Note-se, por outro lado, que em caso de dúvida sobre a adoção de uma ou outra perspectiva, há de se adotar aquela mais favorável ao réu. O egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão da lavra do Des. Djalma Lofrano, assim decidiu sobre o assunto:

"... existe dolo eventual quando o autor não se tenha deixado dissuadir da execução do fato pela possibilidade próxima da ocorrência do resultado, e sua conduta justifique a assertiva de que ele, por causa do fim pretendido, se tenha conformado com o risco da realização do tipo, antes até concordado com a ocorrência do evento que renunciado à prática da ação" (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*); "... nos casos em que não se revele inequívoca a atitude psíquica do agente, ou se há irredutível dúvida, em face dos coligidos elementos de informação, sobre se houve, ou não, aceitação do risco (consentimento, aprovação, anuência, ratificação *ex ante* do resultado), a solução, de acordo com *in dubio pro reo,* deve ser no sentido de reconhecimento da culpa consciente, isto é, da hipótese mais favorável" (*RJTJSP* 89/385).

Em face da distinta tipologia criada pelo novo Código Brasileiro de Trânsito, caso houvesse o reconhecimento *evidente* do delito de "racha" dever-se-ia considerar a lei mais benéfica, no caso concreto. Esta deveria ser considerada dentro do pensamento do subsistema criado pela norma especial. Através dela, o delito de perigo ("racha") é absorvido pelo de dano (homicídio), o que de qualquer modo favoreceria o acusado, por ser a conduta menos grave que a prevista no art. 121, *caput*, do CP.

(24) Adauto Suannes, op. cit., p. 17-18.

4. A relação de dolo eventual e culpa consciente na morte do índio Pataxó

De extrema importância é analisar o dolo eventual e a culpa consciente no famoso caso do índio Pataxó, embora a conclusão final seja diversa.

O crime ocorreu em abril de 1997, enquanto o índio dormia em um ponto de ônibus, por volta das 5h30. Cinco jovens, entre eles um menor de idade, desceram de um veículo e jogaram líquido inflamável sobre seu corpo, ateando fogo logo em seguida. O crime foi tipificado pelo representante do Ministério Público como homicídio doloso contra a vida, duplamente qualificados pelos motivos fútil e cruel, estando incurso no art. 121, § 2.°, I e II. Ainda é indispensável frisar que a Lei 8.930/94 elevou esse tipo de crime à categoria de hediondo.

Apesar de todos os acusados alegarem que a intenção era de apenas fazer uma brincadeira, o menor confessou a compra de álcool em um posto de gasolina após terem avistado o índio dormindo no ponto de ônibus. Esta situação demonstra que houve um planejamento prévio do crime.

A situação em questão demonstra enfaticamente que os agentes assentiram no resultado morte, pois o fato de jogar líquido inflamável em uma pessoa e logo após atear fogo é anuir que um resultado mais grave que as simples lesões possa ocorrer. Independente de qualquer resultado os agentes agiram, demonstrando suas indiferenças com os resultados que pudessem advir dessa conduta.

Nesse sentido:

"Na hipótese de dolo eventual não é suficiente que o agente tenha se conduzido de maneira a assumir o risco de produzir o resultado: exige-se, mais, que ele tenha consentido no resultado" (TJSP, Recurso, rel. Hélio Arruda, *RT* 607/274).

A vontade da realização da conduta – atear fogo – está incluída naquilo que os agentes pretendiam alcançar, ou seja, nos seus objetivos. A vontade desses agentes estava dirigida para o resultado.

O que no mínimo pode-se perceber no caso em questão é que, ao praticar essa ação, esses adolescentes correram o risco de produzir tal resultado, que veio a se concretizar. É inadmissível que, ao jogar líquido inflamável e atear fogo em seguida em uma pessoa que estava dormindo, independentemente de ser um mendigo ou um índio, eles não previram o resultado morte.

É refutável aplicar a esse caso a culpa consciente, pois se assim fosse os agentes teriam apenas previsto o resultado morte, mas esperariam que este não viesse a ocorrer. Nesse sentir explica Cezar Roberto Bitencourt: "quando o agente, embora prevendo o resultado, espera sinceramente que este não se verifique, estar-se-á diante de culpa consciente, não de dolo eventual".[25] O que se verifica, na realidade, é que os adolescentes que atearam fogo no índio Galdino Jesus dos Santos tinham plena consciência do ato que estavam praticando e das conseqüên-

(25) Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: RT, 1997. p. 250-251.

cias que esse ato podia gerar. Se realmente eles quisessem apenas "brincar" com a vida de outrem, ao prever o resultado morte, eles não teriam praticado aquela conduta. Nunca é demais voltar às lições de Claus Roxin, sempre esclarecedoras: "O dolo eventual se dá quando o sujeito considera possível e aprova a realização do tipo, o considera provável e o afronta com indiferença".[26]

Adotando essa linha de raciocínio já se pronunciou a colenda 3.ª Câm. do TACrimSP:

"A maneira de agir do acusado, exteriorizada em atos, é que projeta o elemento moral do fato típico, de sorte a dar-lhe ou não a indispensável dolosidade. Responde pelas conseqüências quem age tendo necessariamente presente ao espírito a probabilidade de um resultado lesivo e a aceitação dessa conseqüência" (TACrimSP, AC, rel. Ralpho Wald – *JUTACRIM* 81/258).

Diante do acima exposto, pode-se perceber que a conduta premeditada pelos agentes visava o resultado, pois nem o mais leigo dos homens é capaz de acreditar que ao atear-se fogo em uma pessoa quer-se apenas lesá-lo. É certo que ao cometer o ato lesivo contra a vida do índio, de uma forma tão cruel, eles assentiram nas conseqüências. E frente à decisão do STJ, os acusados de queimar e matar o índio Pataxó foram pronunciados e julgados pela Vara do Tribunal do Júri do Distrito Federal.

Depois de quatro dias e mais de 60 horas de julgamento, no dia 10.11.2001, os quatro rapazes que colocaram fogo no índio Pataxó Galdino Jesus dos Santos foram condenados a 14 anos de reclusão em regime fechado. A Juíza Sandra de Santis, ao ler a sentença, reconheceu a existência do homicídio doloso, triplamente qualificado. Cinco dos sete jurados convenceram-se de que os acusados assumiram o risco de matar quando jogaram álcool e atearam fogo na vítima enquanto esta dormia na parada de ônibus de uma das principais avenidas de Brasília.

A tese da defesa acabou derrotada. Os advogados dos réus contrapunham ao homicídio qualificado feito pela Promotoria um crime menos grave: o de lesão corporal seguida de morte, com pena prevista de 4 a 12 anos. Uma vez aceita pelos jurados a tese de homicídio, a condenação com as qualificadoras foi conseqüência lógica. Os sete membros do júri popular consideraram que os rapazes agiram com motivo torpe (diversão), com requintes de crueldade (uso do fogo) e sem chance de defesa para a vítima (que estava dormindo).

Para definir a sentença, a Juíza Sandra de Santis levou em conta várias circunstâncias: que os jovens tiveram tempo de voltar atrás, não prestaram socorro à vítima e deixaram órfã a filha de Galdino. Ela poderia aplicar pena de 12 a 30 anos de reclusão. Estabeleceu a condenação em 15 anos. Reduziu um ano por considerar que os rapazes eram menores de 21 anos quando atearam o fogo na vítima e confessaram o crime, além de não terem personalidade "deturpada".

(26) Cf. nota 4, infra.

Bibliografia

ABATE, Mario. *Il Codice Penale*. Piacenza: La Tribuna, 1990.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*. 30. ed. Milão: Giuffrè, 1994.

BACIGALUPO, Enrique. *Princípios de derecho penal*. 3. ed. Madrid: Akal, 1994.

BIASOTTI, Carlos. "Morte no trânsito: Homicídio doloso?". *Temas atuais de advocacia criminal*. São Paulo: Etna, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: RT, 1997.

COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal objetivo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

FIANDACA, Giovani; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. 3. ed. Bolonha: Zanichelli, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GOMEZ PAVÓN, Pilar. *El delito de conducción: bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1998.

GRECO, Rogério. *Direito penal*. Belo Horizonte: Cultura, 1998. vol. I.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1953. vol. 1, t. 2.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *Princípios de derecho penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas,1997. vol. 1.

NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 1.

PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale*. 5. ed. Milão: Giuffrè, 1996.

PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos et alii. *Código de Trânsito Brasileiro sistematizado*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de derecho penal: parte general (acorde con el nuevo Código Penal de 1995)*. Barcelona: Cedecs, 1996.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997.

TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Ed. de Direito, 1996.

TOLEDO, Francisco de Assis. "A morte do índio Pataxó". *Seleções Jurídicas Coad/ADV*, out. 1997.

WUNDERLICH, Alexandre. "Dolo eventual nos delitos de trânsito: uma tentativa frustrada". *RT* 576, out. 1998.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

ANOTAÇÕES SOBRE ALGUNS ILÍCITOS NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Crime de violar a suspensão ou a proibição de obter a permissão ou a habilitação (art. 307 do CTB) – 3. Crime de dirigir sem a devida permissão ou habilitação (art. 309 do CTB) – 4. Embriaguez ao volante – 5. Participação em corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada (art. 308 do CTB).

Resumo: O autor examina alguns ilícitos no Código de Trânsito Brasileiro – CTB (Lei 9.503, de 23.09.1997).

Palavras-chave: Crime de trânsito – Art. 307 do CTB – Art. 309 do CTB – Art. 306 do CTB – Art. 308 do CTB.

1. Introdução

Como ensina Vicente Greco Filho: "As ocorrências de trânsito podem, cumulativamente, caracterizar ilícito administrativo, civil e penal. Uma infração no trânsito pode ser puramente administrativa, como, por exemplo, o estacionamento em local não permitido. Pode ser administrativo ou civil, como uma colisão decorrente de falta de atenção, mas sem vítimas, e pode ser administrativa, civil e penal se, na mesma hipótese, houver lesão corporal ou morte. Ainda que se possa atribuir à autoridade administrativa o mais importante papel na disciplina preventiva e repressiva dos acidentes (atendendo os três 'es': 'education', 'engeneering' e 'enforcement') é inegável que um mecanismo eficiente de repressão penal e uma atuação judicial igualmente eficaz na reparação civil em muito contribuiriam para colocar o problema dentro dos limites razoáveis" (*A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*, 1993, p. 72).

O Código de Trânsito Brasileiro, no art. 256, estabeleceu que "A autoridade de trânsito, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentro de sua circunscrição, deverá aplicar às infrações previstas as seguintes penalidades:

I – advertência por escrito (art. 267);

II – multa (art. 258);

III – suspensão do direito de dirigir (arts. 261, 265 e 293);

IV – apreensão do veículo (arts. 262 e 328);

V – cassação da Carteira Nacional de Habilitação (arts. 263 e 265);

VI – cassação da Permissão para dirigir (art. 264, vetado);

VII – freqüência obrigatória em curso de reciclagem (art. 268)".

As Resoluções 54/98 e 58/98 do Conselho Nacional de Trânsito – Contran tratam, respectivamente, da penalidade de suspensão (art. 261) e do curso de reciclagem (art. 268).

As penalidades administrativas mais importantes são:

1) Suspensão do direito de dirigir, nos casos indicados no Código com o prazo de um mês a um ano ou seis meses a dois anos, quando houver reincidência no período de 12 meses (art. 261) segundo critérios estabelecidos pelo Contran (Resolução 54/98).

2) Suspensão do direito de dirigir, quando o condutor atingir a contagem de 20 pontos (art. 261, § 1.°, c/c o art. 259).

A Carteira Nacional de Habilitação (CNH) será devolvida ao titular imediatamente após cumprida a penalidade de suspensão e terminado o curso de reciclagem (art. 261, § 2.°).

3) Cassação da Carteira Nacional de Habilitação – CNH (art. 256, V).

4) Cassação da Permissão para Dirigir, prevista no art. 264 e que pelo veto governamental tornou-se inaplicável. Depreende-se que a cassação da Permissão para Dirigir está contida nos itens do art. 263, já que ele se refere a documento de habilitação, abrangendo, portanto, a permissão, que tem o prazo fatal de um ano (art. 148, §§ 2.° e 3.°).

Na cassação da CNH a pessoa perde o direito de dirigir, e só poderá reabilitar-se dois anos após, submetendo-se a todas as etapas previstas no processo de primeira habilitação, na mesma categoria que possuía à época da cassação (art. 263 e Resolução 50/98, art. 33).

As infrações penais do Código de Trânsito brasileiro estão no Capítulo XIX, Seção II, esclarecendo o art. 291: "Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei 9.099, de 26.09.1995, no que couber".

A propósito, leia-se a exposição de Damásio E. de Jesus, na obra *Crimes de trânsito*, 4. ed., Saraiva, p. 39-46.

As penas estipuladas para os crimes dos arts. 302 a 312 são de detenção, suspensão ou proibição de se obter a Permissão para Dirigir ou a Habilitação (CNH) e multa, com alguma diferença, quando aplicada apenas a detenção ou a multa.

Considerem-se ainda as agravantes (art. 298) e os aumentos de um terço à metade das penas.

As penas de suspensão do condutor de veículo automotor, ou de proibição de obtenção da Permissão para Dirigir ou da Carteira Nacional de Habilitação são aplicadas pelo juiz criminal, com prazo de dois meses a cinco anos (art. 293), sempre com a comunicação, pela autoridade judiciária, ao Contran e ao órgão executivo do trânsito do Estado em que o indiciado ou réu for domiciliado ou residente (art. 295).

A pena de proibição é endereçada para aqueles que praticarem as infrações sem a documentação válida para dirigir veículos automotores, expedida regularmente pelos órgãos competentes, ou forem autores dos crimes previstos nos arts. 302, 303, 306 e 308, bem como tenham violado a suspensão ou a proibição anterior (art. 307).

Transitada em julgado a sentença condenatória, o réu será intimado a entregar à autoridade judiciária, em 48 horas, o documento, sob pena de incorrer no art. 307, par. ún., do CTB.

Referindo-se à intimação, adverte Luiz Flavio Gomes: "Essa intimação deve ser pessoal, porque dela derivam conseqüências penais relevantes" (v. art. 307). O prazo em horas conta-se minuto a minuto. É fundamental que no momento da intimação certifique-se a hora exata (hora e minuto). Se isso não acontecer, transforma-se o prazo em dias (em dois dias, mais precisamente). Em regra a intimação acontecerá "após o trânsito em julgado da sentença condenatória" (*Estudos de direito penal e processual penal*, 1. ed., 2. tir., RT, p. 21).

Para Arnaldo Rizzardo o não atendimento pode configurar o crime de desobediência (art. 330 do CP), sem prejuízo ainda de ensejar ao juiz, *ex officio*, ou a requerimento do Ministério Público, a determinação de busca e apreensão do documento (*Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*, 2 ed. RT, p. 758).

Parece-nos que tal entendimento é excessivo, pois a obrigação da entrega já está condicionada às penas do art. 307, conforme o seu parágrafo único. Quanto à busca e apreensão, de procedimento bastante complicado, poderá ser inócua, se o documento, por perda, destruição ou qualquer medida administrativa não estiver em poder do condenado. Será de sua obrigação, no entanto, até para livrar-se de eventual entendimento mais rigoroso do magistrado criminal, comunicar o que tenha sucedido com o documento.

2. Crime de violar a suspensão ou proibição de obter a permissão ou a habilitação (art. 307 do CTB)

O crime do art. 307 é punido com pena de detenção de seis meses a um ano e multa, com nova suspensão adicional de idêntico prazo de suspensão ou de proibição.

Conforme Damásio E. de Jesus, a objetividade jurídica é para proteger o normal desenvolvimento da Administração Pública, no sentido de fazer cumprir a decisão judicial ou administrativa que impôs pena criminal ou administrativa. A conduta típica consiste em dirigir veículo automotor, não obstante proibido de

fazê-lo por decisão judicial ou administrativa, sendo imprescindível o trânsito em julgado da decisão (*Crimes de trânsito*, 4. ed. Saraiva, p. 181).

Contrariando opinião de Rizzardo (op. cit., p. 788) e de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes (*Crimes de trânsito*, RT, 1998, p. 228) entendem Ariosvaldo de Campos Pires e Sheila Jorge Selim de Sales (*Crimes de trânsito*, Del Rey, 1998, p. 225), bem como Norberto de Almeida Carride (*Código de Trânsito anotado*, Noralca, 2000, p. 414, item 307:5) que a decisão violada pode ser judicial ou administrativa.

Note-se que o legislador deixou claro que a violação é de penalidade imposta com fundamento "neste Código", ou seja, com fundamento administrativo ou judicial.

Segundo Fernando Fukassawa "Não se trata propriamente de crime de trânsito. Este tipo incriminador é especial em relação ao art. 359 do CP que dispõe sobre o crime denominado 'desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito'. Trata-se de crime contra a Administração da Justiça interessada no exato cumprimento das determinações dela emanadas e, no caso, diretamente de sentença proferida em processo por crime de trânsito que impõe a pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor" (Oliveira Mendes, *Crimes de trânsito*, 1998, p. 160).

Consoante lição de Ariosvaldo Pires e Sheila de Sales, "Não importa se a suspensão ou proibição tenha sido decretada como medida cautelar, a teor do art. 294 do Código de Trânsito, como pena criminal em razão de infração penal prevista no art. 256, III (suspensão do direito de dirigir) do Código de Trânsito. Imprescindível, entretanto, que a imposição descumprida tenha sido imposta com fundamento no Código de Trânsito. Assim, não configura o crime a transgressão da proibição para dirigir esteada no art. 92, III, do Código Penal, que é um dos efeitos (não automáticos) da condenação" (op. cit., p. 226-227).

Se o indivíduo estava com o direito de dirigir suspenso, isto é, ficara impedido de dirigir por decisão administrativa ou judicial, ou se dolosamente procurou obter outro documento em repartição de trânsito fora de sua jurisdição domiciliar, ele será condenado à pena de seis meses a um ano de detenção e multa com nova imposição adicional de idêntico prazo de suspensão ou de proibição.

O crime do art. 307, não obstante entendimento contrário de respeitados autores, não pode ser igualado com os crimes dos arts. 306, 308, 309 e 311 do Código, que exigem exposição a dano potencial à incolumidade de outrem, dano potencial à incolumidade pública ou privada, ou geração de perigo de dano.

Violar significa infringir, transgredir (*Aurélio*), infringir leis, deveres, estatutos (*Silveira Bueno*), desrespeitar uma norma (*Houaiss*).

Assim, segundo nos parece, aquele que teve suspenso o seu direito de dirigir, com fundamento no CTB, conquanto possa ter em seu poder a Permissão ou a Carteira Nacional de Habilitação, em virtude de não ter sido recolhido o documento pela autoridade competente (art. 261, § 2.º), ao dirigir está seguramente

violando a suspensão e, como tal, sujeito às penas do art. 307, além de sofrer a cassação do documento, no teor do art. 263, I, do CTB.

Aliás, se condenado por infração do art. 307, também será cassado o seu documento, nos termos do art. 263, III, do mesmo estatuto.

Resolvida que ficou a controvérsia jurisprudencial sobre a derrogação do art. 32 da Lei das Contravenções Penais (STF, 1.ª T., RO em HC 80.362-8-SP), passamos a sustentar que a pessoa que dirige um veículo automotor, estando com o seu direito de dirigir suspenso, pratica um crime que substitui o tipo de contravenção do art. 32.

Ariosvaldo de Campos Pires e Sheila Jorge Selim de Sales entendem que "A ação consiste em descumprir a suspensão ou proibição imposta em decisão administrativa ou judicial. O núcleo do tipo é *violar*, empregado na disposição legal com o significado de infringir, transgredir. A transgressão refere-se à suspensão de permissão ou habilitação para dirigir veículo ou, ainda, à proibição de obter-se a permissão ou a habilitação para dirigir veículo. [...] Não se configura o crime quando o sujeito tem sua permissão ou habilitação para dirigir cassada, sanção administrativa prevista no art. 256, V e VI, do Código de Trânsito. Neste caso, haverá o ilícito penal previsto no art. 309 (direção não autorizada)" (op. cit., p. 226).

3. Crime de dirigir sem a devida permissão ou habilitação (art. 309 do CTB)

O art. 309 tipifica o crime de dirigir sem a devida Permissão ou Habilitação (isto é, sem o documento expedido regularmente pela repartição de trânsito competente – art. 148, §§ 2.º e 3.º), devendo ainda ser observado que a validade da CNH está condicionada ao prazo de vigência do exame de aptidão física e mental (arts. 147, § 2.º, e 159, § 10).

Quanto à CNH cassada, é evidente que nenhum valor terá, e por mais razão a pessoa fica impedida de dirigir veículo automotor.

Consoante lição da jurisprudência portuguesa, que bem se aplica ao Brasil, o ato de dirigir sem Permissão ou Habilitação faz presumir a impreparação e a ignorância bem revelada das regras de trânsito do Código da Estrada. Só a autorização legal de conduzir faz presumir a existência de conhecimentos bastantes que, a existirem, teriam de ser demonstrados pelo réu. (Antonio Serra Amaral. *Código da Estrada anotado e comentado*. Almedina, 1995. p. 135).

Damásio E. de Jesus, analisando o art. 309, escreveu: "Não basta a simples conduta de dirigir veículo sem habilitação legal para aperfeiçoar o crime. Exige-se que o motorista dirija o veículo sem habilitação e de forma anormal (fazendo ziguezague, fechando outros veículos, 'aos trancos e barrancos', aos solavancos, invadindo cruzamento, subindo com o veículo na calçada, avançando o sinal vermelho, ultrapassando pela direita, na contramão de direção, abalroando veículos etc.)" (op. cit., p. 203).

A propósito do método do legislador, quando aplicou os verbos dirigir, conduzir e trafegar (arts. 307, 306 e 311) com muita propriedade escreveu Fernando

Fukassawa: "Não obstante a riqueza, essa variação de verbos não era necessária e nem conveniente na melhor técnica da feitura de leis, exatamente para não gerar distorções ou interpretações equívocas. Mas tudo quer dizer a mesma coisa; talvez nem tanto 'trafegar', porque quem trafega é o próprio veículo e não o seu condutor" (op. cit., p. 170).

4. Embriaguez ao volante

A embriaguez ao volante, tipificada como dirigir sob a influência do álcool ou de qualquer substância entorpecente, está colocada tanto nos arts. 165, 276 e 277 do CTB (infração administrativa) como no art. 306 (crime).

É um dos temas mais tormentosos do trânsito de veículos na via pública.

O Código adota medidas severas para a conduta de dirigir sob a influência de álcool, estabelecendo que a concentração de seis decigramas por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor (art. 276).

Dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, caracteriza a infração administrativa, considerada gravíssima e com pena de multa agravada cinco vezes, além de suspensão do direito de dirigir. Cabe ainda a retenção do veículo e recolhimento do documento de habilitação (art. 165).

Note-se a divergência entre os arts. 276 e 165; no primeiro caso o legislador estimou a concentração em seis decigramas, para comprovação do impedimento para dirigir, enquanto o art. 165 se refere a *nível superior* a seis decigramas. Se a interpretação do texto for literal, teremos que admitir que somente quando o nível for superior é que estaria configurada a infração. Este é o entendimento de Ariosvaldo Pires e Sheila de Sales quando tratam do grau de alcoolismo previsto no Código, pois afirmam: "A teor do disposto no art. 276 do Código de Trânsito, seria a de nível superior a seis decigramas por litro de sangue, o que equivale a dizer: se alguém estiver dirigindo em estado alcoólico em grau inferior a seis decigramas, o fato é atípico" (op. cit., p. 220).

O legislador atribuiu ao Contran estipular os índices equivalentes para os demais testes de alcoolemia (art. 276, par. ún.). O órgão cumpriu a missão na Resolução 81/98, reiterando inclusive que a comprovação terá efeitos quando os limites forem excedidos, isto é, quando o nível for superior a seis decigramas. A expressão "haver excedido" indica portanto que o órgão normativo de trânsito admite que o limite tolerado é de seis decigramas de álcool.

Nossa opinião, entretanto, acompanha a redação do art. 276, ou seja, a concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor. Ao que tudo indica, os tribunais serão chamados para decidir os casos concretos.

Como o legislador estabeleceu que a concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor (art. 276), *a contrario sensu* é de se admitir que em quantidade

inferior poderá ocorrer a direção, ainda que se perceba a influência do álcool mediante os sinais convencionais da medicina legal.

A comprovação da embriaguez é feita mediante testes com aparelhos de ar alveolar (bafômetros, etilômetros e etilotestes), pela análise do sangue ou da urina e pelo exame clínico com laudo conclusivo (Resolução 81/98 do Contran). A maioria dos doutrinadores (com a nossa adesão) entende não poderem ser adotados os exames de ar expirado, sangue e urina, contra a vontade do condutor, pelo princípio constitucional da não incriminação, e em especial pelo disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) – Pacto de São José da Costa Rica – e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948). A propósito, transcrevemos a respeito em nosso *Código de Trânsito Brasileiro interpretado*, 2. ed. p. 308-324.

Pretendeu-se, na elaboração do CTB, que a recusa em submeter-se ao exame para dosagem alcoólica seria considerada infração penal. Alguns autores entendem que ocorre o crime de desobediência (art. 330 do CP).

Ruy Carlos de Barros Monteiro, com a experiência de ter assessorado o relator do Código no Senado, escreveu: "Uma das principais posições assumidas no Substitutivo do Senado Federal – e que acabou prevalecendo – consistiu na supressão da incriminação da recusa do condutor de veículo a submeter-se à perícia ou exame clínico, projetada pela Comissão Especial da Câmara de Deputados, mercê do convencimento de ser irrefutável a eiva de inconstitucionalidade que lhe fora imputada por Vicente Greco Filho, Rogério Greco e Damásio E. de Jesus" (*Crimes de trânsito*, Juarez de Oliveira, 1999, p. 223).

Na legislação estrangeira (Espanha e Portugal) a recusa a exame foi criminalizada, com pena de prisão ou de multa.

A embriaguez pode ser comprovada pelo exame clínico, mediante laudo conclusivo, mas é certo que mesmo diante da afirmação do perito médico não pode ser configurada a infração administrativa, pois o examinador não tem condições para estabelecer – sem recursos técnicos – qual o nível encontrado. Sucede, então, a impraticabilidade de punição administrativa para o condutor embriagado que se recuse ao exame com os equipamentos disponíveis homologados pelo Contran (Resolução 81/98).

O legislador do Código, ao tratar do crime de trânsito por embriaguez ao volante, fê-lo no art. 306, com o seguinte texto: "Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem". Segundo Ariosvaldo Pires e Sheila de Sales, no léxico significa "a outra pessoa ou as outras pessoas" (op. cit., p. 217).

Diferentemente do que ocorre com o preceito administrativo, que estabeleceu o índice de embriaguez para o impedimento de conduzir veículo automotor, para o crime tanto basta que o condutor esteja sob a influência de álcool ou de substância de efeitos análogos.

Como lecionam C. Ganzenmüller, J. F. Escudero e J. Frigola, a efetiva periculosidade da conduta depende não só do grau de ingestão de drogas ou do grau

de concentração alcoólica, senão de múltiplos fatores: fundamentalmente, as características somáticas da pessoa e seu grau de tolerância ao álcool, das possíveis interações com outras substâncias e de fatores circunstanciais da condução: tipo e estado da via, visibilidade, densidade do tráfego, velocidade, circunstâncias meteorológicas etc. (*Delitos contra la seguridad del tráfico*, Borsoi, 1997, p. 61).

Pilar Gómez Pavón, em sua obra *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas,* esclarece o que entende por essa influência: "Pensamos que lo decisivo no debe ser que ésta se evidencie a través de la conducción ni, por supuesto, que el análisis arroje un determinado grado de impregnación alcohólica; habrá que estar a los efectos que la ingesta ha producido sobre un determinado organismo humano. Por tanto, desde un punto de vista penal, debemos rechazar la fijación de una tasa de alcoholemia, ya que la ley no lo exige. El decidir cuándo una persona está influenciada por tales sustancias, se deberá poner en relación con el bien jurídico protegido por el precepto. Solo aquella influencia que sea susceptible de atacar ese bien jurídico podrá considerarse incursa en el art. 379. Si aceptamos en este punto que dicho bien jurídico es la seguridad del tráfico, como una parcela de la seguridad colectiva, diremos que se encuentra influenciado por el alcohol, drogas tóxicas o estupefacientes, todo conductor que, como consecuencia de la ingestión de tales sustancias sufre unos efectos que pueden poner en peligro dicha seguridad, quebrantando el principio de conducción dirigida y de la confianza que deben imperar en el tráfico rodado, aunque que en ese momento preciso no represente ningún peligro concreto" (3. ed., Bosch, 1998, p. 52).

Guilherme de Souza Nucci, na obra *Crimes de trânsito,* afirmou: "Por outro lado, ao dizer que o condutor precisa estar sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, não exigiu o estado de embriaguez. Portanto, qualquer que seja a quantidade de álcool encontrada no organismo do agente, pode permitir que ele cometa o delito previsto no art. 306. Mesmo estando abaixo do limite permitido pelo próprio Código de Trânsito (seis decigramas de álcool por litro de sangue), é capaz de estar influenciado pela substância entorpecente, gerando perigo de dano na direção de veículo" (São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999, p. 43).

O respeitado autor Damásio E. de Jesus cuidou da natureza jurídica do crime de embriaguez ao volante, afirmando existirem três posições, que examinou com citações dos seus seguidores (op. cit., p. 165). Pela posição adotada pelo ilustre professor, os delitos de trânsito, salvo alguns, como o homicídio e a lesão corporal, são crimes de lesão e de mera conduta (ou de simples atividade).

Este também é o entendimento de Rui Stoco (*Bol. IBCCrim* 61), que afirmou: "o ato de dirigir embriagado subentende o perigo de dano, não cabendo exigir sua comprovação, pena de, em casos tais, imperar a impunidade".

5. Participação de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada (art. 308 do CTB)

Segundo exige o art. 308 do CTB, a promoção ou participação de competição esportiva na via pública exige a permissão da autoridade de trânsito com-

petente, definida no Código como o dirigente máximo de órgão ou entidade executivo do Sistema Nacional de Trânsito ou pessoa por ele expressamente credenciada (Anexo I).

Competição, segundo *Aurélio*, é a busca simultânea, por dois ou mais indivíduos, de uma vantagem, uma vitória, um prêmio etc. É também luta, desafio, disputa, rivalidade. Competidor é o antagonista, rival, êmulo. Competição esportiva, portanto, é aquela prática profissional ou amadora de exercícios visando um resultado, sujeitos a regras próprias.

A permissão da autoridade de trânsito não é um ato discricionário do administrador, mas sim um ato vinculado, pois obrigatoriamente devem ser satisfeitas as exigências legais e regulamentares para as provas dessa natureza. Além disso, a autoridade está obrigada a tomar as medidas de segurança cabíveis, respeitando, principalmente, o interesse público.

Na parte administrativa do Código estão previstas as figuras do promotor e do participante da competição (art. 174), o que não acontece com a figura criminosa que atenta somente para o participante como agente ativo.

Sobre o crime previsto no art. 308 é necessário analisar o que o legislador entendeu ao usar a expressão "competição automobilística". Isso pode ser feito com o ensinamento do saudoso José Frederico Marques. Para o jurista o crime automobilístico é expressão genérica que abrange não só o automóvel como qualquer outro veículo motorizado; pois já Gregório Garcia Seabra Junior, em seu livro sobre acidentes de automóveis, explicava, com muito acerto, que no vocábulo automóvel estavam contidos todos os veículos acionados por meio de motor mecânico (*Tratado de direito penal*, Saraiva, 1961, p. 249).

O art. 308 abrange a corrida e a disputa, que seriam o "racha" ou o "pega", envolvendo dois ou mais motoristas, mas nem sempre com promotores, como são referidos no art. 174. Há que considerar ainda a infração administrativa prevista no art. 175, quando o condutor solitário utiliza-se de veículo na via pública para exibir manobra perigosa, arrancada brusca, derrapagem ou frenagem com arrastamento de pneus.

O ilícito do art. 308 foi introduzido pelo Substitutivo do Senado Federal, com a configuração dependente de dano potencial à incolumidade pública ou privada. Anteriormente já se pretendera adotar tipo semelhante com o título "perigo resultante de violação de regra de trânsito" (art. 288 do CP de 1969 e art. 18 do Anteprojeto da OAB, cujo relator foi Heleno Cláudio Fragoso – *Revista de Direito Penal* 7/8, 1972, p. 171).

A propósito, leia-se "Os ilícitos penais do trânsito e sua repressão", de Fragoso, na revista citada, p. 7.

É significativa, também, a colaboração de Luiz Flávio Gomes, no Fórum Nacional de Debates sobre o Código de Trânsito Brasileiro ("Onde está o delito de 'racha'"?), mencionada por Ruy Carlos de Barros Monteiro, na obra citada, p. 231.

Lembra Mauricio Antonio Ribeiro Lopes que, "Embora não esteja expresso no tipo legal, soa lógico que seja crime a envolver necessariamente o concurso de

agentes, posto ser impossível a corrida (que envolve a idéia de disputa), como aquela própria ou a competição, sem que exista, ao menos, um outro condutor. O verbo *participar* é aqui empregado no sentido genérico de tomar parte de alguma coisa. Realiza o tipo em questão aquele que participar de corrida, disputa ou competição automobilística, vale dizer, nelas concorrer dirigindo um veículo automotor. O crime é, pois, de concurso necessário, posto que não há possibilidade de participar sozinho na realização das condutas incriminadas" (*Crimes de trânsito*, RT, 1998, p. 231).

Segundo Arnaldo Rizzardo: "Envolvido menor na direção, como freqüentemente acontece, além da infração administrativa materializa-se ato infracional, com aplicação da Lei 8.069, de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), encaminhando-se o adolescente ao juizado, para as devidas providências" (op. cit., p. 792).

Alguns autores admitem ser possível a tentativa, quando condutores são surpreendidos "roncando" os motores para a largada da "prova". No nosso entender não seria caso de configuração do crime tentado, não obstante a razoabilidade do argumento.

4. INFÂNCIA E JUVENTUDE

4.1

ADOLESCENTES SUSPEITOS OU ACUSADOS DA AUTORIA DE ATOS INFRACIONAIS EM SÃO PAULO.
Convênio Ilanud/Febem-SP/PAJ – Infância e Juventude

ELOÍSA MACHADO DE ALMEIDA
ALEXANDRE HOJDA
KARYNA SPOSATO
TULIO KAHN

SUMÁRIO: 1. Apresentação – 2. Introdução – 3. Observações metodológicas – 4. Perfil da amostra – 5. Cruzamentos do ato infracional por idade, gênero, freqüência escolar, escolaridade, trabalho e uso de drogas: 5.1 Ato infracional consumado ou tentado/individual ou grupal; 5.2 Ato infracional por idade; 5.3 Ato infracional cruzado por gênero; 5.4 Ato infracional cruzado com freqüência escolar; 5.5 Ato infracional com medida sócio-educativa anterior/antecedentes; 5.6 Ato infracional cruzado com o uso de drogas; 5.7 Ato infracional cruzado com liberação ou não-liberação na delegacia – 6. Os não liberados – 7. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: A pesquisa resultou de dois programas desenvolvidos pelo Ilanud/Brasil, por ocasião de convênio firmado com a Febem/SP e a Procuradoria de Assistência Judiciária – Seção Infância e Juventude no ano de 2000, para a ampliação da prestação de defesa técnica aos adolescentes em conflito com a lei na capital.

Entre outras conclusões, a pesquisa revelou o perfil do adolescente de forma mais abrangente, justamente por privilegiar uma amostra diferenciada daquelas que comumente se concentram em jovens privados de liberdade.

Demonstrou também grande distanciamento entre a previsão legal, constante na Lei 8.069/90, vigente há 11 anos e a prática das instituições encarregadas por sua aplicação, especialmente no que diz respeito à atuação da polícia civil e das delegacias de polícia, incumbidas de decidir o recolhimento de muitos adolescentes na Unidade de Atendimento Inicial da Febem/SP, complexo Brás, na fase de apuração de ato infracional.

Palavras-chave: Adolescente em conflito, com a lei – Apuração de ato infracional – Recolhimento/detenção de adolescentes – Unidade de atendimento inicial – Estatuto da Criança e do Adolescente.

1. Apresentação

A presente pesquisa realizada pelo Ilanud/Brasil é resultado de uma das iniciativas de intervenção desenvolvidas pelo Instituto, a partir de junho de 2000, especificamente os convênios denominados Atendimento Inicial e Defensor ao seu Lado – Garantia de Defesa ao Adolescente.[1]

Esses Convênios, firmados pelo Ilanud e pela Febem/SP com o apoio e supervisão da Procuradoria de Assistência Judiciária da Infância e Juventude, tiveram por objetivo ampliar a defesa técnica prestada pela PAJ – Infância e Juventude aos adolescentes acusados da autoria de atos infracionais e também já em cumprimento de medida sócio-educativa de internação.

Ambos os Programas, na fase de conhecimento e de execução de medida, contaram com a participação de uma equipe de estudantes de direito e advogados recém-formados que entrevistavam os adolescentes e colhiam as informações mais relevantes para a sua defesa. O papel dos estagiários era prestar as primeiras orientações jurídicas aos adolescentes e suas famílias, de modo que compreendessem os procedimentos aos quais seriam submetidos ao longo de todo processo sócio-educativo.

E importante ressaltar que, especialmente na fase de conhecimento (de atribuição da autoria de ato infracional), em geral o adolescente e seus familiares não têm compreensão exata dos atos que são realizados e por vezes não distinguem o defensor do promotor de justiça e do juiz. Interagem com o sistema de justiça de forma passiva, o que prejudica demasiadamente sua defesa.

Os estudantes de direito, neste sentido, não só cumpriam a tarefa de levantar informações importantes para a defesa, sobre o jovem acusado, mas também de esclarecer a ele os procedimentos judiciais aos quais seria submetido, garantindo o cumprimento de seus direitos assegurados nos art. 106, par. ún., e 111 do ECA e no art. 5.°, LV e LXIII, da CF. Respectivamente, o direito de ser informado acerca de seus direitos e ter igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa.

O Programa Atendimento Inicial – Garantia de Defesa ao Adolescente referia-se justamente à *fase processual de conhecimento*, ou seja, antes do proferimento da sentença.

Neste caso além da equipe jurídica, contava com uma *ação interdisciplinar*, integrando as áreas de *Direito, Educação Social e Psicologia.*

Os integrantes da área jurídica faziam o primeiro atendimento, anterior à oitiva informal prevista no art. 179 do ECA. Após a oitiva, e sempre em consonância com os Procuradores do Estado que realizam a defesa técnica, acrescia-se à atuação jurídica as da Educação Social e Psicologia.

(1) As equipes de trabalho que atuaram nos Programas eram formadas por estudantes e/ou recém formados que foram contratados pelo Ilanud, por intermédio de um concurso de seleção. Hoje fazem parte da Associação "Olha o Menino".

As equipes atendiam, portanto, os adolescentes apreendidos pela polícia e encaminhados para a Unidade de Atendimento Inicial da Febem e também aqueles liberados na delegacia que se apresentavam para a oitiva informal no Fórum da Infância e Juventude.

Esta diversidade entre os adolescentes refletia, muitas vezes, a diversidade dos critérios que determinaram a liberação ou não do adolescente, mesmo quando da prática dos mesmos atos infracionais.

De outro lado, as entrevistas pessoais favoreciam uma riqueza de informações sobre estes adolescentes que ingressavam no sistema de justiça, possibilitando a construção de um perfil mais realista destes jovens que são identificados como "infratores" não só pelo sistema de justiça e atendimento, mas também pela opinião pública.

Estas razões levaram à realização da pesquisa, a partir dos dados colhidos nas fichas de atendimento da equipe jurídica. O que significa que nosso instrumental era no primeiro momento destinado à defesa do adolescente, mas devido à sua abrangência, poderia constituir fonte de pesquisa e diagnóstico desta realidade.

Os dados que ora apresentamos referem-se ao período de junho de 2000 e abril de 2001, ou seja, 10 meses aproximadamente, e representam um universo de 2.100 adolescentes que foram acusados da prática de atos infracionais no referido período. Em média, o Programa Atendimento Inicial atendia 80% dos adolescentes nestas condições por mês, o que significa 80% dos adolescentes recolhidos à UAI ou encaminhados ao Fórum da Infância e Juventude.

Assim sendo, a pesquisa surgiu como um subproduto da intervenção voltada à defesa técnica dos adolescentes, mas não deixa de consistir em outro mecanismo que busca a mesma finalidade. Ao romper com mitos sobre a gravidade dos crimes praticados por adolescentes, e demonstrar que nossas instituições de controle social, especialmente a polícia e as delegacias, estão pouco familiarizadas com o Estatuto da Criança e do Adolescente, novos elementos constelam-se como importantes e fundamentais na tarefa de ampliar e consolidar o respeito à lei.

2. Introdução

Grande parte das pesquisas feitas com infratores – adultos ou juvenis – toma como base a população encarcerada, ou já em privação de liberdade, o que significa que as informações referem-se, na maioria das vezes, à última etapa do sistema formal e oficial da justiça criminal. Vale ressaltar que o sistema formal de justiça penal exerce seu controle inicialmente sobre aqueles considerados suspeitos e que são apreendidos pela polícia – as etapas seguintes correspondem à atuação do Ministério Público, do Judiciário e do Sistema Prisional ou de execução de medidas sócio-educativas. Na medida em que cada um destes atores entra em cena, as amostras tornam-se mais reduzidas.

Ocorre que o perfil criminal dos infratores não se mantém inalterado entre as etapas: sabe-se que, quanto mais caminhamos no funil punitivo, maior a repre-

sentação dos crimes violentos no universo. Por vezes, quando os crimes violentos são praticados por categorias específicas de infratores – em termos de nível sócio-econômico, gênero, cor e idade, entre outras –, maiores as diferenças entre as etapas iniciais e finais no sistema de justiça criminal.

Assim, por exemplo, na análise comparada que fizemos em 1998 dos perfis dos prestadores de serviço à comunidade, em contraste com os condenados a penas de prisão em regime fechado, constatamos que entre os primeiros é maior a proporção de mulheres, brancos, pessoas de maior escolaridade e nível social. Em outras palavras, quando concentramos nossa atenção apenas naqueles que constituem a clientela das prisões em regime fechado, produzimos uma imagem enviesada do universo dos infratores, uma vez que estamos lidando com uma parcela de infratores mais violentos e reincidentes (Kahn, 1998).

A rigor, são as pesquisas do tipo *self report* crimes as mais apropriadas para um levantamento de perfil do infrator, uma vez que as informações sobre contravenções e delitos são passadas pelos próprios autores, sem a interveniência dos "filtros seletivos" da polícia, do Ministério Público e do Judiciário. Freqüentemente os registros oficiais refletem os preconceitos do sistema de justiça criminal com relação a certos grupos, como negros, moradores de rua, moradores da periferia e do sexo masculino e até mesmo adolescentes em situação de risco. As infrações cometidas por mulheres, brancas e dos bairros abastados, por outro lado, tendem a ser, no outro extremo, subestimadas. Em 1999, o Ilanud entrevistou uma amostra de 1.000 estudantes de escolas públicas e privadas do município de São Paulo, inquirindo-os anonimamente sobre os delitos eventualmente praticados, como agressões, furtos, uso de entorpecentes e depredações, entre outros. O perfil do "infrator" levantado nesta pesquisa de *self report* crime (crime auto-relatado), conforme o esperado, é bastante diferente do perfil dos jovens recolhidos ou internados na Febem – mesmo que tenham cometido crimes semelhantes.

Para efeito de exemplificação, observemos o que ocorre com a variável gênero quando analisamos somente aqueles a quem se atribui a prática de furto, tomando por base a) a pesquisa de *self report*, b) os jovens identificados na Unidade de Atendimento Inicial da Febem/SP – recepção, (UAI).

	Self-report	Adolescentes apreendidos	Recolhidos na UAI
Masculino	74,7	94,4	100,0
Feminino	25,3	5,6	0
N. de casos	97	234	96

Fonte: Ilanud/Convênios Garantia de Defesa ao Adolescente e Ilanud, Pesquisa "A violência nas escolas".

Quando perguntamos aos estudantes de 7.ª série ao 3.º colegial quem já havia furtado um objeto ou quantia de pouco valor alguma vez, cerca de ¼ dos que

assumiram ter praticado furto eram mulheres. Esta porcentagem cai dramaticamente para 5,6% quando observamos o sexo dos adolescentes apreendidos pela polícia aos quais se atribuiu a prática de furto. O número de adolescentes do sexo feminino é bastante reduzido comparativamente ao sexo oposto. A tendência se acentua ainda mais se tomarmos o número de meninas em cumprimento de medida de internação, internação provisória e semiliberdade na Febem /SP no ano de 1999, correspondendo a 4% do total de adolescentes.[2] O que vimos neste exemplo com relação ao gênero pode também ser observado com relação a outras variáveis, como escolaridade, renda e cor.

Assim, a vantagem da pesquisa está na possibilidade de trabalhar com um universo de adolescentes suspeitos e/ou acusados, ainda não condenados pela justiça, e, portanto, ainda não encaminhados ao cumprimento de medida sócio-educativa de internação. Este é talvez o principal diferencial do perfil esboçado nesta pesquisa em relação a outras sobre infratores juvenis, baseadas quase sempre na população internada. Aqui, estamos diante da população jovem que é apreendida pela Polícia Militar, nas ruas, e que por fatores legais ou ilegais, como veremos adiante, é recolhida à Unidade de Atendimento Inicial da Febem/SP, ou liberada para posterior apresentação. O recolhimento sempre se justifica pela proteção da sociedade e em segundo momento do próprio adolescente.

As pesquisas que se concentram na população de adolescentes já em medida de internação podem contribuir para a construção de um imaginário distorcido sobre o "infrator", mais violento e perigoso do que é na realidade. A visão distorcida da problemática é causa de reiterados equívocos na interpretação do que diz a lei e no atendimento direto aos adolescentes em conflito com a lei.

A comparação abaixo serve para ilustrar este ponto. Os dados da Febem dizem respeito ao instantâneo do total de pessoas internadas naquele momento de 1999 (incluindo aqueles adolescentes que ainda não foram sentenciados com medida de internação, que estão em internação provisória), enquanto os dados desta pesquisa correspondem aos adolescentes que foram apreendidos de junho de 2000 a abril de 2001). Fica clara a variação de perfil criminal segundo a fonte: no perfil extraído da Febem há logicamente uma maior ocorrência de atos infracionais mais graves como roubos, homicídios e latrocínios e menor ocorrência de atos infracionais mais leves como porte de armas e drogas, lesões corporais ou receptação, até porque estes raramente ensejam a aplicação de medida de internação.

(2) Esta diminuição na proporção de mulheres conforme se avança no fluxo de justiça criminal parece ser universal. Analisando dados de 34 países para o ano de 1994, Kuhn descobriu que as mulheres eram, em média, 7,2% dos suspeitos de crimes, mas apenas 2,2% da população prisional (André Kuhn. "Sanctions and their Severity", *Crime and criminal justice systems in Europe and North America 1990-1994*) Helsinki: Heuni: 1998.

Comparação de Perfil do Adolescente Febem x Apreendidos – Crimes selecionados

Infração	Adolescentes internados Febem	Percentual por ato	Adolescentes apreendidos UAI	Percentual por ato
Roubo	2.562	65,4	692	41,3
Furto e furto qualificado	489	12,5	300	17,9
Tráfico de entorpecentes	224	5,7	106	6,3
Homicídio e tentativa de homicídio	277	7,0	28	1,6
Latrocínio	123	3,1	6	0,3
Porte de arma	75	1,9	203	12,1
Porte ou uso de drogas	54	1,3	106	6,3
Estupro	29	0,7	8	0,4
Lesão corporal	57	1,4	141	8,4
Receptação	18	0,4	76	4,5
Estelionato	4	0,01	6	0,3
Total	3.912	100%	1.672	100

Fonte: Ilanud/Convênios Garantia de Defesa ao Adolescente e Febem: dados de 31.03.1999 (medidas de internação + internação provisória).

Os dados reforçam que, quanto mais se avança no fluxo do sistema de justiça criminal, maior a distorção no "perfil" do adolescente que convencionamos chamar em conflito com a lei e maior a proporção de atos infracionais equiparados a crimes graves.

Benefício adicional do acompanhamento desta fase inicial é a possibilidade de avaliarmos os critérios utilizados nas delegacias de polícia para o recolhimento ou a liberação dos jovens suspeitos de infração. Como veremos adiante, freqüentemente a decisão pela não liberação opera em detrimento dos jovens mais excluídos, na medida em que entram em jogo na decisão critérios extrajudiciais.

Uma vez apresentado o adolescente na delegacia, acusado da prática de ato infracional, a autoridade policial, consoante o art. 173 do ECA, adotará as providências de praxe, tal como boletim de ocorrência ou, se for o caso de flagrante, a lavratura do auto de apreensão.

Ressalte-se ainda que o adolescente somente poderá ser privado de sua liberdade em caso de flagrante de ato infracional ou por ordem judicial.

Caso o ato infracional não seja grave e não tenha relevante repercussão social o adolescente deverá ser liberado pela autoridade policial, mediante termo de compromisso e responsabilidade aos pais ou responsável, sendo obrigatório seu comparecimento ao Fórum Especial da Infância e Juventude no primeiro dia útil subseqüente àquela data, conforme prescreve o art. 174 do ECA.

Caso contrário, o jovem será levado diretamente para a Unidade de Atendimento Inicial (UAI), conforme o art. 175 do Estatuto, para que no dia seguinte

seja apresentado ao Ministério Público para oitiva informal, consoante art. 179 do referido diploma legal.

Nesta oitiva informal com o promotor de justiça há três hipóteses possíveis:

1. Promoção do arquivamento dos autos;
2. Concessão de remissão; ou
3. Representação ao juízo para aplicação de medida sócio-educativa.

3. Observações metodológicas

Como mencionamos na apresentação, esta pesquisa foi realizada a partir dos questionários utilizados pela equipe jurídica de trabalho dos Convênios Atendimento Inicial e Defensor ao seu Lado – Garantia de Defesa ao Adolescente, firmados em julho de 2000 pelo Ilanud e pela Febem/SP, com o apoio e supervisão da PAJ – Infância e Juventude.

Os questionários tinham por finalidade precípua colher informações relevantes sobre os adolescentes acusados da prática de ato infracional que seriam posteriormente defendidos pela Procuradoria de Assistência Judiciária na fase de conhecimento (atribuição da autoria de ato infracional).

Deste modo, por tratar-se de um instrumental direcionado à defesa do adolescente, referia-se a informações mais abrangentes do que aquelas contidas nos boletins de ocorrência lavrados nas delegacias de polícia e também aos prontuários elaborados pela equipe técnica de recepção na Febem/SP. O que significa que dados sobre escolaridade, moradia, emprego e inserção no mercado de trabalho também foram considerados relevantes.

Vale ressaltar ainda que os referidos questionários foram preenchidos na presença dos adolescentes atendidos, pelos estagiários de direito, que tinham por função prestar as primeiras orientações jurídicas ao jovem, e também às famílias no caso de adolescentes liberados pela autoridade policial e que foram atendidos no Fórum da Infância e Juventude já na data da oitiva informal com o representante do Ministério Público.

Sendo a pesquisa um subproduto do trabalho de intervenção, cujo objetivo se traduzia na orientação jurídica ao jovem suspeito encaminhado à Unidade ou ao Fórum, e na coleta de informações importantes para sua defesa, os "entrevistadores" eram percebidos como "defensores" e não apenas como pesquisadores neutros com relação às informações prestadas, o que pode ter influenciado os resultados. Entretanto, vale dizer que o vínculo "defensor – adolescente" pode ter influenciado os resultados mais positivamente do que o contrário, uma vez que o adolescente entrevistado na maioria das vezes não omitia informações, justamente por tratar-se de sua defesa.

Algumas entrevistas foram realizadas enquanto os adolescentes aguardavam para serem ouvidos pelo Ministério Público, outras enquanto não eram encaminhados para audiência e outras reservadamente na UAI. Foram complementadas

posteriormente com dados provenientes do boletim de ocorrência, do processo ou do prontuário técnico no caso dos recolhidos na UAI. Finalmente, o questionário incluía questões auto-incriminadoras (do tipo *self report* crime) como antecedentes criminais, uso de drogas, ou participação de outras pessoas no ato infracional. Este tipo de questão funciona melhor quando são garantidos anonimato e confidencialidade das respostas, algo que a pesquisa não pôde garantir, uma vez que o nome dos entrevistados era anotado e as informações tinham por objetivo auxiliar na defesa do mesmo.

Estas ressalvas são relevantes para a análise dos dados que se seguem.

4. Perfil da amostra

A pesquisa foi feita com 2.100 jovens que passaram pela UAI e pelo Fórum, no momento da oitiva informal com representante do Ministério Público ou em fase de sentença, entre junho de 2000 e abril de 2001. Em média, o Programa Atendimento Inicial atendia 80% dos adolescentes nestas condições por mês, o que significa 80% dos adolescentes recolhidos à UAI ou encaminhados ao Fórum da Infância e Juventude.

A maior parcela dos jovens encaminhados à UAI estava sendo acusada de crimes contra o patrimônio: roubo (31,2%) e furto (14,7%) são as modalidades mais freqüentes nesta categoria, perfazendo um total de 45,8% das acusações ou representações. No que tange aos crimes contra a vida, estes representam 10,4% do total de crimes que ensejaram a acusação, sendo 6,9% de lesão corporal, 2,1% de ameaça e 1,4% de homicídios. Vale ressaltar que estes dados não correspondem aos atos infracionais efetivamente cometidos, mas aqueles atribuídos aos adolescentes.

Além destes, merecem destaque nos motivos dos encaminhamentos o porte de arma (10,0%), a direção sem habilitação (7,9%) e o porte e o tráfico de drogas – porte (5,2%) e tráfico de entorpecentes (5,2%).

Somados, todos estes crimes representam cerca de 85% das acusações por prática de atos infracionais cometidos pelos jovens em São Paulo no período.

Em 60% dos casos, segundo os entrevistados, a infração foi cometida com a presença de outras pessoas. Pelos relatos pessoais dos adolescentes, o cometimento de atos infracionais muitas vezes se dá na presença de amigos, vizinhos, irmãos. Neste sentido, os dados não nos habilitam afirmar categoricamente que tais associações sejam "criminosas", mas somente que existem vínculos de pertencimento e identidade entre os jovens que também se revelam na prática de delitos, mas não se restringem a elas. Ademais, a percepção é de que tais vínculos na adolescência são demasiadamente difusos e esporádicos, alternando-se com bastante freqüência.

A maioria dos jovens está na faixa etária de 15 a 17 anos de idade. A faixa modal é a de 17 anos, na qual se concentravam mais de um terço dos adolescentes (33%). Esta faixa de concentração é a mesma que se verifica entre os adolescen-

tes já em cumprimento de medidas sócio-educativas. Na Febem/SP, dados de março de 1999 mostravam 34,2% dos adolescentes em internação e internação provisória com 17 anos, e a faixa de 15 a 17 anos representava 69% do total de jovens privados de liberdade.

Com referência ao universo pesquisado, foram identificadas crianças acusadas da autoria de atos infracionais (3,1%). Nestes casos, a lei prescreve o encaminhamento aos pais ou responsáveis, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio à família, à criança e ao adolescente, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; abrigo em entidade e colocação em família substituta (arts. 105 e 101 do Estatuto).

Em outras palavras, significa que à criança, pessoa abaixo dos 12 anos completos, não se aplicam medidas sócio-educativas e sim tais medidas específicas de proteção.

Idade dos apreendidos

Idade	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	Total
N.	1	6	43	90	202	352	544	642	56	8	1	1945
%	0,1	0,2	2,2	4,6	10,4	18,1	28,0	33.0	2,9	0,4	0,1	100%

Fonte: Ilanud/Convênios Garantia de Defesa ao Adolescente.

Quanto ao gênero, da mesma forma que os adultos, observa-se uma predominância absoluta de adolescentes do sexo masculino (92,4%). Os dados de 1999 da Febem/SP apontam para a mesma direção: em cumprimento de medidas de internação provisória e definitiva, 95,9% dos adolescentes eram do sexo masculino, para 4,1% de meninas nestes regimes.

Outro levantamento realizado pelo Ilanud Costa Rica/Comissão Européia reforça esta tendência, entre os adolescentes privados de liberdade no Brasil, no ano de 1997, apenas 6,6% eram meninas.

A maior parte dos adolescentes apreendidos reside em bairros pobres e periféricos da Capital, como Itaquera, Guaianazes, Sapopemba, Santo Amaro e Vila Nova Cachoeirinha. A Zona Leste apareceu em 1.° lugar como região de origem dos jovens, com 34,1% das ocorrências, e a Zona Sul ficou em 2.°, com 30,4% segundo nossas entrevistas.

O mesmo levantamento de 1997, Ilanud Costa Rica, demonstrou que a maioria dos adolescentes de sexo masculino privados de liberdade no país é oriunda de famílias de baixa renda, 63% são de famílias cuja renda fixa mensal é inferior a 1 (um) salário mínimo. Em se tratando das meninas, a situação não é muito diferente, 48,5% delas estão nesta mesma faixa de renda familiar.

Também elucidou outras características sócio-econômicas destes jovens: a maioria vive em moradia de classe baixa (45%), cerca de 70% vivem com os pais, porém em grande parte há ausência da figura paterna – 65% para adolescentes de sexo masculino e 85% para o sexo feminino.

Estas características dos jovens privados de liberdade também foram identificadas entre os jovens entrevistados, apreendidos pela polícia no período do programa.

Dentre os apreendidos e não-liberados, a presente pesquisa constatou, a partir das informações prestadas pelos próprios adolescentes, que 1/3 deles não têm pai e cerca de 11% não têm mãe, como será demonstrado posteriormente no capítulo de análise dos adolescentes não-liberados ou recolhidos à UAI.

Com relação aos apreendidos, de modo geral, metade deles não estava freqüentando a escola (50,7%) ou trabalhando (47,9%) no momento da entrevista.

Fica evidente, portanto, que a suspeita ou mesmo a prática de atos infracionais por estes jovens revela, muitas vezes, a exclusão social e a marginalização a que são submetidos, impedindo conseqüentemente a realização plena de seus direitos, antes mesmo do cometimento de uma infração penal.

É o que se constata e se confirma pelos dados nacionais e estaduais sobre escolaridade dos adolescentes em cumprimento de medidas sócio-educativas. Em 1997, apenas 3,96% dos adolescentes cumprindo sentenças judiciais no Brasil haviam concluído o ensino fundamental, e no estado de São Paulo, na Febem/SP, 91% dos jovens não havia terminado o primeiro grau.

Esta questão também foi abordada no Relatório do Unicef, Situação da Infância no Mundo, que demonstrou a existência de 1,9 milhões de jovens entre 15 a 24 anos analfabetos no Brasil.

O censo de 1998 do IBGE apontou que a média nacional de analfabetismo era de 14%, sendo esta a mesma entre os jovens de 15 a 17 anos.

A baixa escolaridade, assim como as dificuldades de inserção no mercado de trabalho para os jovens, tem correspondência no perfil etário da população carcerária do país. Um terço dos presos está na faixa etária dos 18 aos 25 anos, a formação desses presos é idêntica à dos jovens brasileiros de 15 a 19 anos: 82% têm menos de oito anos de estudo, segundo o censo Penitenciário do Estado de São Paulo de 1996 e a PNAD (Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios do IBGE de 1995).

Outra pesquisa, do PROAIM reforça ainda mais a correlação entre o nível educacional e a criminalidade. Na cidade de São Paulo, o número de homicídios caiu 1% de 1996 para 1997. Nas regiões onde os chefes de família têm a maior escolaridade, a queda chegou a 10%. Porém nas regiões de mais baixa escolaridade houve um crescimento de 5% nos homicídios.

A falência da instituição escola como espaço de socialização e construção da cidadania, portanto, não pode passar à margem de uma análise sobre a prática de infrações penais por adolescentes. Incapaz de responder às demandas atuais da juventude, a escola muitas vezes se transforma em mais um mecanismo de contro-

le e repressão, pois as dificuldades em abordar problemas disciplinares dentro da proposta pedagógica comumente conduzem a práticas repressivas e estigmatizantes dos adolescentes, que são rotulados como "problemas" dentro da escola.

O art. 53 do ECA menciona não só o direito de acesso à educação como também o direto à permanência na escola. A segregação pedagógica neste sentido pode ser concebida como um dos fatores decisivos para o ingresso de adolescentes na criminalidade.

Aliás, há muito já se desvendou a autonomia relativa do sistema de ensino dentro da ordem social. Pierre Bourdieu e Jean Claude Passeron[3] demonstraram que "os órgãos de ensino estão, em cada época em relação com as outras instituições do corpo social, com os costumes e as crenças, com as grandes correntes das idéias".

Devemos reconhecer o que Durkheim chamou de "conservadorismo pedagógico",[4] ou ainda de conservação de uma cultura herdada do passado que se alia profundamente ao conservadorismo social e político, à manutenção da ordem social. O ensino tradicional caracteriza-se pelo *laisser-faire* pedagógico, a função mais dissimulada e específica do sistema de ensino é justamente escamotear sua função objetiva, qual seja, a verdade objetiva de sua relação com a estrutura das relações de classe.

O resultado final, ou pelo menos o mais perverso deles, é a persuasão aos excluídos da legitimidade de sua exclusão. De certa forma, os adolescentes e suas famílias se convencem de que devem seu destino escolar e social à sua ausência de dons ou de méritos. E a escola não é reconhecida como um direito.

Embora os dados colhidos entre os adolescentes apreendidos no período de junho de 2000 a abril de 2001 apontem também que metade deles não estava trabalhando na data da entrevista, e, portanto, na data de apreensão, sabe-se que grande parte destes jovens desenvolve atividades no mercado informal de trabalho, "bicos" ou ainda atividades esporádicas.

Entre os que afirmaram estar trabalhando, houve justamente uma predominância nítida destas profissões e ocupações informais, como cobradores de lotação (13,6%), ajudantes gerais (10,1%) ajudante de pedreiro (9,8%), vendedores (8,4%), feirantes (5,3), office-boys (4,7%) e outras do mesmo tipo. A maioria absoluta dos que não estavam trabalhando (92,1%) declarou já ter trabalhado alguma vez, quase sempre em ocupações como as descritas acima.

Sendo assim, também a profissionalização como direito do adolescente acima dos 14 anos não tem sido respeitada. O Estatuto da Criança e do Adolescente preconiza formação técnico-profissional aos adolescentes, o que significa estudos de caráter técnico e aquisição de conhecimentos e aptidões práticas relativas ao exercício de certas profissões, como parte integrante do sistema geral de educação.

(3) Pierre Bourdieu e Jean-CLaude Passeron. *A reprodução*. 3. ed., Francisco Alves.

(4) Idem, ibidem.

Tal formação técnico-profissional seria ingrediente indispensável para a superação da marginalidade e exclusão social de muitos jovens. Diferencia-se radicalmente da mera instrução para o trabalho e da exploração do trabalho infanto-juvenil.

De acordo com os dados mais recentes divulgados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), cerca de 20 milhões de crianças e adolescentes entre 5 e 15 anos trabalham em condições de risco e exploração na América Latina.

Quanto ao levantamento da trajetória destes adolescentes, cerca de 42,4% deles declararam ter recebido medida sócio-educativa anteriormente, mas apenas uma minoria (4,2%) havia recebido medida de internação. Com relação ao uso de drogas, 35% assumiram ser usuários – principalmente da maconha (72,3%) e do crack (13,3%).

Uso de drogas entre os jovens apreendidos

Tipo de droga	Maconha	Cocaína inalável	Cola	Crack	Outras	Total
Count	191	14	18	35	6	264
%	72,3	5,3	6,8	13,3	2,3	100

Fonte: Ilanud/Convênios Garantia de Defesa ao Adolescente.

Do total de atos infracionais atribuídos aos jovens, 88,3% referem-se a atos consumados e 9,4% a tentativas.

A pesquisa constatou que na metade dos casos (50,6%) os adolescentes tiveram suas famílias contatadas pela polícia, nos termos do art. 107 do ECA, sendo que 41,1% não sabiam sequer responder a essa questão. Quando questionados se a família estava presente no boletim de ocorrência, apenas 39,9% responderam positivamente e 36,5% não souberam responder a pergunta. Essa é uma questão de extrema importância, pois, quando a família não tem condições financeiras, mora longe e não tem telefone, os pais ou responsáveis não são avisados do fato ocorrido com o jovem, prejudicando sobremaneira sua defesa.

De acordo com o art. 174 do ECA, a comunicação da família é um direito que os adolescentes que foram apreendidos têm, pois, uma vez comparecendo a família na delegacia, os adolescentes devem ser imediatamente liberados, sob termo de compromisso de apresentação do adolescente ao representante do Ministério Público no mesmo dia ou no primeiro dia útil imediato.

O Estatuto prevê apenas duas hipóteses que são casos de não liberação do adolescente para os pais ou responsáveis, quais sejam: quando da prática de ato infracional grave e/ou sua repercussão social, devendo, nestes casos, permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública. Quem irá medir a gravidade do ato infracional e a sua repercussão social, naquele momento, decidindo pela liberação ou recolhimento na UAI, é a autoridade policial. Se determinada a não-liberação, cabe à autoridade judicial obser-

var a legalidade e a necessidade desta detenção, uma vez que a autoridade policial deve *incontinênti* comunicar à autoridade judicial a apreensão do adolescente e o local onde se encontra recolhido (art.107, ECA). Ressalte-se que este dispositivo do ECA faz menção aos direitos fundamentais previstos no art. 5.°, LXII, LXII, da CF e sua não observância gera ilegalidade do ato coator, sendo a referida privação de liberdade passível de contestação via *habeas corpus*, uma vez que se suprime uma garantia processual constitucional.

O parágrafo único do art. 107 do ECA trata do direito de imediata liberação determinada pela autoridade judicial à vista da ilegalidade da apreensão do adolescente e da ilegalidade de sua manutenção em internação, somente admitida nos casos já acima descritos, de gravidade do ato infracional, repercussão social e pela manutenção da segurança do adolescente.

Cruzamento: Ato infracional/Família presente no boletim de ocorrência

Ato infracional	sim	% de sim	não	% de não	total	% total	
						sim	não
homicídio	15	1,83%	10	2,05%	25	60,00%	40,00%
lesão corporal	51	6,21%	11	2,26%	62	82,26%	17,74%
ameaça	14	1,71%	11	2,26%	25	56,00%	44,00%
seqüestro e cárcere privado	4	0,49%	3	0,62%	7	57,14%	42,86%
violação de domicílio	4	0,49%	0	0,00%	4	100,00%	0,00%
furto	92	11,21%	94	19,30%	186	49,46%	50,54%
roubo simples	193	23,51%	156	32,03%	349	55,30%	44,70%
roubo com arma de fogo	86	10,48%	32	6,57%	118	72,88%	27,12%
roubo com arma de brinquedo	24	2,92%	20	4,11%	44	54,55%	45,45%
roubo com concurso de agente	19	2,31%	17	3,49%	36	52,78%	47,22%
roubo com seqüestro	7	0,85%	5	1,03%	12	58,33%	41,67%
receptação	33	4,02%	5	1,03%	38	86,84%	13,16%
dano	20	2,44%	13	2,67%	33	60,61%	39,39%
estelionato	2	0,24%	1	0,21%	3	66,67%	33,33%
crimes contra sentimento	5	0,61%	0	0,00%	5	100,00%	0,00%
estupro	3	0,37%	0	0,00%	3	100,00%	0,00%
atentado violento ao pudor	5	0,61%	2	0,41%	7	71,43%	28,57%
crimes contra ultraje público	0	0,00%	1	0,21%	1	0,00%	100,00%
falsidade documental/ ideológica	2	0,24%	0	0,00%	2	100,00%	0,00%
resistência	2	0,24%	0	0,00%	2	100,00%	0,00%

Ato infracional	sim	% de sim	não	% de não	total	% total	
						sim	não
desacato	12	1,46%	0	0,00%	12	100,00%	0,00%
direção sem habilitação	60	7,31%	9	1,85%	69	86,96%	13,04%
porte de entorpecente	34	4,14%	18	3,70%	52	65,38%	34,62%
tráfico de entorpecente	45	5,48%	32	6,57%	77	58,44%	41,56%
porte de arma	78	9,50%	44	9,03%	122	63,93%	36,07%
demais crimes	8	0,97%	2	0,41%	10	80,00%	20,00%
latrocínio	2	0,24%	1	0,21%	3	66,67%	33,33%
formação de quadrilha	1	0,12%	0	0,00%	1	100,00%	0,00%
total	821	100,00%	487	100,00%	1.308	62,77%	37,23%

Fonte: Ilanud/Convênios Garantia de Defesa ao Adolescente.

De acordo com os dados obtidos, podemos perceber que, entre os adolescentes apreendidos no período, 37,2% não tiveram suas famílias presentes na lavratura do boletim de ocorrência. Esta ausência, certamente colaborou para que tais jovens fossem recolhidos na Unidade de Atendimento Inicial da Febem/SP. Isto fica ainda mais evidente se observarmos os atos infracionais leves e de pouca gravidade, para os quais valeria a regra da imediata liberação.

Para os atos equivalentes ao crime de furto, 50,5% dos jovens não tiveram a presença de pais ou responsáveis no boletim de ocorrência, nos crimes de dano a ausência representou 39,3% dos casos, nos de porte de entorpecente 34,6% e nos atos equiparados a porte de arma 36% das famílias não compareceram.

Chama a atenção também o elevado percentual de não comparecimento da família em alguns atos, tais como roubo com arma de brinquedo, 45,4%, roubo com concurso de agentes, 47,22%, roubo com "seqüestro", 41,6%, e tráfico de entorpecentes, 41,5%.

Nos crimes de roubo qualificado supramencionados, a grave ameaça à pessoa também impediria a pronta liberação. Porém, a gravidade do ato imputado não exclui a garantia-direito do adolescente de ter sua família ciente de sua apreensão, o que também lhe garante a assistência moral, material e psicológica e, conforme as possibilidades da família, a constituição de advogado habilitado para a defesa técnica desde este momento.

Concluímos, portanto que o descumprimento aos arts. 107 e 174 do ECA em grande parte dos Distritos Policiais de São Paulo tem contribuído para a detenção e/ou recolhimento de adolescentes na Unidade de Atendimento Inicial no Complexo Brás da Febem. Em setembro de 2000, a unidade, que possui capacidade para abrigar 62 adolescentes, atingiu o número de 373 jovens amontoados em três grandes dormitórios. Naquele ano, a população média da unidade girou em tomo de 250 adolescentes.

O despreparo das autoridades policiais para lidar com o Estatuto da Criança e do Adolescente é mais uma barreira que precisa ser vencida.

Uma pesquisa realizada pelo Juizado da Infância e Juventude em Belém entrevistou 472 policiais militares. Os resultados demonstraram que 65,4% dos policiais não haviam sequer lido o Estatuto da Criança e do Adolescente, por acreditar em sua maioria (69,4% deles) que a lei se destina à proteção dos infratores. Somente 39% sabiam a correta faixa etária que diferencia a criança do adolescente, sendo que 76,8% não sabiam encaminhar corretamente crianças ao Conselho Tutelar quando do cometimento de atos infracionais. O inverso, no entanto, não é válido, 73,4% dos policiais tinham conhecimento de como encaminhar adolescentes infratores. E a grande maioria, 80%, acredita que o Estatuto limita a atuação da polícia.

Guardadas as devidas proporções, a Polícia Militar e também a Polícia Civil em São Paulo não demonstram grande familiaridade com os preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente. A comprovação, no caso da Polícia Civil, está na evidência do preconceito, nos casos, por exemplo, de direção inabilitada, entre os entrevistados, 87% tiveram a família presente no boletim de ocorrência, ato majoritariamente cometido por jovens das classes média e alta.

Resta-nos ainda constatar que 52,4% dos adolescentes apreendidos no período foram recolhidos e/ou detidos na UAI, e, conforme vimos anteriormente, apenas 10,4% estavam sendo acusados pela prática de crimes contra a vida.

Entre os jovens atendidos, 41,1% já haviam recebido medidas sócio-educativas anteriormente, sendo que 13,0% de liberdade assistida, 4,6% de internação, 3,3% de semi-liberdade.

Quando comparamos o perfil esboçado na pesquisa com os dados oficiais da Febem sobre os jovens em regime de internação e de internação provisória, apesar da forma indiscriminada com que os adolescentes são internados provisoriamente, evidenciam-se as diferenças e como o perfil varia conforme a etapa de que estamos falando no fluxo de justiça criminal. Num levantamento de março de 1999 feito pela própria Fundação, era maior a proporção de homens (96%) que já haviam cumprido medida sócio-educativa anteriormente (40%) e dos sentenciados por atos infracionais equiparados a crimes graves como roubo (59%) e homicídio (4,7%). Em outras palavras, o perfil levantado pela Febem do jovem em conflito com a lei apresenta um quadro da delinqüência juvenil que é de certa maneira enviesado, na medida em que se baseia em adolescentes internados, cumprindo medida sócio-educativa de internação ou em internação provisória.

Estas informações constroem um "perfil oficial" do jovem infrator, e, conseqüentemente, o tratamento despendido a estes jovens passa a ser norteado por impressões e preconceitos errôneos, culminando no endurecimento das ações e políticas de atenção à delinqüência juvenil. Para obter um perfil menos distorcido com relação aos crimes praticados por adolescentes, é preciso buscar as informações nas etapas iniciais do fluxo de justiça criminal.

5. Cruzamentos do ato infracional por idade, gênero, freqüência escolar, escolaridade, trabalho e uso de drogas

5.1 Ato infracional consumado ou tentado/individual ou grupal

De acordo com os cruzamentos efetuados, a maior proporção de jovens encaminhados por atos infracionais equiparados a crimes tentados está entre os adolescentes acusados pela prática de ato infracional equiparado a homicídio, furto e roubo. Para as outras infrações, raramente houve a apreensão de jovens por tentativas.

A pesquisa perguntou aos jovens suspeitos se o crime de que estavam sendo acusados foi cometido em companhia de outras pessoas ou individualmente. Na metade dos casos, como vimos, os crimes foram praticados em conjunto com outras pessoas.

A análise por tipo de crime revelou que os suspeitos pela prática de ato infracional equiparado a homicídios apresentam uma clara tendência a praticar o crime individualmente (77,8% dos casos), assim como os autores de lesão corporal (81,1%).

O tráfico de entorpecentes foi identificado como um crime individual (62,1%), ao menos no que se refere à apreensão.

A ameaça, por outro lado, aparece como um típico ato feito em concurso de agentes (85,7%). Outro ato infracional cometido com maior incidência de concurso de agentes, além de ameaça, é o roubo, em 65,7% dos casos de roubo, este é qualificado pelo concurso e em 65,2% é qualificado pelo emprego de arma de brinquedo. Diferentemente, o furto foi praticado em 66,5% dos casos por um único adolescente.

A análise da natureza do ato infracional, assim como das circunstâncias em que é cometido, não pode deixar de considerar que em muitos casos a prática de infrações penais pelos adolescentes constitui um "episódio da juventude". Especialistas já apontaram que a falta de maturidade inerente à adolescência colabora para que algumas condutas proibidas estimulem a definição da personalidade do jovem, marcando a passagem para a idade adulta.

Neste sentido, afirmou Tiffer Sotomayor do Ilanud/Costa Rica: "O delito entre jovens de 12 e 18 anos é uma conduta normal devido ao período de crise da juventude e desarmonia com a maturidade, já que encontram-se em fase transitória e com perturbações para adaptar-se. Além disso, a delinqüência juvenil não é uma manifestação só das classes mais pobres, nem somente dos sujeitos estigmatizados socialmente".[5]

Não se trata de afirmar que a adolescência é a fase da vida propícia para o início de uma carreira delitiva, pois não são todos os adolescentes que infringem

(5) Carlos Tiffer Sotomayor. "Prevenção e delinqüência juvenil", em *La Nacion*, jornal costa-riquense,28.09.1997, p. 15.

a lei. Há uma pesquisa realizada pela Fundação Osvaldo Cruz e pelo Centro Latino Americano de Estudos de Violência e Saúde Jorge Carelli, denominada "Traçando caminhos numa sociedade violenta", que entrevistou 92 adolescentes do sexo masculino no Rio de Janeiro, destes 61 eram adolescentes em cumprimento da medida de internação pela prática de atos infracionais e 31 irmãos ou primos destes mesmos jovens e que não eram infratores. Demonstrou-se que os jovens numa mesma família podem reagir e interagir de forma bastante distinta à realidade social, entre os infratores a rebeldia em relação às dificuldades da vida e baixa auto-estima contrastaram-se a uma visão mais conformista e acomodada de seus primos e irmãos não-infratores, que por sua vez também possuíam uma visão mais positiva de si próprios que os infratores.

A consideração do jurista costa-riquense, portanto, vale para o necessário cuidado que devemos ter quando analisamos os atos infracionais praticados pelos adolescentes, apontando para que a intervenção e a resposta do Estado sejam também cautelosas perante o risco de construir em certos jovens uma identidade criminosa.

5.2 Ato infracional por idade

Dividimos a amostra em três faixas etárias – formadas por crianças até 12 anos, adolescentes de 13 a 16 e, finalmente, jovens com mais de 17 anos – para avaliar a relação entre idade e tipo de crime. As crianças com até 12 anos, que constituíam 2,4% da amostra, estiveram envolvidas especialmente em furtos (5,1%), roubos com armas de brinquedo (10,6%), crimes contra o sentimento religioso (7,9% dos casos), lesões corporais (5,5%) e atentado violento ao pudor.

No que tange aos jovens com 17 anos ou mais (36% dos apreendidos), tem-se a seguinte configuração: 100% dos jovens que estavam sendo acusados de cometer ato infracional equiparado a latrocínio se encontravam nesta faixa etária de 17 anos ou mais. Nesta mesma faixa ainda, 47,3% por ato equiparado a direção sem habilitação, 45,5% por porte de entorpecente e 44,9% por tráfico de entorpecentes. Em relação aos demais atos infracionais, houve uma distribuição proporcional por faixas etárias.

5.3 Ato infracional cruzado por gênero

A análise do ato infracional cruzado por sexo demonstra uma clara divisão dos atos infracionais por gênero, em que as mulheres têm destaque desproporcional em atos equiparados a lesão corporal: nestes, 20,6% dos suspeitos eram mulheres; nas ameaças, 46,5%, dos suspeitos eram mulheres, porcentagem elevada, considerando que as mulheres foram apenas 7,6% da amostra de adolescentes acusados. Já o ato infracional equiparado a estelionato teve uma participação de 50% de mulheres; a falsidade documental e ideológica e o crime contra os sen-

timentos possuem uma representação de 68,8%, apresentando destaque entre as jovens do sexo feminino.

Já para o sexo masculino, outros crimes estão super-representados, como o roubo simples (96 %), o roubo com arma de fogo (96,2%), o roubo com arma de brinquedo (100%), a receptação (98,7%), além da direção sem habilitação (97%) e do porte de armas (98,1%).

Os dados nacionais que levam em consideração os adolescentes em privação de liberdade apontavam em 1997 que a maioria dos delitos contra o patrimônio foi praticada por adolescentes do sexo masculino (62%), distribuídos entre roubo (33%) e furto (29%).[6]

5.4 Ato infracional cruzado com freqüência escolar

Entre os que estavam estudando, observou-se uma maior ocorrência de lesão corporal. O ato de desacato e a direção sem habilitação também são infrações comuns entre os jovens que estudam. Entre os jovens que não estavam estudando no momento da apreensão as acusações mais freqüentes são pela prática de atos infracionais roubo (56,6%) e tráfico de entorpecentes (63,7%).

No caso do homicídio, 70% das ocorrências estavam sendo atribuídas a jovens que não freqüentavam a escola no momento.

Nos crimes leves, como lesão corporal, desacato, dano ou direção sem habilitação, a relação se inverte: 74,1% dos adolescentes acusados de lesão estão entre os que freqüentavam a escola, assim como 63,2% dos acusados por dano e 68,7% dos acusados por dirigir sem habilitação.

Vale ressaltar ainda que 85% dos adolescentes não haviam alcançado o colegial. Entre a minoria que logrou atingir tal formação escolar, os atos infracionais distribuíram-se em direção sem habilitação, dano e porte de entorpecentes.

5.5 Ato infracional com medida sócio-educativa anterior/antecedentes

Este cruzamento permite analisar tipos de infração em que a reincidência é mais comum, embora não permita analisar se se trata de reincidência no mesmo delito ou outro de maior ou menor gravidade. O questionário perguntava se o entrevistado já havia sofrido alguma ação sócio-educativa ou recebido alguma medida sócio-educativa e, caso positivo, se havia cumprido a medida. Cerca de 40% dos autores de furto declararam ter recebido medida anteriormente. Em contrapartida, acusados pela prática de atos infracionais equiparados a crimes leves

(6) Mário Volpi. "Os adolescentes e a lei: o direito dos adolescentes, a prática de atos infracionais e sua responsabilização", Brasília: Ilanud, 1998, programa Justiça Penal Juvenil e Direitos Humanos - Ilanud Costa Rica/Comissão Européia.

como dano (91,7%) e lesão corporal (82%) são os que menos tendem a ter passagens anteriores pela justiça.

Além de perguntar aos entrevistados sobre seus contatos anteriores com a justiça, a pesquisa levantou nos prontuários da Febem e em boletins de ocorrência se constavam ou não outras medidas sobre o entrevistado. Neste caso, específico para os que foram detidos, cerca de 70% dos jovens tinham recebido medida anteriormente. Esta trajetória anterior é especialmente forte para os que estavam sendo acusados de roubo simples (90,1%) ou qualificado por uso de arma de fogo (86,5%) ou ainda por tráfico de entorpecentes (87,9%). Em outros crimes mais leves como lesão corporal (48,6% com envolvimento anterior) ou direção sem habilitação (43,2%), era maior a proporção de jovens sem antecedentes criminais.

De acordo com as informações prestadas pela Febem/SP em 1999, dos adolescentes em cumprimento de internação e internação provisória, 39,9% já haviam sido internados anteriormente e 60,1% cumpriam a medida pela primeira vez.

5.6 Ato infracional cruzado com o uso de drogas

No total, 65,2% dos entrevistados disseram não utilizar drogas aos entrevistadores, porcentagem bastante similar à encontrada nos prontuários da Febem, nos quais 64,1% disseram não ser usuários. Entre os que dizem não usar drogas o destaque ficou para aqueles que praticaram homicídios (90% afirmaram não usar drogas), roubo com arma de fogo (76,9%), roubo com arma de brinquedo (82,9%), roubo qualificado por concurso de agentes (80%) e porte de arma (83,8%). Entre aqueles que assumiram usar drogas, o destaque ficou com os autores de furto (48%) e, obviamente, o uso de drogas é também maior entre os acusados por porte (85,2%) e tráfico de entorpecentes (54,2%). Se os dados estiverem corretos, o vício estaria presente apenas nos casos de furto (praticado especialmente pelos viciados em crack, segundo a pesquisa), mas não seria um componente relevante nos casos de homicídio e roubo praticados pelos adolescentes.

5.7 Ato infracional cruzado com liberação ou não-liberação na delegacia

O cruzamento do tipo de ato infracional atribuído ao adolescente com sua liberação na delegacia ou seu encaminhamento para a Unidade de Atendimento Inicial revela que, de certa maneira, a autoridade policial mantém um critério de acordo com a gravidade do ato infracional cometido, mas não de acordo com o que prevê o ECA, em seu art. 174: "(...) o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial (...) exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública".

Ato infracional – Adolescentes não liberados na Delegacia – Crosstabulation

Ato	Porcentagem de não liberação
Resistência	100,0%
Roubo com seqüestro	100,0%
Roubo com arma de brinquedo	97,9%
Roubo com concurso de agentes	97,4%
Roubo simples	91,9%
Roubo com arma de fogo	91,7%
Homicídio	85,7%
Tráfico de entorpecente	79,2%
Formação de quadrilha	75,0%
Seqüestro e cárcere privado	72,7%
Latrocínio	50,0%
Ameaça	48,8%
Porte de arma	46,8%
Furto	42,7%
Estupro	37,5%
Dano	26,9%
Receptação	22,4%
Demais crimes	22,2%
Atentado violento ao pudor	22,2%
Porte de entorpecente	20,8%
Falsidade ideológica	20,0%
Lesão corporal	9,9%
Desacato	5,0%
Direção sem habilitação	3,1%
Violação de domicílio	0%
Estelionato	0%
Crimes contra sentimento	0%
Crimes contra ultraje público	0%
Constrangimento ilegal	0%

Fonte: Ilanud/Convênios Garantia de Defesa ao Adolescente.

De acordo com os dados obtidos, tem-se que adolescentes que estavam sendo acusados da prática de atos infracionais equiparados a crimes graves como roubo, homicídio, cárcere privado e seqüestro e estupro, em sua maioria não foram liberados pela autoridade policial.

Nos casos de latrocínio atribuídos aos adolescentes, metade dos jovens naquele período não foi liberada.

O entendimento majoritário na jurisprudência sobre ato infracional grave busca na lei penal o balizamento necessário para sua conceituação. De acordo com o Código Penal, os crimes graves são apenados com reclusão; os crimes leves e as contravenções penais com detenção, prisão simples ou multa. Portanto, entende-se grave o ato infracional a que a lei penal comina pena de reclusão.

Assim sendo, tal raciocínio justifica a não-liberação de adolescentes acusados pela prática de roubo, homicídio, seqüestro e cárcere privado, e estupro, pois todos são apenados com reclusão. Cabe ressaltar, no entanto, que ao homicídio culposo comina-se a detenção.

Podemos perceber ainda que o roubo com seqüestro como descrito na tabela obteve 100% de não-liberação, o ato infracional corresponde ao crime de roubo qualificado pelas circunstâncias, art. 157, § 2.°, V, pois para o cometimento do crime a vítima foi mantida em poder do adolescente. A Lei 9.426, de 1996, acrescentou esta hipótese ao Código Penal, popularmente conhecida como "seqüestro-relâmpago".

O seqüestro e o cárcere privado diferenciam-se desta modalidade, pois correspondem à pura privação de liberdade da vítima, já a extorsão mediante seqüestro é crime de maior gravidade, pois a privação de liberdade da vítima é meio para a obtenção de qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate. Em qualquer modalidade, a maioria não foi liberada na Delegacia.

Chama a atenção, entretanto, o fato de que o latrocínio tenha obtido 50% de liberação, por representar crime de roubo qualificado pelo resultado morte da vítima, com pena de reclusão superior a vinte anos.

Não se trata de defender que os adolescentes acusados de latrocínio não sejam liberados, e sim de constatar que a regra estabelecida pelo Estatuto de violência ou grave ameaça nem sempre funciona como critério na delegacia. O mesmo poderia ser dito dos atos infracionais equiparados aos crimes de atentado violento ao pudor, cuja liberação ocorreu em 77% dos casos, e em contrapartida nos casos de tráfico de entorpecentes, nos quais não há violência nem ameaça e cerca de 80% dos adolescentes não foram liberados.

O segundo critério, de repercussão social do ato infracional praticado, corresponde ao sentimento de indignação que determinados crimes provocam na opinião pública. Nestes termos, seriam exemplos os crimes de extorsão mediante seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, roubo, latrocínio e homicídio qualificado. Este também não é um critério fielmente observado.

Esta inobservância revela-se mais contundente com relação aos atos leves atribuídos aos adolescentes, como direção sem habilitação, desacato, porte de entorpecentes.

Chama finalmente a atenção a detenção e/ou o recolhimento de adolescentes acusados da prática de ameaça (57,7% foram detidos), e especialmente de porte de arma (46,8% foram detidos), e de furto (43% não foram liberados).

No caso de atos infracionais equiparados ao delito de tráfico de entorpecentes, a inobservância do Estatuto da Criança e do Adolescente é flagrante. Embora

seja considerado crime hediondo quando praticado por adultos, a mesma regra não é válida para os adolescentes, pois o art. 121 do ECA é taxativo ao qualificar como graves os atos praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa, hipótese que não se verifica na prática do tráfico de entorpecentes.[7] Ademais o princípio da especificidade da legislação deve ser respeitado juntamente com a interpretação sociológica de que os adolescentes envolvidos no tráfico de drogas são na realidade explorados pelo crime organizado, não se constituindo verdadeiros agentes do tráfico. As apreensões de adolescentes com baixas quantidades de droga confirmam esta posição, revelando a função de "aviõezinhos" ou "vapor" que os adolescentes desempenham.

O desrespeito é evidenciado pelos dados. Apesar de cerca de 59% dos adolescentes acusados pela prática de tráfico terem contado com a presença de suas famílias no momento da lavratura do boletim de ocorrência, 80% deles não foram liberados.

Esta distorção que observamos acima também está presente em muitas sentenças de internação, o que tem ensejado um grande número de *habeas corpus* e a manifestação do Tribunal de Justiça no sentido de liberação dos mesmos.

Nestes atos que podem ser considerados de gravidade intermediária, atuam na hipótese de liberação ou não-liberação critérios subjetivos da autoridade policial, que no mais das vezes constelam-se majoritariamente para os adolescentes de maior carência material.

Para avaliar o jogo na decisão liberação / não-liberação, selecionamos 1.098 casos de gravidade média – lesão corporal, ameaça, furto, receptação, dano, direção sem habilitação, porte de entorpecente e porte de arma – em que a lei concede maior autonomia para a autoridade optar pelo tratamento a ser destinado ao adolescente.

A análise das correlações bivariadas sugere que a probabilidade de detenção do adolescente, para este tipo de crime:

• diminui se o ato foi apenas tentado e não consumado (-.16 sig > .000);

• diminui se o ato foi cometido sem participação de outros autores (-.27 sig. > .000);

(7) Entendimento prevalente do STJ, vide HC 13.987-SP "Esta Corte tem proclamado que o art. 122 do ECA enumera taxativamente as hipóteses em que pode ser decretada a internação de adolescente infrator. Não obstante a gravidade da infração, o ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecente não está previsto no inc. I do art. 122 do ECA. Demais hipóteses do art. 122 que também não se verificam, haja vista ser o adolescente tecnicamente primário, não ter contra si medida anterior imposta, nem tampouco estar descumprindo medida. Concessão da ordem". E o HC 12344-SP: "O art. 122 do ECA enumera de forma taxativa – *numerus clausus* – os casos em que se aplica a medida sócio-educativa de internação. Ainda que o delito praticado pelo menor seja equiparado a crime hediondo, é inaplicável a internação quando ausentes os demais pressupostos autorizativos da medida (incisos I, II e III do art. 122, por expressa vedação legal".

• diminui se a família do adolescente estava presente no momento da lavratura do boletim de ocorrência (-.64 sig. > .000);

• diminui se o adolescente freqüenta a escola (-.32 sig. > .000);

• aumenta, por outro lado, se o adolescente suspeito já recebeu anteriormente medida sócio-educativa (.32 sig. > .000).

Correlations

		Interno ou externo	Tentativa de ato ou ato consumado	Em grupo ou individual	Sexo	Família presente no B.O.	Freqüenta escola	O garoto trabalha?	Medida sócio-educativa	Já recebeu medida	Uso de drogas	Antecedentes
Interno ou externo	Pearson correlation	1,000	-,162	-,279	-,049	-,649	-,326	,060	,324	-,009	-,163	,505
	Sig. (2-tailed)		,000	,000	,102	,000	,000	,143	,000	,843	,007	,000
	N.	1098	1095	514	1098	587	664	599	577	463	272	309

* Correlation is significant at the 0.05 level (2-tailed).

** Correlation is significant at the 0.01 level (2-tailed).

Parece existir também uma correlação negativa entre o uso de drogas e a probabilidade de não-liberação, ainda que fraca (-.16 sig > 007).

Finalmente, as circunstâncias de ser homem ou mulher ou de estar ou não trabalhando na ocasião da infração parecem não influir significativamente na decisão da autoridade policial pela liberação ou não-liberação do adolescente.

Vale ressaltar que na delegacia de polícia, ou seja, no momento de apreensão do adolescente e de lavratura do boletim de ocorrência, a autoridade policial não tem conhecimento pleno de dados sócio-econômicos do adolescente, ou seja, muitas vezes desconhece se o adolescente já recebeu ou não medida sócio-educativa anterior, se estuda ou trabalha. Em outras palavras, significa que somente as variáveis quanto à consumação do delito, à participação de mais de um agente e à presença da família são verificáveis na delegacia. O fato de o adolescente estudar e/ou trabalhar pode não ser mencionado neste momento, o mesmo a respeito de uma eventual trajetória infracional.

Além disso, correlações bivariadas, contudo, são incompletas, pois não permitem controlar a covariação simultânea de variáveis explicativas sobre a variável dependente, no caso liberação/recolhimento. Para nos precavermos contra correlações espúrias fizemos uma análise de regressão utilizando como preditores todas as variáveis acima, mesmo as que não se revelaram significativas na análise bivariada. A liberação/não-liberação foi inserida como variável dependente na equação, ou como variável a ser explicada.

A análise de regressão produziu um coeficiente R de Pearson de .76 e um R quadrado (coeficiente de determinação) de .58, com coeficiente F de 53,3, significativo com prob. > .000. Em outras palavras, os quatro preditores aumentam em

quase 60% nossa probabilidade de "adivinhar" se o adolescente vai ser liberado ou recolhido na UAI. Conforme esperado, tanto sexo quanto trabalho mostraram-se maus preditores e foram removidos da equação pelo critério de *backward elimination*. Os coeficientes dos três modelos estimados (1.° modelo: com todas as variáveis; 2.° modelo: sem a variável sexo; 3.° modelo: sem as variáveis sexo e trabalho) estão listados na tabela abaixo.

Coefficients

Model		Standardized coefficients	t	Sig.
		Beta		
1	(Constant)		16,602	,000
	Em grupo ou individual	-,202	-4,115	,000
	Sexo	,044	,902	,368
	Família presente no B.O.	-,546	-10,817	,000
	Freqüenta escola	-,215	-4,331	,000
	O garoto trabalha?	-,052	-1,081	,281
	Medida sócio-educativa	,208	4,176	,000
	Uso de drogas	-,262	-5,317	,000
2	(Constant)		18,155	,000
	Em grupo ou individual	-,194	-4,020	,000
	Família presente no B.O.	-,542	-10,785	,000
	Freqüenta escola	-,215	-4,349	,000
	O garoto trabalha?	-,047	-,998	,320
	Medida sócio-educativa	,210	4,217	,000
	Uso de drogas	-,264	-5,358	,000
3	(Constant)		19,454	,000
	Em grupo ou individual	-,197	-4,088	,000
	Família presente no B.O.	-,545	-10,873	,000
	Freqüenta escola	-,211	-4,280	,000
	Medida sócio-educativa	,209	4,203	,000
	Uso de drogas	-,260	-5,291	,000

A dependent variable: interno ou externo

Conforme previsto, atuação individual, família ausente no boletim de ocorrência, não freqüência à escola e uso de drogas diminuem a probabilidade de liberação e ter recebido medida aumenta esta probabilidade. A magnitude dos coeficientes permite-nos afirmar que a presença da família é isoladamente o fator mais importante para a decisão.

Na equação acima foram utilizados apenas 168 casos, para os quais existiam informações completas para todas as variáveis. Os resultados são praticamente os mesmos se trabalhamos com os 1.098 casos selecionados, substituindo os valores

ausentes para certas variáveis pela média. Apenas uso de drogas perde um pouco de força (sig. > .009 para uso de drogas).

A tabela abaixo resume a influência individual de cada uma das variáveis

Coefficients

Model		Standardized coefficients	t	Sig.
		Beta		
1	(Constant)		24,538	,000
	Em grupo ou individual	-,164	-6,650	,000
	Família presente no B.O.	-,441	-17,443	,000
	Freqüenta escola	-,178	-7,107	,000
	Medida sócio-educativa	,155	6,187	,000
	Uso de drogas	-,065	-2,622	,009

A dependent variable: detido ou liberado

preditoras, isoladamente. Assim, vimos que, em geral, apenas 9,9% dos adolescentes apreendidos por lesão corporal são recolhidos na UAI. A probabilidade de recolhimento e/ou detenção na UAI, todavia, sobe bastante se, além do ato infracional cometido, soubermos outras informações sobre o jovem: sobe para 27,3 % se ele já recebeu medida anteriormente ou se não freqüenta escola (35,3%) e para 72,7% se a família não pôde estar presente no momento do boletim de ocorrência.

Ato infracional	Probabilidade de não-liberação	Ato praticado em grupo	Recebeu medida anterior	Família ausente no B.O.	Não freqüenta escola
Lesão corporal	9,9	71,4	27,3	72,7	35,3
Ameaça	48,8	75,0	75,0	100,0	90,9
Furto	42,7	88,1	74,3	91,5	71,3
Receptação	22,4	61,5	57,1	100,0	45,0
Dano	26,9	76,9	83,3	92,3	64,3
Direção sem habilitação	3,1	50,0	17,6	44,4	20,0
Porte de entorpecente	20,8	63,6	64,3	72,2	50,0
Porte de arma	46,8	97,0	64,7	95,5	74,7
Média	24,6	64,83	51,51	74,29	50,17

Fonte: Ilanud/Convênios Garantia de Defesa ao Adolescente.

O mesmo fenômeno ocorre para quase todos os atos infracionais. Isoladamente, a correlação bivariada e a análise de regressão revelam que a presença da família no momento da lavratura do boletim de ocorrência é a variável mais de-

terminante para a decisão de liberação. Se a família não estava lá e o jovem não freqüenta a escola, praticou o ato em conjunto com outro(s) e já havia recebido anteriormente outra medida, é quase certa a detenção.

Estas chances vão se alterando, conforme a presença ou a ausência simultânea destas variáveis, entre outras. Existe uma interação entre variáveis que aumentam ou diminuem esta probabilidade. Analisando a interação simultânea das variáveis "presença da família" e "freqüência à escola", as chances ou os "riscos relativos" condicionais, como denominam os estatísticos, vão de 1,1 para os jovens que freqüentam a escola e cujos pais estavam presentes no momento da lavratura do boletim de ocorrência até 29,5 no caso inverso (não vai à escola e pais ausentes). A tabela abaixo apresenta estas probabilidades condicionais de recolhimento, levando em conta as duas variáveis simultaneamente:

1 – Freq. escola/família presente = 1,1
2 – Não freq. escola/família presente = 3,2
3 – Freq. escola/família ausente = 7,9
4 – Não Freq. escola/família ausente = 29,5

Família presente no boletim de ocorrência
Freqüenta escola *Crosstabulation Count*

Freqüenta escola			Família presente no B.O.		
			sim	não	Total
sim	Interno ou externo	Interno	179	127	306
		Externo	156	16	172
	Total		335	143	478
não	Interno ou externo	Interno	187	236	423
		Externo	57	8	65
	Total		244	244	488

Fonte: Ilanud/Convênios Garantia de Defesa ao Adolescente.

Como vimos, não freqüentar a escola aumenta a probabilidade de detenção do adolescente. Porém também sabemos que não freqüentar a escola, numa sociedade como a nossa, não significa sempre um ato de vontade. Faltam vagas nas escolas de periferia e a pobreza da família força muitos jovens a abandonar os estudos para colaborar no orçamento doméstico. Pesquisa da Fundação Seade de 1993 na região metropolitana de São Paulo (Crianças e Adolescentes, 1993) dava conta de que, do total de pessoas de 7 a 17 anos, 10,8% não freqüentavam escola e 1/3 dos jovens nesta faixa etária trabalhavam. Quanto mais baixa a classe social da família, maior a evasão escolar e a proporção de jovens trabalhando: nas famí-

lias mais pobres, eleva-se a 25% o percentual de jovens de 10 a 17 anos fora da escola e para 37% o de jovens que trabalham.

Dados mais recentes da pesquisa Condições de Vida da Fundação Seade apontam que entre 1994 e 1998 houve um crescimento de 3,6% para 5,3% no número de crianças e adolescentes de 7 a 14 anos fora da escola (47% de aumento, portanto, em 4 anos) na região metropolitana de São Paulo (Gouveia, 2000).

Como já mencionamos a freqüência à escola e o desenvolvimento de uma atividade profissional nem sempre são elementos considerados pela autoridade policial quando da apreensão do jovem, havendo diferenças substantivas conforme o Distrito Policial. O que se quer reforçar é que nem sempre estas informações são perguntadas e levadas em consideração.

No entanto, entendemos que são estas variáveis fundamentais para o reconhecimento do perfil dos adolescentes apreendidos que não são liberados.

O mesmo ocorre com a verificação de medida sócio-educativa anterior. Tendo em vista que os adolescentes não possuem antecedentes criminais como os adultos, tal verificação somente se concretiza a partir dos prontuários da Febem/SP quando o jovem é recolhido, de qualquer forma a informação não deixa de ser relevante, e não podemos deixar de considerar que talvez o adolescente que já tenha recebido outra medida no passado seja conhecido em sua comunidade, até mesmo pela polícia.

Com relação à ausência da família junto ao jovem, constatamos ser esta a variável mais determinante para a detenção de um adolescente apreendido, demonstrando a importância em garantir a participação da família ou de adultos responsáveis pelo jovem, de forma ativa desde este momento inicial do processo. O art. 111, VI, do ECA garante ao adolescente o direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento e também o art. 174 já mencionado elucida o caráter fundamental da família quando da apreensão do jovem.

Famílias mais pobres, sem telefone e que residem em locais distantes ou moradias irregulares, que trabalham fora todo o dia etc. nem sempre são encontradas a tempo de virem em auxílio de seus filhos. E as autoridades policiais, diga-se de passagem, tampouco fazem grandes esforços para contatar as famílias – freqüentemente pela ausência de condições materiais para fazê-lo.

A tarefa de localizar a família e obter informações sobre o adolescente seria facilitada caso houvesse à disposição uma equipe de assistentes sociais, que entraria em ação no momento da apreensão. Aliás este papel poderia ser desempenhado num modelo de policiamento comunitário. A experiência da polícia canadense, neste sentido, é exemplar. A polícia conhece a comunidade em que trabalha, e não só desempenha a função ostensiva, mas também preventiva, possuindo centros de convivência para adolescentes, onde são desenvolvidas atividades esportivas e culturais. Ademais, a própria polícia ao apreender um adolescente cometendo delitos leves pode encaminhá-lo ao cumprimento de medidas no seio de sua comunidade, lá denominadas medidas alternativas, que não fazem parte do procedimento judicial formal.

Estas medidas, entre elas a colaboração em serviços comunitários, são acompanhadas e supervisionadas pela comunidade local, que desta forma também se responsabiliza pelo desenvolvimento daquele jovem, juntamente com sua família.

A própria legislação brasileira, no art. 172 do ECA, preconiza repartições policiais especializadas para atendimento de adolescentes, sendo que a criação destas delegacias especializadas também faz parte dos compromissos que o governo brasileiro assumiu no Programa Nacional de Direitos Humanos e no Plano Nacional de Segurança Pública.

6. Os não liberados

Cerca de metade dos jovens entrevistados não foi liberada pela autoridade policial, tendo sido encaminhada diretamente para a UAI. Para este grupo temos informações adicionais, extraídas dos prontuários que são abertos pela Febem quando da entrada nas unidades. O boletim de ocorrência feito na delegacia também é anexado ao prontuário, fornecendo-nos dados adicionais sobre o incidente que provocou a apreensão e o recolhimento na UAI.

Estas informações adicionais são interessantes para traçar um perfil mais detalhado dos que são detidos na Febem, nesta fase de apuração do ato, principalmente no que diz respeito aos dados pessoais e familiares.

Com relação à cor dos jovens encaminhados à UAI é curioso observarmos a semelhança com o perfil encontrado no sistema carcerário adulto: de acordo com o censo penitenciário estadual de 1997, o último existente, na população carcerária adulta encontramos uma maioria de brancos (54,7%), seguidas pelos mulatos (29,9%) e pelos negros (14,9%). As porcentagens encontradas entre os jovens não liberados é bastante similar, com 46,2% de brancos, 38,9% de mulatos e 14,7% de negros.

Assim, tanto entre os adultos com entre os jovens infratores, os brancos são a maioria dos detidos, em termos absolutos, mas os negros estão super-representados em comparação com a distribuição demográfica da população: embora, segundo o IBGE, os negros sejam apenas 5% da população do Estado, representam quase 15% dos detidos na UAI e no sistema carcerário adulto. Ou seja, três vezes mais do que deveríamos esperar. Infelizmente não dispomos desta informação para os jovens liberados pela justiça, para fazer uma comparação entre os dois grupos.

Algo parecido ocorre quando examinamos a origem dos adolescentes não-liberados.

Como no sistema prisional, a maioria absoluta é composta por paulistas e paulistanos. No sistema carcerário adulto, utilizando novamente os dados do censo estadual de 1997, 62% dos presos eram originários do Estado de São Paulo. Entre os jovens esta proporção é ainda maior, uma vez que os jovens não têm a mesma mobilidade dos adultos: 86,4% dos jovens disseram ter nascido no Estado e 76,8% na cidade de São Paulo. Tanto os dados do sistema carcerário adulto

como do juvenil, deste modo, desfazem parcialmente o mito corrente de que os infratores são predominantemente negros e migrantes.

Diversos estudos criminológicos apontam a importância da família e da supervisão familiar como fatores inibidores do envolvimento com o crime (Howell, 1995; Hawkins, 1996). Embora não tenhamos um grupo de controle para estimarmos estes mesmos dados entre os jovens em geral, é nítida entre os jovens encaminhados à UAI a ausência de pelo menos um dos genitores:

	Situação do pai	**Situação da mãe**
Vivo(a)	67,4%	88,7%
Falecido(a)	18,3%	9,8%
Desconhecido(a)	9,5%	0,3%
Paradeiro ignorado	4,7%	1,2%
Total	100% (682)	100% (682)

Fonte: Ilanud/Convênios Garantia de Defesa ao Adolescente.

Conforme indica a tabela acima, cerca de 1/3 dos jovens encaminhados a UAI não têm pai e cerca de 11% não têm mãe. Ter os pais vivos, contudo, não significa conviver com eles: apenas 38% dos jovens disseram conviver com o pai e quase 1/3 deles não convivia com a mãe. Estes dados parecem assim corroborar a influência da desestruturação familiar e da ausência da supervisão parental sobre o risco de cometer infrações. Note-se também que 22% dos jovens revelaram morar na rua (3,5%), em abrigo (2,8%), com amigos e outros familiares que não os pais biológicos (13,9%) ou em outros locais (1,3%).

	Convive com pai	**Convive com mãe**
Sim	38,4%	71,9%
Não	61,6%	28,1%
Total	100% (675)	100% (673)

Fonte: Ilanud/Convênios Garantia de Defesa ao Adolescente.

Estas informações são relevantes quando recordamos que o Estatuto coloca ênfase no comparecimento e acompanhamento do jovem por parte da família e como esta variável é importante para a liberação ou não do jovem pela autoridade policial: vemos aqui claramente um dos motivos para o não comparecimento dos pais na delegacia e posterior envio de muitos jovens à Febem. Boa parte deles não tem ou não convive com os pais, tornando difícil o cumprimento do disposto no ECA, embora este admita outros adultos como responsáveis pelo jovem.

Vale mencionar que geralmente as famílias dos adolescentes em conflito com a lei, grande parte de classes populares, são denominadas como "desestruturadas" ou "desajustadas", pois, embora o padrão familiar esteja se modificando atual-

mente, ainda predomina o modelo de pai e mãe da classe média, sem consideração das especificidades e particularidades das relações familiares de hoje.

Como mencionamos, são diversas as pesquisas e os trabalhos acadêmicos que analisam o peso da relação familiar no envolvimento de jovens com a criminalidade (Schoemaker, 1996; Hawkins, 1996), entretanto o conceito de desestruturação familiar nem sempre é o mais adequado diante de famílias de baixa renda que não são exatamente "desorganizadas", mas possuem uma organização diferenciada do padrão convencional.

O que importa neste aspecto é garantir que as pessoas que mantêm relações familiares com os adolescentes se façam presentes, garantindo o afeto, a supervisão e a disciplina necessários para o jovem neste contexto de conflito com a lei.

Os boletins de ocorrência permitiam detalhar, nos casos de roubos e furtos, o tipo e o valor dos objetos subtraídos, bem como a arma utilizada no caso dos roubos. É interessante notarmos que freqüentemente estão envolvidos valores irrisórios nos furtos e roubos perpetrados por jovens, que, porém, acabam sendo considerados de maior gravidade pelo uso de arma de fogo. Em 91,3% dos casos analisados os valores envolvidos nos furtos e roubos foram inferiores a R$ 1.726,00 (mil setecentos e vinte e seis reais) – que é aproximadamente o custo de internação mensal de um jovem na Febem. A lista de bens furtados ou roubados inclui casos de subtração de 1 CD, caixas de iogurte, cartela de pilhas, maços de cigarro, estojo de lápis, cadernos e outros bens do mesmo tipo. O problema está em que, apesar do valor irrisório – muitas vezes inferior ao custo de manutenção mensal de um adolescente na Febem –, em 86% das vezes houve a utilização de arma de fogo para o cometimento do roubo e em 9,6% uma arma de brinquedo, complicando sobremaneira a situação do jovem suspeito perante a justiça. Se praticado com violência ou ameaça de violência, um roubo de caixa de iogurte é tão grave, para a justiça, quanto um roubo a banco.

7. Conclusão

A pesquisa revela como os dados sobre o perfil dos adolescentes em conflito com a lei são deturpados, demonstrando uma gravidade superior à real nos crimes cometidos pelos jovens quando nos baseamos apenas nas informações provenientes dos jovens internados nas instituições. Este recorte contribui para aumentar o medo e a insegurança da população com relação aos adolescentes infratores. Conseqüentemente, ganham força na opinião pública argumentos favoráveis ao rebaixamento da idade penal, como solução satisfatória para enfrentar a problemática de infrações penais cometidas por adolescentes.

Conhecer os motivos que levam a maioria dos adolescentes a responder pela prática de atos infracionais, ou melhor, a natureza dos atos praticados pelos adolescentes e suas circunstâncias (condições sócio-econômicas dos jovens) é o primeiro passo para a construção de políticas públicas nesta área.

Um segundo aspecto, e não menos relevante por isso, diz respeito à constatação de que o atual sistema de atendimento destinado aos adolescentes em conflito com a lei em São Paulo encontra-se demasiado distante do que prevê a lei.

Freqüentemente apontamos as mazelas das instituições de privação de liberdade potencialmente violadoras dos direitos humanos dos adolescentes, mas nos esquecemos de avaliar também o momento de atribuição da autoria de atos infracionais a estes jovens.

Nesta fase, na qual o jovem ainda não foi sentenciado, entra em cena a atuação da polícia, o tratamento que é dispensado aos jovens no interior dos Distritos Policiais e como suas famílias são abordadas, se é que chegam a ser contatadas e a tomar conhecimento do que se passa com seus filhos e filhas.

Também hão que se considerar os fatores que levam um adolescente a ser recolhido a uma Unidade de Atendimento Inicial antes mesmo da comprovação de sua culpa. A recepção dos jovens parece funcionar como um rito de iniciação, que de forma chocante demonstra o que pode vir pela frente. Numa unidade de recepção como a UAI, os adolescentes são submetidos a instalações precárias, insalubres, superlotadas, onde passam o dia, senão dias, em grandes cômodos onde se proliferam doenças de pele, e somente lhes é permitido assistir à televisão em silêncio, enquanto aguardam seu contato com o promotor de justiça.

A pesquisa procurou demonstrar as variáveis que justificam a detenção de adolescentes na UAI, Complexo Brás da Febem/SP, e esclarecer de quais jovens estamos falando, buscando desconstruir os mitos da periculosidade e da necessidade de asseverar as repostas que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê.

Procuramos ainda demonstrar que a inadequação do sistema policial às regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, a precariedade da investigação policial, dos laudos, do levantamento dos antecedentes sociais e familiares, de testemunhos ou dados escolares, acrescida do desconhecimento do que diz a lei, conduzem a discricionárias determinações de recolhimento dos adolescentes na UAI. Experiência que certamente irá reforçar a exclusão social e jurídica de muito destes jovens, quando não lhes favorecer a construção de uma identidade criminosa.

Fundamentar detenções, como vimos, pela a presença ou não da família e freqüência à escola resulta, numa sociedade extremamente desigual como a nossa, em optar pela criminalização, apostando que o sistema de justiça criminal formal dê conta da inexistência de políticas públicas para a juventude.

Bibliografia

ASSIS, Simone Gonçalvez de. *Traçando caminhos numa sociedade violenta: a vida de jovens infratores e seus irmãos não infratores*. Rio de Janeiro/Brasília: Piocruz, Claves, Unesco, DCA, Ministério da Justiça, 1999.

BARKAN, Steven E. *Criminology – A sociological understanding*. New Jersey: University of Maine, 1997.

BOURDIEU, Pierre e PASSERON, Jean Claude. *A reprodução*. 3. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1996.

CARLEY, Michael. *Indicadores sociais: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

CENSO PENITENCIÁRIO DE 1995. Ministério da Justiça. Secretaria de Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 1996.

CENSO PENITENCIÁRIO DE 1997. Ministério da Justiça. Secretaria de Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 1998.

CURY, Munir (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GOUVEIA, Roberto. "São Paulo século XXI. Desigualdade e mudança". *O impasse metropolitano – São Paulo em busca de novos caminhos*. Cedec/Konrad Adenauer, 2000.

HAWKINS, J. David. "Delinquency and crime – Current theories", Cambridge Criminology series, 1996.

HOWELL, James C. "Guide for implementing the comprehensive strategy for serious, violent, and chronic juvenile offenders". EUA: Department of Justice, Office for Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 1995.

IBGE. "Participação político-social 1988 – Justiça e vitimização". Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, 1989.

KAHN, Tulio. "Programa de prestação de serviço à comunidade: avaliando a experiência". *Revista do IBCCrim* 24, 1998.

KAHN, Tulio. *Ensaios sobre racismo – Manifestações modernas de preconceito na sociedade brasileira*. São Paulo: Conjuntura, 1999.

KAHN, Tulio e SPOSATO, Karyna. "Paz nas escolas". *Revista do Ilanud* 18. São Paulo: Imesp, 2001.

KANGASPUNTA, Kristina; Joutsen, Matti e Oüus, Natalia. *Crime and criminal justice systems in Europe and North America (1990 – 1994)*. Helsinki: Heuni, 1998.

PASTORE, José, ROCCA, Denise Franco e PEZZIN, Liliana. *Crime e violência urbana*. São Paulo: IPE-USP, Fipe, 1991.

QUINONES, Fernando Holguín. *Estadística descriptiva – Aplicada a las ciências sociales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1970.

RIOS, José Arthur. "City Surveys: Rio de Janeiro". *Criminal victimizacion in the developing world*. Roma: United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute – Unicri, 1995.

SILVA, Nelson do Valle. *Introdução à análise de dados qualitativos*. Vértice, 1990.

SPOSATO, Karyna Batista. "O jovem: conflitos com a lei. A lei: conflitos com a prática". *RBCCrim* 30, 2000.

TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. "Liberdade assistida – Uma polêmica em aberto". Instituto de Estudos Especiais da PUC/SP, 1994.

TIFFER SOTOMAYOR, Carlos. "Prevenção e delinqüência juvenil". *La Nacion*, jornal costa-riquense, 28.09.1997, p. 15.

VOLPI, Mário. *Os adolescentes e a lei: o direito dos adolescentes, a prática de atos infracionais e sua responsabilização*. Brasília: Ilanud, 1998 – Programa Justiça Penal Juvenil e Direitos Humanos – Ilanud Costa Rica/Comissão Européia.

Anexos

Freqüências

1. Ato infracional atribuído ao adolescente/Motivo da apreensão

	N. Absoluto	%
Homicídio	28	1,4
Lesão corporal	141	6,9
Constrangimento ilegal	1	0
Ameaça	43	2,1
Seqüestro e cárcere privado	11	0,5
Violação de domicílio	7	0,3
Furto	300	14,7
Roubo simples	430	21,1
Roubo com arma de fogo	156	7,7
Roubo com arma de brinquedo	48	2,4
Roubo com concurso de agente	39	1,9
Roubo com seqüestro	19	0,9
Receptação	76	3,7
Dano	67	3,3
Estelionato	6	0,3
Crimes contra sentimento	16	0,8
Estupro	8	0,4
Atentado violento ao pudor	9	0,4
Crimes contra ultraje público	1	0
Falsidade documental/ideológica	5	0,2
Resistência	2	0,1
Desacato	20	1
Direção sem habilitação	162	7,9
Porte de entorpecente	106	5,2
Tráfico de entorpecente	106	5,2
Porte de arma	203	10
Demais crimes	18	0,9
Latrocínio	6	0,3
Formação de quadrilha	4	0,2
Total	2.038	100
Missing	57	
System	6	
Subtotal	63	
Total	2.101	

2. Tentativa de ato ou ato consumado pelo adolescente

	N. Absoluto	%
Consumado	1.831	89,7
Tentativa	211	10,3
Total	2.042	100
Missing	53	
System	6	
Subtotal	59	
Total	2.101	

3. 2.° Ato infracional cometido pelo adolescente consecutivamente

	N. Absoluto	%
Homicídio	3	1,9
Lesão corporal	10	6,3
Ameaça	7	4,4
Seqüestro e cárcere privado	1	0,6
Violação de domicílio	1	0,6
Furto	4	2,5
Roubo simples	5	3,1
Roubo com arma de fogo	5	3,1
Roubo com arma de brinquedo	2	1,3
Roubo com concurso de agente	9	5,7
Receptação	13	8,2
Dano	14	8,8
Atentado violento ao pudor	1	0,6
Resistência	6	3,8
Desacato	1	0,6
Direção sem habilitação	24	15,1
Porte de entorpecente	5	3,1
Tráfico de entorpecente	5	3,1
Porte de arma	20	12,6
Demais crimes	1	0,6
Formação de quadrilha	22	13,8
Subtotal	159	100
Missing	1.936	
System	6	
Subtotal	1.942	
Total	2.101	

4. 3.° Ato infracional cometido pelo adolescente, consecutivamente

	N. Absoluto	%
Homicídio	1	7,7
Lesão corporal	3	23,1
Roubo simples	1	7,7
Roubo com arma de fogo	2	15,4
Receptação	3	23,1
Resistência	1	7,7
Direção sem habilitação	1	7,7
Porte de arma	1	7,7
Subtotal	13	100
Missing	2.082	
System	6	
Subtotal	2.088	
Total	2.101	

5. O adolescente agiu em grupo ou individualmente

	N. Absoluto	%
Individual	788	59,9
Em grupo	528	40,1
Total	1.316	100
Missing	779	
System	6	
Subtotal	785	
Total	2.101	

6. Idade do adolescente (em anos)

	N. Absoluto	%
10	1	0,1
11	6	0,3
12	43	2,2
13	90	4,6
14	202	10,4
15	352	18,1
16	544	28
17	642	33
18	56	2,9

(continuação)		N. Absoluto	%
	19	8	0,4
	20	1	0,1
Subtotal		1.945	100
Missing		150	
System		6	
Subtotal		156	
Total		2.101	

7. Sexo do adolescente

	N. Absoluto	%
Masculino	1.935	92,4
Feminino	160	7,6
Total	2.095	100
System	6	
Total	2.101	

8. A família do adolescente foi contatada?

	N. Absoluto	%
Sim	1.060	50,6
Não	174	8,3
Não sabe	861	41,1
Total	2.095	100
System	6	
Total	2.101	

9. A família do adolescente estava presente no boletim de ocorrência?

	N. Absoluto	%
Sim	839	63,1
Não	490	36,9
Total	1.329	100
Não sabe/não informa	766	
System	6	
Subtotal + *missing*	772	
Total	2.101	

10. Em que zona fica o bairro de moradia do adolescente?

	N. Absoluto	%
Central	75	7,4
Sul	307	30,1
Oeste	65	6,4
Leste	310	30,4
Norte	145	14,2
Grande SP	117	11,5
Total	1.019	100
Não sabe/não informa	1.076	
System	6	
Subtotal	1.082	
Total	2.101	

11. O adolescente tem parentes fora de São Paulo?

	N. Absoluto	%
Sim	279	61,6
Não	174	38,4
Total	453	100
Missing	1.642	
System	6	
Subtotal	1.648	
Total	2.101	

12. O adolescente freqüenta escola?

	N. Absoluto	%
Sim	733	49,3
Não	754	50,7
Total	1.487	100
Não sabe/não informa	608	
System	6	
Subtotal	614	
Total	2.101	

13. Nível de escolaridade do adolescente (ano que parou)

	N. Absoluto	%
1	40	2,8
2	59	4,2
3	78	5,5
4	109	7,7
5	248	17,6
6	263	18,6
7	228	16,1
8	173	12,3
Colegial completo	4	0,3
Universidade incompleta	1	0,1
Nunca estudou	10	0,7
1.° colegial	139	9,8
2.° colegial	53	3,8
3.° colegial	7	0,5
Subtotal	1.412	100
Missing	684	
System	5	
Subtotal	689	
Total	2.101	

14. O adolescente trabalha?
(no momento da apreensão)

	N. Absoluto	%
Sim	663	47,9
Não	720	52,1
Total	1.383	100
Não informa	712	
System	6	
Subtotal	718	
Total	2.101	

15. Função na qual o adolescente trabalha

	N. Absoluto	%
Ajudante de pedreiro	62	9,8
Vendedor	53	8,4
Auxiliar administrativo	1	0,2

	N. Absoluto	%
Bico – não específico	18	2,9
Office-boy	26	4,1
Lava-rápido	15	2,4
Ajudante de mecânico	36	5,7
Operário	4	0,6
Ajudante de limpeza	2	0,3
Cobrador de lotação	86	13,6
Motoboy	4	0,6
Auxiliar de manut. metal.	3	0,5
Ajudante	64	10,1
Sacolão	2	0,3
Borracharia	1	0,2
Mercado	5	0,8
Feirante	35	5,5
Distribui panfletos	22	3,5
Tabelião	1	0,2
Grafiteiro	2	0,3
Empregada doméstica	4	0,6
Corretor	1	0,2
Faz pipas	1	0,2
Estagiário técnico	2	0,3
Descarregador	11	1,7
Marcenaria	3	0,5
Ajudante de cozinha	3	0,5
Empacotador	1	0,2
Ferro-velho	5	0,8
Serralheiro	11	1,7
Faz carretos	4	0,6
Camelô	19	3
Balconista	19	3
Recuperador de peças	1	0,2
Afinação de piano	1	0,2
Entrega salgadinhos	1	0,2
Ajudante de decorador	1	0,2
Entrega jornal	4	0,6
Auxiliar de escritório	6	1
Servente	2	0,3
Letreiro	1	0,2

(continuação)	N. Absoluto	%
Eletricista	5	0,8
Segurança	2	0,3
Pizzaria	9	1,4
Guardador de carro	16	2,5
Gráfica	7	1,1
Fotógrafa	1	0,2
Entregador de pizza	17	2,7
Tecelagem	3	0,5
Lava carros no farol	1	0,2
Faz tatuagem	1	0,2
Engraxate	3	0,5
Carroceiro	1	0,2
Trabalha em xerox	1	0,2
Catador de papelão	3	0,5
Ajud. de sapateiro	1	0,2
Técnico de som	1	0,2
Jardineiro	1	0,2
Pintor	4	0,6
Webdesigner	1	0,2
Montador de divisória	1	0,2
Porteiro	1	0,2
Faz barracos	1	0,2
Funileiro	2	0,3
Babá	2	0,3
Outras	2	0,4
Subtotal	631	100
Missing	1.464	
System	6	
Subtotal	1.470	
Total	2.101	

16. O trabalho do adolescente é formal?

	N. Absoluto	%
Sim	16	12,7
Não	110	87,3
Total	126	100
Missing	1.969	

	N. Absoluto	%
System	6	
Subtotal	1.975	
Total	2.101	

17. O adolescente já havia trabalhado antes?

	N. Absoluto	%
Sim	476	92,1
Não	41	7,9
Total	517	100
Missing	1.578	
System	6	
Subtotal	1.584	
Total	2.101	

18. O adolescente já sofreu ação sócio-educativa?

	N. Absoluto	%
Sim	400	33,5
Não	793	66,5
Total	1.193	100
Missing	902	
System	6	
Subtotal	908	
Total	2.101	

19. O adolescente tem ligação com alguma entidade?

	N. Absoluto	%
CJ	1	1,6
Cedeca	3	4,8
Drogadição Internação	1	1,6
Dom Bosco	3	4,8
100% Gente	20	31,7
Salesiano	2	3,2
SOS Criança	23	36,5
Casa 10	1	1,6
Projeto Universal	1	1,6
Arte e vida	1	1,6

(continuação)	N. Absoluto	%
Padre Haroldo	1	1,6
Quixote	2	3,2
Outras	4	6,4
Total	63	100
Missing	2.032	
System	6	
Subtotal	2.038	
Total	2.101	

20. O adolescente já recebeu alguma medida?

	N. Absoluto	%
Sim	498	42,4
Não	676	57,6
Total	1.174	100
Missing	921	
System	6	
Subtotal	927	
Total	2.101	

21. Qual o tipo de medida que o adolescente sofreu?

	N. Absoluto	%
Internação	88	19,5
Semi	53	11,8
L.A.	265	58,8
Psc.	29	6,4
Obrigação de reparar o dano	1	0,2
Advertência	15	3,3
Total	451	100
Missing	1.644	
System	6	
Subtotal	1.650	
Total	2.101	

22. Que outra medida recebeu consecutivamente?

	N. Absoluto	%
Internação	10	10,6
Semi	19	20,2

	N. Absoluto	%
L.A.	51	54,3
Psc.	14	14,9
Total	94	100
Missing	2.001	
System	6	
Subtotal	2.007	
Total	2.101	

23. O adolescente faz uso de drogas?

	N. Absoluto	%
Sim	293	31,7
Não	630	68.3
Total	923	100
Não sabe/não informa	1.172	
System	6	
Subtotal	1.178	
Total	2.101	

24. Qual o tipo de droga?

	N. Absoluto	%
Maconha	191	72,3
Cocaína inalável	14	5,3
Cola	18	6,8
Crack	35	13,3
Outras	6	2,3
Total	264	100
Missing	1.831	
System	6	
Subtotal	1.837	
Total	2.101	

25. 2.º tipo de droga descrito

	N. Absoluto	%
Maconha	8	16,7
Cocaína inalável	20	41,7
Cola	9	18,8

(continuação)	N. Absoluto	%
Crack	9	18,8
Solvente	1	2,1
Outras	1	2,1
Total	48	100
Missing	2.046	
System	7	
Subtotal	2.053	
Total	2.101	

26. Antecedentes do adolescente

	N. Absoluto	%
Sim	431	70,3
Não	182	29,7
Total	613	100
Não informado	1.482	
System	6	
Subtotal	1.488	
Total	2.101	

27. O adolescente era interno ou externo?
interno = recolhido / externo = liberado

	N. Absoluto	%
Interno / recolhido na UAI	1.099	52,4
Externo / liberado na delegacia	997	47,6
Total	2.096	100
System	5	
Total	2.101	

28. Número da Vara de Execução da Infância e Juventude

	N. Absoluto	%
I	172	23,4
II	202	27,5
III	187	25,4
IV	174	23,7
Total	735	100
Missing	823	
System	543	
Subtotal	1.366	
Total	2.101	

29. Faixa etária do adolescente (recodificada)

	N. Absoluto	%
I	50	2,6
II	1.188	61,1
III	707	36,3
Total	1.945	100
System	156	
Total	2.101	

30. Escolaridade do adolescente (recodificada)

	N. Absoluto	%
1	286	20,3
2	912	64,6
3	203	14,4
11	1	0,1
12	10	0,7
Subtotal	1.412	100
Missing	684	
System	5	
Subtotal	689	
Total	2.101	

5. CRIMINOLOGIA

5.1

PROGRAMA DE APOIO À REINTEGRAÇÃO SOCIAL DE ENCARCERADOS ATRAVÉS DE SESSÕES DE DEBATES: relato de uma experiência

ALVINO AUGUSTO DE SÁ
Coordenador

CARLA C. VIVIAN CLARIZIA
FÁBIO C. MASTROIANNI
JULIANA BALLOTI MONTEIRO
LOURDES TATIANE F. SOARES
LUCIANA J. GONÇALVES
LUCIANA LUTAIF
MARISOL S. VERA
MÔNICA SOLIGUETO
VANESSA A. CORDIOLLI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Considerações teóricas: 2.1 O Fenômeno da prisionização; 2.2 A importância da interação presídio-comunidade – 3. Método do programa de apoio à reintegração social através de sessões de debates – 4. Analises e observações sobre as sessões: 4.1 Sessões de grupo 1; 4.2 Sessões do grupo 2 – 5. Análise, considerações e conclusões sobre a experiência com o programa desenvolvido – Bibliografia – Anexos.

Resumo: O presente trabalho é o relato da experiência de um programa de apoio à reintegração social de sentenciados que cumpriam pena privativa de liberdade em regime fechado, através de sessões de debates entre um grupo de reeducandos e um grupo de estudantes de Psicologia da Universidade Presbiteriana Mackenzie. O programa foi desenvolvido concomitantemente com dois grupos de presos. Foram realizados sete encontros com cada grupo e debatidos temas previamente definidos. Também foram aplicadas dinâmicas de grupo. Todo o trabalho foi acompanhado e supervisionado pelo professor coordenador do mesmo. Vêm analisadas e comentadas todas as sessões e, no final, a experiência é discutida, e são tiradas algumas conclusões.

Palavras-chave: Reintegração social – Ressocialização de sentenciados – Prisionização.

Abstract: The present work is the story of an experience of a program of sentenced bracket to the social reintegration of that they fulfilled freedom private penalty, in closed

regiment through sessions of debates between a group of reeducating and a group of students of Psychology of the University Mackenzie. The program was developed concomitantly with two groups of prisoners. Seven meeting with each group had been carried through and debated subjects previously defined. Also they had been applied dynamic of group. All the work was followed and supervised by the coordinating professor of accurately. They come analyzed and commented all the sessions and, to the end, the experience comes argued, taking off some conclusions.

Key-words: Social reintegration – Convicts social readjustment – Imprisonment.

1. Introdução

O presente trabalho é relato da experiência de um Programa de Apoio à Reintegração Social de Reeducandos Através de Sessões de Debates. O programa foi desenvolvido por alunos da Faculdade Psicologia da Universidade Presbiteriana Mackenzie, sob a coordenação e supervisão do Prof. Dr. Alvino Augusto de Sá, junto a presos que cumpriam pena privativa de liberdade, em regime fechado. Os alunos, divididos em dois grupos, um do turno matutino e outro do turno noturno, realizaram, cada um, através de sessões semanais, sete encontros com um grupo de sentenciados. Desses encontros, o primeiro destinou-se à apresentação do programa, seus objetivos e participantes (reeducandos e alunos); o último destinou-se à avaliação; e, nos outros cinco, foram realizadas dinâmicas e debatidos temas específicos.

O programa constituiu-se numa experiência que tem como objetivo buscar a integração entre a sociedade, através de um segmento seu – no caso, universitários –, e a população carcerária, visando, do lado da sociedade, a superação de preconceitos e uma melhor compreensão do homem preso, e, do lado do encarcerado, oferecer-lhe uma oportunidade de se sentir cidadão, digno da convivência social, uma oportunidade de conviver, pelo menos por alguns momentos, com um segmento da sociedade, conversando e debatendo sobre determinados temas de interesse para ele. Em relação aos presos, pretende-se levá-los a debaterem entre si e com alunos universitários e, conseqüentemente, a refletirem sobre sua conduta anti-social, sobre suas experiências de vida, sobre questões relativas à sua reintegração social, com vistas a melhor se conscientizarem sobre o significado pessoal e social de sua conduta criminosa e sobre as possibilidades, chances, exigências, dificuldades, significado e vantagens de sua reintegração social. Em relação aos alunos, o objetivo é oferecer-lhes uma oportunidade de entrarem em contato com a população carcerária, com seus problemas e angústias, e de desenvolverem uma experiência de apoio à reintegração social dos presos.

Parte-se do pressuposto de que, no ambiente carcerário, o sentenciado tem uma vida restrita, restrita quanto ao espaço, aos assuntos, às pessoas com quem se relaciona, e acaba, na maioria das vezes, sucumbindo ao processo de prisionização, resultante, entre outras coisas, do distanciamento e marginalização em relação à

sociedade. A ressocialização do preso, sua reintegração social, dependerá, pois, em grande parte, da forma como ele se reaproximará da sociedade, vai se sentir, se valorizar e se impor, como cidadão, perante ela. Assim, são feitas inicialmente algumas considerações teóricas sobre o processo de prisionização, bem como sobre a importância da interação presídio-comunidade. A seguir, vem exposto o programa. No item 3, para cada um dos encontros faz-se o destaque de algumas participações, seguido de algumas observações gerais sobre o encontro. No item 5, são feitas discussões e tiradas algumas conclusões sobre a experiência que se teve com o programa.

2. Considerações teóricas

2.1 O fenômeno da prisionização

A assim chamada "recuperação" de um sentenciado, de um ex-presidiário, não é coisa fácil. Disso todos sabemos. Não é coisa fácil, porém, não porque ele tenha as "marcas", os traços de uma "personalidade criminosa", idéia essa hoje totalmente descartada na Criminologia, mas sim porque ele tem as "marcas" da prisão, o que é coisa bem diferente. A prisão deixa "feridas" profundas na "alma" do sentenciado e do ex-presidiário. Essas feridas são resultantes em grande parte do fenômeno da prisionização. Assim como existe a contaminação hospitalar, também existe a contaminação carcerária, de conseqüências profundamente deletérias para a mente do encarcerado.

A prisionização será entendida por nós, primeiramente, como um processo. E uma das formas de se entender um processo é como algo que pode ocorrer sucessivamente e gerar mudanças. É também algo que sugere ir adiante, algo que se concretiza num determinado espaço de tempo, com ou sem objetivos definidos. De acordo com o *Dicionário Técnico de Psicologia*, "processo se contrasta com estrutura ou forma de organização daquilo que muda ou se transforma, a qual, entretanto, é relativamente estática, apesar do processo de transformação". Portanto, dizer que o preso sofre de algum distúrbio ligado à sua estrutura de personalidade, que o fez ir contra as normas sociais, sem levar em consideração o ambiente que o cercava e o cerca agora (o cárcere), isto é, seu processo de vida, é errôneo. A estrutura de personalidade pode manter-se a mesma, mas o meio e as interações com esse meio têm um papel decisivo na dinâmica da personalidade. Entende-se aqui estrutura como um agrupamento e ordem das partes de um todo, e dinâmica como algo relativo a movimento, a provocação de uma ação. A psicologia dinâmica envolvida nas investigações de relações de causa-e-efeito, nos motivos e impulsos, afirma que "a atividade mental é determinada pela dinâmica da personalidade em suas constantes trocas de energia... Distingue-se da psicologia de profundidade, na medida em que esta sustenta que só os processos inconscientes têm efeitos dinâmicos, quando, de fato, as influências externas e orgânicas afetam igualmente os padrões de estímulos recebidos, num intercâmbio constante entre a pessoa e o meio" (Cabral e Nick, 1997, p. 304).

Já que o meio é um determinante na dinâmica da personalidade e levando-se em consideração que os comportamentos são a melhor expressão da personalidade de um indivíduo, nada mais claro do que afirmar que indivíduos segregados num mesmo espaço físico tendem a assimilar paulatinamente modelos de conduta existentes nesse espaço, bem como a reforçar condutas suas semelhantes a tais modelos. Comprova-se isso através da Antropologia, que estuda o indivíduo, destacando as influências particulares que ele sofre dentro de seu grupo étnico ou de sua sociedade, decorrentes da sua própria participação social e cultural. O indivíduo pode desempenhar um papel ativo e criador na cultura; porém, tende a ações, pensamentos e sentimentos característicos de seu grupo étnico ou sociedade, sendo condicionado por aprendizagem e educação a um contexto particular de tradição cultural. Conclui-se daí que a cultura se caracteriza pela interação de todas a personalidades do grupo étnico ou sociedade, visto que os indivíduos são educados em um núcleo comum, a fim de manter-se a tradição daquele grupo.

No ambiente carcerário, o que se dá é algo que chamamos de aculturação, um processo em que diferentes grupos culturais entram em contato uns com os outros; tomam ou recebem elementos culturais um do outro. Esse contato e a difusão ocorrem com certa continuidade. Na verdade, o que deveria ser um espaço para a punição e eliminação de comportamentos inadequados torna-se um local reforçador desses comportamentos, uma vez que todos os que no cárcere estão, com exceção dos agentes penitenciários e afins, são mantidos isolados e, portanto, obrigados a construir uma nova sociedade dentro da vida em massa no cárcere.

A prisionização é, portanto, um processo, ou seja, é algo que ocorre num determinado espaço de tempo e gera mudanças. É um processo de aculturação – a adoção dos costumes de um grupo social com o qual se convive por algum tempo, em que há "a adoção em maior ou menor grau dos usos, costumes, hábitos e cultura geral da prisão" (Thompson, 1980, p. 23). É algo que ocorre inevitavelmente e que exige do indivíduo que passa a conviver com essa cultura uma prévia "perda" de identidade, ou, em termos mais realistas, uma "acomodação" da própria identidade, para que ele possa com isso adquirir a identidade da instituição carcerária. "A Instituição é algo como o inconsciente de Freud, não localizável e imediatamente problemático. Ou fazemos detonar o consciente ou nos submetemos ao inconsciente" (Barrili, 1990, p. 187).

Na maioria das vezes, as pessoas estão mais interessadas em denunciar criminosos, ou por já terem sido vítimas de algum incidente, ou simplesmente por solidariedade a alguém. Não se preocupam, em absoluto, com os efeitos e manifestações da prisionização em um indivíduo, pelos quais ele perde sua identidade, privacidade e o direito de independência e desenvolvimento pessoal. Deve-se atentar para o fato de que o indivíduo que cumpre de cinco a dez anos dentro do cárcere não sai, e nem pode sair, do sistema prisional sem que tenha sofrido transformações consideráveis em sua maneira de ser e sentir. Por passar muito tempo em contato somente com indivíduos criminosos, acaba aderindo à sua sociedade, ao seu mundo, aos seus costumes, valores, critérios de felicidade e à

própria linguagem deles, que, aliás, é a forma como os indivíduos representam e simbolizam o ambiente.

Uma verdade incontestável tem que ser dita: que a pena de prisão e o cárcere provocam degradação do ser humano através dos problemas inerentes à própria natureza do cárcere, como o isolamento do preso em relação à sociedade, a convivência forçada no meio delinqüente e um poder totalitário controlando todos os atos do indivíduo. Todo o encarcerado sucumbe, de alguma maneira, à cultura da prisão, sem alternativas de escape. Devido a esse poder totalitário, emerge entre os reeducandos uma cultura paralela que define regras, costumes e critérios e condições de felicidade e sobrevivência. Portanto, o preso sofre um isolamento em sua cultura carcerária, já que não tem um contato mais próximo da sociedade.

Até mesmo a arquitetura carcerária acaba por contribuir e influenciar nesse processo de prisionização, na vida mental do sentenciado (Sá, 1990). A personalidade do indivíduo vai se moldando, adquirindo sua identidade através da relação com os objetos que ela integra. Estabelece-se uma simbiose perfeita entre o homem e o arranjo arquitetônico do cárcere. Um lugar que oferece ao preso repressão, ameaças, depressão e austeridade. Transmite a impressão de restrição de seus movimentos vitais, respiratórios e da própria dimensão de vida. Normalmente, os lugares são escuros, com paredes altas, de cores escuras, sem muita ventilação, com escassa liberdade de movimentos. Os indivíduos que lá trabalham também sofrem esse processo, mas ainda mantêm um contato com o ambiente externo ao cárcere, impedindo uma maior identificação com a prisionização.

Portanto, uma das formas mais importantes e, diríamos, imprescindíveis para se promover a assim chamada "recuperação" do sentenciado não é necessariamente a de buscar "transformá-lo", mas primeiramente a de, juntamente com ele, buscar caracterizar as marcas nele deixadas pela prisionização, conscientizá-lo sobre essas marcas e seus efeitos deletérios e oferecer-lhe o apoio possível e necessário para que ele possa superá-las. Se a prisionização ocorre por força da segregação do preso em relação à comunidade, a conscientização e superação de seus efeitos só poderão ocorrer através da retomada do contato com a sociedade. Daí a importância capital da interação presídio-comunidade.

2.2 A importância da interação presídio-comunidade

A idéia central que norteia o presente trabalho é a de que a assim chamada "ressocialização" do preso só se efetiva de fato através da participação da comunidade, o que propiciará o que se chamará aqui de "reintegração social". Reintegração social é um conceito proposto por Barata (1990), no lugar dos conceitos de reeducação, ressocialização etc. Tal conceito supõe uma pista de mão dupla, isto é, não é somente o sentenciado que tem de caminhar rumo à sociedade, transformar-se e adequar-se a ela, mas é também, e talvez sobretudo, a sociedade que tem de se modificar, caminhar em direção daqueles que ela excluiu e buscar aceitá-los, compreendê-los em sua história e integrá-los. A reintegração social não deixa de ser a aceitação das normas e comportamentos sociais por parte do

condenado, mas também deve propiciar-lhe a compreensão de que todos os serviços, benefícios e entretenimentos oferecidos pela sociedade lhe são de direito, uma vez que ele é parte integrante desta. Não se trata simplesmente de incrementar exigências "gratuitas" em sua mente, que viriam acirrar uma rebeldia não construtiva, mas de ajudá-lo a desenvolver uma consciência sobre seu real valor de cidadão e sobre suas qualidades. Segundo Schneider (1991), esse processo implica um trabalho junto à sociedade, dando condições para que ela aceite os reeducandos e que estes tenham a oportunidade de começar uma vida nova. É muito importante a participação da família do preso para o sucesso desse processo.

O sistema penitenciário vigente tem falhado em seu objetivo de reintegrar o preso à sociedade. A falha está no fato de o preso ficar privado de liberdade, o que o leva a sofrer os efeitos da prisionização. As conseqüências desse processo são extremamente prejudiciais ao seu psiquismo. Baratta (1990), em seu trabalho "Ressocialização ou controle social", apresentado no Fórum Internacional de Criminologia Crítica, trata da marginalização e conseqüente rejeição desse indivíduo por parte da sociedade (marginalização primária). Ao ser preso, o indivíduo sofre uma segunda marginalização. É quando o Estado concretiza o antagonismo entre o condenado e a sociedade. Por conseguinte, para a reintegração social desse indivíduo marginalizado, é imprescindível que se retome a interação entre ele e a comunidade. Segundo Baratta (1990), comunidade e presídio, tomando conhecimento um do outro e de suas contradições, poderão reconstruir suas próprias histórias, fazendo com que essas partes voltem a integrar-se, superando suas "diferenças" e, juntas, buscando as melhores condições para resolver os conflitos existentes entre elas.

Pois bem, entre as múltiplas formas de interação presídio-comunidade, visando ao menos minorar no sentenciado os problemas da prisionização e assim promover sua reintegração social, estão os programas de debates entre universitários e reeducandos. E foi um programa desses que os autores do presente trabalho desenvolveram num dos presídios da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo.

3. Método do programa de apoio à reintegração social através de sessões de debates

O programa de apoio à reintegração social dos reeducandos, de que trata o presente relato, desenvolveu-se através de sessões de debates entre dois grupos de alunos de Psicologia da Universidade Presbiteriana Mackenzie e dois grupos de sentenciados, que cumprem pena em uma das unidades prisionais da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. O trabalho foi coordenado e supervisionado pelo Prof. Dr. Alvino Augusto de Sá.

Dos dois grupos de alunos, um era do turno matutino e o outro, do turno vespertino. O grupo do turno matutino era composto por acadêmicos do 4.° e 6.°

semestres de Psicologia e realizou sete encontros com um grupo de reeducandos que aqui será identificado como grupo 1. Esse grupo teve a participação de cinco membros em média, já que houve algumas faltas e alguns membros não mais compareceram a partir do quinto ou sexto encontro, por terem sido transferidos para o regime semi-aberto. As sessões realizaram-se às quartas-feiras à tarde e tiveram duração média de 1 hora e 15 minutos. O grupo de alunos do turno vespertino era constituído por acadêmicos do 6.° ao 8.° semestre de Psicologia e realizou sete sessões de debates com um grupo de reeducandos, que aqui será identificado como grupo 2. Esse grupo contou inicialmente com a participação de oito sentenciados, dos quais um não mais compareceu a partir do terceiro encontro. As sessões realizaram-se às sextas-feiras de manhã e tiveram duração média de 1 hora e 15 minutos.

O trabalho desenvolveu-se de março a novembro de 1999. De março a junho, os alunos e o professor supervisor realizaram encontros de discussões teóricas sobre leituras feitas. De agosto a novembro realizaram-se as discussões de debates. A partir daí, o grupo entregou-se à tarefa de relatar, analisar e discutir a experiência.

No próximo item, são especificados, para cada sessão, os temas debatidos e estratégias utilizadas, e são feitas algumas análises e observações.

4. Análises e observações sobre as sessões

4.1 Sessões do grupo 1

Primeiro encontro

O primeiro encontro teve como objetivo a apresentação do trabalho e dos participantes. Os universitários se apresentaram, bem como os internos. Os universitários expuseram a proposta e objetivos do trabalho, especificando os temas a serem debatidos. Disseram que todo o trabalho seria relatado e que uma cópia seria entregue no presídio; os sentenciados participantes seriam identificados por nomes fictícios. Eles disseram que seria muito importante a casa saber de sua participação nesses trabalhos, a fim de reconhecer seus méritos. Os detentos comentaram que os temas eram os mesmos que eles discutem no grupo de reabilitação. Mostraram-se dispostos a participar das atividades propostas. Mais do que dispostos, mostraram-se interessados, dizendo que atividades como essa servem para "refrescar" sua cabeça e tirá-los da rotina da cadeia, constituindo-se para eles numa oportunidade de falar de assuntos diferentes e conversar com pessoas diferentes.

Mesmo não havendo debate, esse primeiro contato entre reeducandos e universitários foi importante, uma vez que serviu para vencer certas barreiras, sobretudo por parte dos reeducandos, já que estes, principalmente no início, mostraram-se defensivos, o que é mais do que natural. Essa apresentação tornou mais fácil o encontro seguinte, em que iriam começar os debates.

Segundo encontro

O tema de debate do segundo encontro foi o seguinte: o que significou para os reeducandos a sua conduta criminosa; a que eles a atribuem; e como eles a compreendem hoje. Os universitários sentaram-se, alternando-se entre os sentenciados.

Destaque de algumas participações

Destacaremos algumas colocações feitas pelos detentos, ilustrativas de seu processo de marginalização social, de identificação com a vida do crime e de autodegradação (diminuição da auto-estima). Vale lembrar que, ao verbalizarem num grupo de debates as experiências por que passaram e seus pensamentos e "crenças", estão se abrindo a um diálogo, a uma reformulação, e "algo" poderá ficar em suas mentes, para reflexões futuras.

Disse um dos sentenciados: "Meu pai é viciado, pedia para eu roubar gás de cozinha da minha mãe para ele e ficava se drogando. O próprio 'Renato' (nome fictício de outro detento) viu quando estávamos eu e ele, os nossos pais e o meu avô na casa deste último, numa saída (temporária) que tivemos, quando ele (seu avô) nos disse que se nós quiséssemos ajuda para arrumar a vida, trabalho, ele nos ajudaria, mas, se quiséssemos continuar no crime, também nos ajudaria. Tanto é que, quando fugi, fui direto para a casa dele". Observe-se que esse sentenciado tem consciência dos modelos negativos que teve e tem na vida, em sua própria família, e de que seu avô pôde lhe favorecer o caminho tanto para o bem como para o mal. No debate, teve-se a ocasião para alertá-lo de que cabe a ele fazer a opção, o que, é óbvio, serve de alerta também para os demais.

Disse outro reeducando que, desde os 12 anos, já andava com uma arma na mão, no meio dos bandidos, na periferia. "Eu andava com um pessoal barra-pesada. Aí fui para o Nordeste, voltei uns dois anos depois, arrumei um emprego de lavar carros. Já não andava mais com os caras de antes, quando um dia os guardas me pegaram. Eu não estava fazendo nada. Me perguntaram sobre o pessoal que eu andava, não sabia de nada, me levaram para um matagal, me amarraram numa cadeira e me chicotearam, sendo que eu tenho as cicatrizes até hoje" (apontou para o pescoço). "Eu não falei nada, pois não sabia de nada. Arrumei uma arma e comecei a assaltar. O primeiro foi um comerciante lá da vila". Quando o grupo colocou que quem "pagou o pato" então foi o comerciante, ele disse: "Ele e mais um monte". E todos os reeducandos riram. Observe-se nessa fala o curso vital de um assaltante. Um curso vital caracterizado pela segregação social, integração de grupos marginalizados e permeado de conflitos com a sociedade, ainda que com tentativas, por parte do marginalizado, de reaproximação, mas sem sucesso. No debate, torna-se clara uma consciência, por parte do grupo e dele, de que suas vítimas "pagaram" pelo que ele vinha sofrendo em sua vida. Entretanto, os risos dos companheiros não deixam de mostrar certa aprovação (em nível de compreensão e identificação) do que ele fez.

O detento "Cláudio" permaneceu quieto, atento àquilo que seus colegas diziam. Num determinado momento do debate, Cláudio disse que havia sido conde-

nado pelo art. 155 (furto) e atribui sua conduta criminosa ao fato de ter vivido na Febem durante um período de sua vida. Defendeu uma idéia da qual todos os outros reeducandos discordaram: disse que quando sair da prisão voltará a roubar porque esta era a forma que ele tinha para sobreviver. Uma das universitárias perguntou: "Mas você não pensa que pode voltar para a prisão, por motivo de roubo novamente, não pensa em tudo aquilo que você já passou aqui dentro?". O detento responde: "É, daí eu acho que não faria não". Diante dessa fala de "Cláudio", os outros reeducandos começam a rir e dizem: "Meu, esse cara não sabe o que fala, cada hora fala uma coisa, não tem opinião certa". Essa participação nos mostra como um detento vive à mercê dos momentos, positivos ou negativos, que a vida lhe proporciona, sem muitas condições para uma reflexão mais séria, ficando sujeito às mais diferentes influências, construtivas ou negativas. Num debate assim, essas questões vêm à tona.

O sentenciado "Marcos" disse que já teve uma companheira e que tem duas filhas. Não mencionou o que teria provocado sua conduta criminosa. Uma das universitárias perguntou-lhe quem era responsável pelo sustento de suas filhas e ele respondeu: "Sei lá, acho que é minha sogra ou o 'Ricardão'. Desde que fui preso, minha companheira veio me visitar na primeira semana, depois passou quinze dias até aparecer de novo e depois não veio mais, deve ter encontrado um 'Ricardão', e com isso não vejo mais minhas filhas, pois elas são muito novas e não poderiam vir até aqui sozinhas". Fica patente nessa colocação a diminuição significativa da auto-estima, quando o preso reconhece publicamente, quase que numa atitude de ridicularização de si mesmo, a possível presença do tal "Ricardão" junto à sua companheira.

"André" disse mais uma vez ter mudado seus pensamentos e suas atitudes, comentando que, depois de ter levado oito tiros de comerciantes, ao sair da cadeia da primeira vez, foi conversar com tais sujeitos, com os quais se entendeu e hoje mantém convívio pacífico e até amigável, dizendo: "eu confio neles". Trata-se de uma fala que coloca em foco e valoriza a atitude de busca de reconciliação, estratégia fundamental, quando se pretende atingir a ressocialização.

Observações gerais sobre o segundo encontro do grupo 1

Como em qualquer grupo de pessoas, o que se observou foi a liderança de alguns com maior participação, uma menor participação de outros e uma quase total passividade ou omissão de uns dois ou três. Esses últimos não se mostraram, porém, propriamente desinteressados no debate. Eles representam e expressam aquele lado de timidez e submissão humanas, frente a outros que conseguem tomar a iniciativa e dominar. De uma forma geral, observou-se interesse pelo tema, pelo debate. Da parte de alguns, suas colocações pareciam partir espontaneamente de algo sobre o que eles já vêm refletindo e com o que vêm se preocupando.

Não se observou muita ou quase nenhuma complementaridade de idéias; um confronto de idéias aconteceu de forma explícita, embora pouco freqüente. O aspecto de cooperação e construtividade no debate mostrou-se pobre. Nesse sen-

tido, observa-se o risco de os mais passivos e submissos sentirem-se frágeis e dependentes diante da realidade, perante outros, e de se tornarem dependentes e influenciáveis.

Dentro, porém, de uma visão ampla sobre o debate, pode-se dizer que o grupo, perante a sua dinâmica, em nada se diferenciou essencialmente de um grupo comum de pessoas de nível cultural e intelectual equivalente, que, inseridas num mesmo contexto, são convidadas a debater sobre um problema que lhes é comum.

Terceiro encontro

O tema de debates do terceiro encontro foi: o que os reeducandos pensam sobre a sociedade. Os universitários alternaram-se nas cadeiras com os reeducandos.

Destaque de algumas participações

O primeiro ponto levantado pelos reeducandos foi o preconceito, e levantaram a questão de que existem pessoas boas e más dentro e fora do presídio. "André" diz que, "quando estamos em liberdade, é mais fácil encontrar apoio em casas de pessoas humildes. Essas estão dispostas a doar um prato de comida ou uma roupa. Já as pessoas mais ricas, a 'burguesia', não ajuda em nada, pior, é capaz de chamar a polícia para te levar de volta para a cadeia". Ele diz que parte da culpa da existência desse preconceito é da imprensa, isso porque ela passa sempre aquela imagem de uma rebelião, com muitos reeducandos usando máscaras com "aquela cara de doido e espumando". As coisas boas que acontecem no presídio ela não mostra, como o teatro, por exemplo. Essas colocações mostram claramente a relação de antagonismo entre os presos e a sociedade, ao mesmo tempo, porém, que estão a testemunhar certa infantilidade da parte deles, no que diz respeito à sua dependência em relação à ajuda de que necessitam, ou até mesmo que "exigem" da parte dos outros.

O Prof. Alvino expôs o quanto é perigoso o detento não se sentir parte da sociedade e acabar assumindo o crime como sendo o seu único valor. Isso atrapalha o processo de reintegração social. Os reeducandos responderam que precisam ter a consciência de que são capazes de fazer outras coisas e que eles têm o seu valor. Deram como exemplo um detento que está escrevendo um livro e um outro que estava estudando para entrar numa faculdade de Direito no interior e conseguiu. A essas pessoas eles atribuíram a qualidade de serem inteligentes.

Os universitários perguntam, então, se o fato deles terem percebido isso, ou seja, que eles também são capazes de produzir coisas boas, já não era uma atitude inteligente. Dissemos que eles não deveriam perder isso e devem lutar pelas coisas que almejam, uma vez que nada na vida é fácil de se conseguir. Sabemos que a vida dentro do crime é sedutora, pela facilidade com que se conseguem as coisas, pela adrenalina e também pela própria admiração da sociedade. Eles não podem se deixar iludir por essa falsa realidade, e o fato de terem essa consciência já é um grande passo.

O reeducando "Fernando" verbalizou sua indignação quando ouviu a psicóloga que o examinou dizer que ele é "irracional" (*sic*). Mostrou-se bastante revoltado com essa observação que ouvira tempos atrás. Ao mesmo tempo, porém, diante da observação do Prof. Alvino de que ele deve procurar descobrir e reconhecer em si suas qualidades, ele retruca, dizendo que, com ele, "não tem mais jeito".

Os reeducandos nos perguntaram qual era a reação das pessoas quando dizíamos que estamos fazendo um trabalho dentro da penitenciária. Perguntaram-nos se sentíamos medo. Respondemos que algumas pessoas parecem surpresas e comentam que é uma atividade perigosa e explicamos que não sentíamos medo de estar ali dentro conversando com eles. Sabemos que violência existe em todo lugar, e que estamos sujeitos a ela tanto ali dentro quanto fora. Podemos até mesmo nos sentir mais seguros dentro do presídio do que fora dele. Como já tínhamos dito antes, existem pessoas boas e más em todo lugar, sem exceção.

Os reeducandos disseram que é difícil ser honesto na sociedade, quando as pessoas que vivem nela não dão o exemplo. Citaram os políticos, que são as pessoas que deveriam estar no poder para defender os nossos direitos, e que no entanto são as primeiras a nos roubar.

Retrucamos voltando a um assunto que já havia sido levantado: existem pessoas boas e más, cabe a nós seguirmos o bom exemplo.

Nessa hora um dos universitários levantou a seguinte questão: será que é a sociedade que "empurra" a pessoa ao crime, ou será que é mesmo uma opção de cada um?

O tempo da reunião já estava terminando, mesmo assim os reeducandos responderam que: "é você que decide por esse caminho". Não tivemos mais tempo para uma discussão mais prolongada.

Observações gerais sobre o terceiro encontro do grupo 1

Nesse debate, percebeu-se uma melhor convergência (e menor dispersão) de idéias, basicamente centradas em torno do antagonismo entre os presos e sociedade, e da predisposição negativa deles em relação à sociedade. Fica, por isso mesmo, muito clara a importância de debates como esses entre eles e segmentos da sociedade, exatamente para se atacarem de frente questões como as que foram levantadas: preconceitos, modelos positivos e negativos, autoconfiança, descoberta e reconhecimento dos próprios valores e da própria capacidade.

Quarto encontro

O tema de debate do quarto encontro foi a família.

Destaque de algumas participações

Todos falaram sobre a importância da visita. O dia da visita é visto por eles como sagrado. Se houvesse audiência que coincidisse com o dia da visita, os reeducandos desmarcariam a audiência para ficarem com a família. "Fernando" relatou que são essas visitas que dão força, ânimo para ele. "Às vezes quando a gente está com a cabeça cheia, uma passada de mão no rosto parece que faz a

gente esquecer de todos os problemas". Os outros reeducandos concordaram. A visita é feita na maioria das vezes pela mãe, esposa ou namorada e filhos.

É interessante ressaltar que nenhum dos reeducandos fez referência ao pai, somente diante da solicitação do professor. "Paulo": tem uma relação boa com o pai. "André": pai morreu assassinado em 1992. Marcos: pais morreram quando tinha 12 anos. Fernando: odeia o pai, que nunca o visitou e não tem interesse de saber sobre ele. Contou que o pai tem uma fábrica e uma S-10. Disse tê-lo encontrado uma vez em um bar e, como estava acompanhado de uma mulher, quis dar dinheiro para ele para que este não contasse para sua mãe.

Dentro do presídio, disseram os reeducandos, deve haver o respeito com as visitas, e que um detento não pode se dirigir diretamente à visita do outro, qualquer comunicação deve ser feita por intermédio do detento ligado diretamente àquela visita, não podendo nem mesmo dirigir olhares para a visita alheia, tendo que manter-se de cabeça baixa quando passa por ela. Ainda assim é preferível que não se passe pelo lado da visita, mas sim pelo lado do detento daquela visita. Outro ponto importante, acrescentaram eles, é que o detento tem domínio sobre sua própria visita, sendo que esta deve obedecê-lo.

"André" relatou que gostava muito do pudim de leite feito pela mãe, e, quando esta traz o pudim, ele valoriza muito quando compara com a comida do presídio. Nesse momento, uma das universitárias alertou sobre o fato de que só se dá valor às coisas quando se as perde, e perguntou se o valor dado à família agora é diferente do que era dado anteriormente. "Fernando" disse que, quando se têm as coisas, é tudo tão fácil, está tão perto, é tão rotineiro que as pessoas terminam não dando muito valor. Diante disso, o professor alertou que, do mesmo jeito que as coisas são fáceis, pode-se perdê-las facilmente também.

Observações gerais sobre o quarto encontro do grupo 1

De um modo geral, todos ressaltaram a importância da família, da figura da mãe, que sempre permanece a seu lado, seja qual for a situação. As palavras que mais foram vinculadas à família foram: apoio, segurança, base, refúgio. Pudemos observar que os reeducandos valorizam o contato com a família, que seu apoio é importante para que eles reajam frente às suas dificuldades. Outro aspecto interessante é que eles valorizam mais a figura da mãe do que a do pai.

A maioria apresenta contatos familiares conflituosos e descontínuos. Preferem que os filhos não saibam da atual posição em que se encontram. Apesar de ter havido um interesse na discussão sobre tal tema, não houve um aprofundamento no que diz respeito à questão de prevenção ao crime ou da reincidência criminal junto à família.

Demonstraram solidariedade a um membro do grupo que não tem uma família que o visite.

Quinto encontro

O tema de debate do quinto encontro foi: o que os reeducandos pensam acerca de seu futuro, quando em liberdade.

Destaque de algumas participações

Os detentos, de maneira geral, falaram de suas expectativas sobre o que pretendem fazer, quando estiverem em liberdade, seja quanto à família, seja quanto ao trabalho, seja quanto aos amigos. Falou-se dos bons e dos falsos amigos. Falou-se das dificuldades que os egressos têm para encontrar emprego. Os detentos enfatizaram ainda as dificuldades que têm para que a equipe técnica reconheça seus méritos e seus progressos, para lhes dar um parecer favorável à obtenção de um benefício. Aliás, esse tem sido um "lugar-comum" nos debates.

Um dos internos, que levara uma vida pregressa bem identificada com a delinqüência, comentou que, quando retorna à cela à noite, começa a refletir sobre os debates e então diz para si mesmo: "Pô... os caras lá até que falam uns 'barato' interessante, que dá pra pensar!". E acrescentou que os debates estavam lhe sendo úteis.

Falando-se sobre as dificuldades do egresso para arrumar emprego, o detento "Paulo" perguntou para uma das estagiárias: "Você empregaria um ex-detento?". A estagiária respondeu que esta era uma pergunta difícil de ser respondida, mas assegurou que este não seria o único fator para uma decisão; dependeria do que ele (ex-detento) falasse no momento da entrevista, da percepção que ela teria de sua mudança.

Às dificuldades de emprego soma-se muitas vezes, disseram os internos, a falta de apoio por parte da família, e tudo isso faz com que o caminho mais fácil seja mesmo o do retorno ao crime.

O Prof. Alvino comentou sobre o sentimento de poder em que o indivíduo se encontra quando está na posição de "bandido" e o sentimento de submissão, de ter que abaixar a cabeça para os outros, quando se está na posição de empregado. Alertou também que todos têm que abaixar a cabeça para alguém, pois sempre haverá alguém superior a você.

Observações gerais sobre o quinto encontro do grupo I

Percebemos que os reeducandos demonstram certa preocupação e possuem algumas perspectivas para o futuro, porém sem muita consistência. Assim, referem-se a possibilidades de emprego, contando com a ajuda de pessoas conhecidas. De modo geral, fazem alusões sobre a intenção de não voltar à vida que os levou para a posição em que hoje se encontram, mostrando-se porém pouco otimistas quanto ao apoio real e efetivo que venham a encontrar quando em liberdade. Assumem dessa forma a identidade de detento, mantendo-se num nível superficial de análise, inclusive do ponto de vista ético-valorativo.

Sexto encontro

O sexto encontro consistiu na aplicação de dinâmicas de grupo. O grupo dos universitários colocou uma mesa no centro da sala, espalhando diversos lápis de cor. Todos sentaram-se em círculo. Foram distribuídas duas folhas de papel para cada detento, e foi pedido para que desenhassem nas folhas, ou em apenas uma das folhas, algo que houvera sido discutido antes, conforme os temas propostos.

Apenas um dos quatro reeducandos presentes nessa sessão não quis desenhar, dizendo que mal sabia pegar num lápis, quanto mais desenhar. Foi-lhe dito para que ficasse à vontade e deu-se prosseguimento à atividade.

De maneira geral, eles desenharam sobre expectativas futuras deles (estar com a família, longe do crime, em paz e tranqüilo), ter sempre a família unida e arrumar um emprego. Foi-lhes dito que, depois que eles desenhassem, quem quisesse poderia escrever algo sobre o desenho, e depois cada um comentaria sobre o desenho. Um fato interessante que ocorreu durante a atividade foi que um dos reeducandos disse que tentara se colocar no lugar do amigo do grupo que não tem ninguém para o visitar, dizendo-nos sentir sobre a vida desse amigo.

Nesse encontro, observou-se que os reeducandos estavam pouco espontâneos. Pouco falaram. Diferentemente dos demais encontros, nesse, encontrando-se ausente o coordenador do trabalho, o Prof. Alvino, estava presente a psicóloga Diretora do Grupo de Reabilitação. É possível que a presença da Diretora tenha inibido um pouco uma melhor participação dos sentenciados.

Sétimo encontro

No sétimo encontro, foram aplicadas dinâmicas de grupo e, a seguir, fizeram-se a avaliação e o encerramento do trabalho.

Dinâmicas

O grupo de universitários e o coordenador resolveram dar prosseguimento à dinâmica, com a finalidade de estimular nos sentenciados a reflexão. A dinâmica se desenvolveu em forma de leitura de textos e discussão destes com os universitários. O primeiro texto discutido com o grupo foi "Lá embaixo" (ver anexo 1), onde, no começo, eles tiveram certas dificuldades em entender o significado simbólico da história. A partir de discussões com o grupo e à medida que iam se colocando no papel do personagem principal da história, foram percebendo as semelhanças deles com o personagem. Foram vendo que a "areia" que era jogada no cavalo parecia-se muito com a falta de oportunidades, com o preconceito que eles sofriam na tentativa de arrumar um emprego, por exemplo. Eles perceberam que todos nós estamos sujeitos a essa areia que tenta nos enterrar, e que podemos usar isso como uma forma de incentivo para vencermos os obstáculos que a vida nos impõe, e que para isso só depende da vontade própria de cada um, representada no texto pela própria atitude do cavalo.

Num outro texto, "A águia que (quase) virou galinha" (ver anexo 2, p. 234), eles novamente demonstraram dificuldade em compreender o valor simbólico da história, chegando até a satirizar a atividade, comparando-se com galinhas. No entanto, a partir de discussões com o grupo e de reflexões sobre a história, colocaram-se no lugar da águia e perceberam que esta tivera que se comportar como galinha para sobreviver. Embora com dificuldade, perceberam que esse intenso convívio no cárcere não deveria fazer com que ela perdesse a sua própria identidade de águia. Através de reflexões, eles foram percebendo as semelhanças deles com o personagem da história. Mesmo convivendo entre reeducandos, eles ja-

mais deveriam esquecer-se de suas identidades de cidadãos; mesmo sendo jogados nesse abismo de preconceito em relação ao papel que assumem neste momento, deveriam "bater as suas asas" e lembrar-se sempre que são cidadãos, e não vestir sempre a "roupa" de ex-presidiários.

Avaliação e encerramento do trabalho

Esse último encontro, como previsto no programa, foi reservado para que tanto alunos como coordenador e reeducandos fizessem uma avaliação do trabalho realizado. No geral, os comentários por parte dos reeducandos foram de considerar a experiência, que tanto para eles como para nós era a primeira vez, como válida. Alegaram que é importante para eles refletir sobre alguns assuntos sobre os quais não tinham ainda parado para pensar. Além disso, é uma oportunidade de eles conhecerem um pouco mais a sociedade. É importante frisar que eles sugerem que mais segmentos da sociedade tenham esse tipo de experiência, para que se dissolva a imagem que ela tem deles como reeducandos, vendo que eles não são exatamente aquilo que ela imagina, já que a imagem que a sociedade tem deles é muitas vezes distorcida pela mídia.

Um comentário interessante, colocado por um detento durante a sessão, foi: "Malandros na verdade são vocês, que podem ir para onde quiserem e fazer um monte de coisas, ter acesso a diversos lugares, e não a gente que está aqui e não pode fazer nada que quer e nem ir a lugar algum".

4.2 Sessões do grupo 2

Primeiro encontro

O primeiro encontro teve como objetivo fazer a apresentação do trabalho e de todos os participantes, universitários e detentos.

Primeiramente todo o trabalho foi explicado aos reeducandos: número de sessões, temas a serem discutidos, horários e locais a serem realizados os debates e o sigilo dos dados, caso esses fossem desfavoráveis aos reeducandos, deixando claro que a função dos alunos de psicologia não era em nenhum momento a de análise.

Feito isso, os alunos se apresentaram, e em seguida cada um deles se apresentou.

Todos aceitaram participar do trabalho, mostrando-se interessados.

Segundo encontro

O tema de debate do segundo encontro do grupo 2 foi: o que significou para os reeducandos a sua conduta criminosa, a que eles a atribuem e como hoje eles a compreendem.

Destaque de algumas participações

Vários sentenciados alegaram a ambição como motivo para sua entrada na vida no crime. No entanto, notou-se uma dificuldade de eles se deterem na análise

sobre os motivos de sua conduta criminosa. Acabam voltando-se para o futuro, para suas dificuldades de retorno à liberdade.

"Cléber" culpa muito a sociedade. Acredita que, se sair da cadeia, não vai ter como se sustentar e dar uma vida decente para sua família, porque a sociedade tem um preconceito muito grande em relação ao ex-detento. Acha que é difícil não voltar para o crime, porque não encontra em si qualidade alguma que lhe permita levar uma vida honesta. "Cléber" desenvolveu então todo um discurso de autodepreciação. Seu discurso foi contestado pelo Prof. Alvino, que lhe disse que ele, "Cléber", não tem o "direito" de desrespeitar a si mesmo, pois ele é antes de tudo um cidadão, que deve descobrir e reconhecer em si essa cidadania e sua dignidade como pessoa. Disse-lhe que, inconscientemente, talvez seja mais conveniente para ele se autodepreciar, pois, dessa forma, estaria se justificando em sua acomodação. "Cléber" foi mudando de atitude no decorrer do debate, quando discordamos de sua postura tão rígida de culpar a sociedade pelos crimes por ele cometidos, bem como de se desvalorizar, e que, se ele continuasse pensando daquele jeito, seria difícil se reabilitar e retornar à sociedade. Sua fala autodepreciativa, embora isolada, reflete uma realidade que não é exclusiva sua, a partir da experiência que se tem com presidiários. Por esse motivo, ela se tornou muito importante, pois o momento tornou-se uma oportunidade de reflexão para os outros sentenciados. Aliás, esta é a vantagem do trabalho em grupo.

Os detentos, em sua maioria, concordaram com o fato de que o egresso pode encontrar sérias dificuldades de readaptação até na própria família, pela qual, quando de seu retorno, ele seria sentido como um estranho. Este mostrou-se um problema muito sério e que também está no âmago da questão mais geral do resgate da interação com a sociedade.

Os estudantes foram convidados para que, num final de semana, viessem até o presídio para passar um dia com eles e suas famílias, para que pudessem conhecê-los melhor, a eles e a suas famílias, podendo entender também a dinâmica familiar deles. Foi muito significativo esse interesse dos internos pela presença das estudantes no dia de visita, para conhecerem melhor suas famílias. Mostraram-se inclusive preocupados com a forma como a casa poderia interpretar esse seu convite (já que se tratava de convite a *alunas*, do sexo feminino, e não simplesmente a alunos). De qualquer forma, foi um sinal de aproximação e confiança por parte dos detentos.

Observações gerais sobre o segundo encontro do grupo 2

Verifica-se que os reeducandos não se aprofundam numa análise e reflexão sobre os motivos de sua conduta criminosa e principalmente sobre o que hoje ela representa para eles. Seria por dificuldades de reflexão? Seria por resistência? Ou seria porque o seu interesse no debate com universitários estaria voltado para outros assuntos e outras preocupações?

É o caso de se perguntar se é conveniente e oportuno tomar como tema explícito de debate a questão da conduta criminosa, ou se não seria melhor colher suas reflexões e seus posicionamentos ético-valorativos a partir de discussões em torno

de outros temas. Analogamente falando, quando se visita um doente num hospital, conversar com ele sobre sua doença provavelmente não é dos melhores assuntos.

Terceiro encontro

O tema de debate do terceiro encontro foi: o que os reeducandos pensam sobre a sociedade. As alunas entregaram uma folha de sulfite a cada um e deixaram lápis de cor à disposição deles para que, com esse material, eles expressassem o que era a sociedade. Feita a atividade, foi-lhes pedido que cada um fosse falando o que havia representado.

Destaque de algumas participações

Os reeducandos foram unânimes em reconhecer o preconceito da sociedade em relação a eles e, conseqüentemente, as dificuldades que têm pela frente, ao retornarem à rua. Foram praticamente unânimes em dizer que a sociedade, para eles, é sua família.

Cléber, o sentenciado que vinha se autodepreciando, fez algo no papel e depois rasgou e jogou no lixo. Preferiu falar. Disse que não culpa a sociedade por estar preso, mas voltou a se referir à sua falta de capacidade para se ressocializar, não acreditando que possa se "curar". O Prof. Alvino disse-lhe novamente que, em primeiro lugar, ele tinha que parar de se auto-rotular como um caso perdido, que precisava acreditar nele. Disse-lhe que, se, de fato, ele não pretendesse mesmo se ressocializar, ele não estaria freqüentando as sessões de debates com os universitários.

Diante das colocações que eles fizeram sobre preconceito, as alunas disseram que até mesmo entre eles existiam preconceitos e que isso era algo que todos enfrentávamos em qualquer grupo social, dentro ou fora do presídio.

Todos deixaram muito clara a importância do apoio familiar ao preso e, talvez por isso, a resposta quase que unânime foi de que para eles a sociedade era a família.

No final, os alunos entregaram o texto "A águia que (quase) virou galinha" (Rubem Alves, anexo 2), para que eles lessem e pudessem discutir no próximo encontro.

Observações gerais sobre o terceiro encontro do grupo 2

Depreende-se da fala dos reeducandos que a sociedade para eles é algo abstrato e que eles se sentem marginalizados em relação à mesma. "Sociedade" para eles é sua família. Percebe-se um distanciamento deles em relação à sociedade, uma relação de antagonismo, e verificou-se ainda que, em suas perspectivas, não está incluído um propósito de se reintegrar à sociedade. Certamente por conta dos preconceitos de que eles se sentem vítimas e por conta de uma descrença sobre suas reais possibilidades.

Quarto encontro

O tema de debate do quarto encontro foi a prisionização, através da discussão sobre o texto "A águia que (quase) virou galinha" (anexo 2). (Obs: estava prevista

no projeto a discussão sobre a família. No entanto, diante da dinâmica dos debates anteriores, e em função do texto que foi distribuído, mudou-se o tema da presente sessão).

Os alunos perguntaram se eles todos tinham lido o texto e alguns responderam que não. Foi perguntado então, daqueles que leram, o que tinham entendido. Apenas "Luciano" e "Cléber" disseram ter entendido.

Destaque de algumas participações

"Luciano" disse que se tratava deles mesmos, reeducandos, que eram águias e estavam no galinheiro e precisavam tomar cuidado para não esquecer que um dia também já fizeram parte da sociedade, mas que se tornava difícil voltar para ela, depois de tantos anos convivendo com outros reeducandos no presídio.

"Cléber", o sentenciado que vinha tendo uma auto-imagem muito negativa, disse que pensou muito a respeito do que foi dito a ele na sessão passada, de que, se ele quisesse, seria capaz de sair da cadeia e voltar a ter uma vida normal, sem precisar roubar. Disse que, à noite, quando se deitou, lembrou do texto e começou a ler e acha que se encaixa perfeitamente em seu caso. Disse que o grupo foi o homem das montanhas e que tinha tomado um "puxão de orelhas" (*sic*). Disse também que tinha servido para que ele refletisse mais sobre o que ele estava fazendo na vida e o que ele pretendia de fato para o seu futuro. "Será que eu sou mesmo tudo aquilo que eu falei? (...). Não que eu não tenha me recuperado, mas que eu dei um grande passo, eu dei".

"João" perguntou se existiam respostas certas ou erradas para a leitura do texto. Foi-lhe respondido que não existiam respostas certas ou erradas e que podia se encaixar em qualquer situação. As alunas explicaram que o texto trata basicamente da influência do meio no ser humano e em seus comportamentos. Falou-se também sobre prisionização e todo o processo de perda de identidade que ocorria com eles dentro da cadeia. E também da influência que sofriam aqueles que conviviam com eles todos os dias.

Eles concordaram e disseram que lá eram tratados como números (os números das celas) e que mesmo os agentes penitenciários e as psicólogas acabavam por se contaminar com o convívio diário na cadeia. Eles disseram que até mesmo o linguajar deles se modificava.

Observações gerais sobre o quarto encontro do grupo 2

Quanto à leitura do texto e reflexão sobre o mesmo, verificaram-se diferentes níveis de aproveitamento. Interessante lembrar que o detento que mais queria se mostrar identificado com a vida do crime ("Cléber") foi o que melhor proveito parece ter tirado da leitura do texto. No entanto, durante os debates, parece que houve uma compreensão geral sobre a mensagem passada, bem como uma concordância com a mesma, sendo que os reeducandos acabaram associando suas experiências com o que diz o texto. Daí se conclui sobre a conveniência e a importância das discussões e debates com os reeducandos, como uma forma de estimulá-los a refletir sobre sua conduta e o seu futuro.

Quinto encontro

No quinto encontro, foi aplicada uma dinâmica de grupo, que consistiu num trabalho sobre o texto "Após hecatombe" (ver instruções no anexo 3).

Os alunos entregaram uma folha de sulfite para cada um dos reeducandos e foi pedido que seguissem as instruções da dinâmica, colocando no papel na ordem que lhes foi pedida, para que, no momento da discussão, não houvesse confusão.

Feito isso, cada detento foi apresentando sua resposta à questão que lhes fora proposta no texto, ou seja, dizer as pessoas que eles levariam para seu novo mundo após uma hecatombe.

Após todos terem falado, eles perguntaram às alunas porque elas também não haviam feito a dinâmica e lhes foi dito que já conheciam e por isso não faria sentido fazerem. Eles então perguntaram se já existiam respostas certas ou erradas, isto é, esperadas. As alunas disseram que não. Então "João" perguntou se estariam sendo avaliados os tipos de respostas dadas por eles, se eram negativas ou não. Os alunos disseram que não, que se tratava apenas de uma dinâmica, onde basicamente se colocavam em discussão os valores morais de cada um.

Observações gerais sobre o quinto encontro do grupo 2

Os reeducandos apegaram-se ao concreto, preferindo não abstrair, e não foram além do escrito. Também mostraram-se muito preocupados com relação aos possíveis significados dessa dinâmica, com as "reais intenções" dos alunos e aquilo que de negativo eles poderiam estar revelando sobre sua pessoa.

Observou-se uma diferença marcante nessa sessão quanto ao "clima" e quanto à espontaneidade das colocações. De forma geral, os reeducandos mantiveram-se na maior parte do tempo quietos.

Sexto encontro

O tema de debates do sexto encontro foi: o que os reeducandos pensam acerca de seu futuro, quando em liberdade. Recorreu-se a uma dinâmica de grupo. Os alunos leram um poema para eles chamado "Lá embaixo" (anexo 1) e, ao término, perguntaram-lhes o que haviam entendido. Após a discussão desse texto, as alunas leram outro poema chamado "Personalidade" (anexo 4).

"Cléber", em meio às discussões sobre os textos, aproveitou para se desculpar, dizendo que estava mentindo em todas as sessões para as alunas e o professor e para ele mesmo. Disse que tudo o que havia falado nas outras sessões, como voltar para o crime ou ver uma carteira do lado e já pensar em roubar, era tudo mentira. Disse também que não sabia porque tinha feito aquilo e que esperava um futuro melhor para ele e que, em todos esses anos preso, ele tinha aprendido a não querer mais essa "vida de ladrão". Essa atitude de "Cléber" ficou realmente uma incógnita para todos, sobretudo para os universitários, por certo.

Quanto aos preconceitos e dificuldades de se ressocializar, os alunos disseram que até para eles se tornava cada vez mais difícil conviver na sociedade, que para eles também existiam preconceitos, dificuldades e barreiras a serem enfrentadas, mas se tratava apenas de saber lidar com isso da melhor forma possível, não se deixando levar por caminhos inadequados ou desistir de tudo.

O professor disse então que a opção deles por abandonar a vida do crime poderá ser muito difícil, pois irá exigir deles uma mudança radical de estilo de vida, de regras, hábitos, valores e de pessoas com as quais convivem. No mundo do crime, continuou o professor, eles são valorizados, sabem o que é "certo" e "errado", enfim, sabem como se comportar. Saindo do mundo do crime, eles poderão sentir-se, ao menos inicialmente, como que estranhos, não aceitos, não estarão habituados com as regras de convivência, com os valores e com os "critérios de felicidade". Tudo isso tende a se agravar na proporção do tempo em que estiverem cumprindo pena. Frente a tais dificuldades, poderão se sentir tentados a tomar a solução mais fácil, a escolher o caminho mais curto, que é o de voltar para o crime, ou seja, voltar para o mundo por eles melhor conhecido. Tudo é uma questão de saber o que realmente querem e de força de vontade. Finalizou dizendo que, para problemas difíceis, não existem soluções fáceis.

Diante dessa fala, os sentenciados se mostraram pensativos, reflexivos.

Sétimo encontro

O sétimo encontro teve como objetivo fazerem-se a avaliação e o encerramento do trabalho.

De maneira geral, todos disseram que gostaram do trabalho.

"Luciano" disse que ele nunca iria esquecer e que, se os encontros continuassem, seria uma pena que ele não poderia participar, porque já estava saindo.

"Daniel" também falou que, se os encontros continuassem, ele pretendia continuar também, mas já estava para sair. Ele disse que era uma oportunidade de conversarem sobre outros assuntos e que eles se sentiam como se estivessem fora do presídio.

"Cléber" disse que gostou muito, inclusive porque não se fica perguntando sobre os crimes cometidos por eles, que nos encontros foram conversados assuntos como família e sociedade e eles se sentiam à vontade para conversar.

Eles então pediram a opinião das alunas e elas lhes disseram que haviam gostado muito da experiência, que haviam aprendido muito, enfrentado preconceitos e que agora podiam passar para outras pessoas essa experiência, para que os preconceitos fossem quebrados também.

O Prof. Alvino disse que, mesmo para ele, se constituiu uma novidade, que toda sua experiência era com exames criminológicos e, portanto, com situações nas quais os sentenciados se mostravam defensivos, mas que ali ele pôde senti-los como pessoas, sentir que de fato os sentenciados são iguais a nós como pessoas.

5. Análise, considerações e conclusões sobre a experiência com o programa desenvolvido

O programa de apoio a reclusos, de que trata o presente relato, desenvolvido através de sessões de debates entre eles e um grupo de estudantes universitários, sob a coordenação de um professor, psicólogo, que também trabalha no Sistema Penitenciário, teve, poderíamos dizer, um objetivo geral e objetivos específicos. Seu objetivo geral foi o de buscar um "reencontro" entre presos e um segmento da sociedade, partindo-se do pressuposto de que o problema básico da delinqüência reside num conflito, numa relação de antagonismo entre o delinqüente e a sociedade. Portanto, deveria fazer parte das estratégias de "recuperação" do delinqüente promover seu reencontro com a sociedade e da sociedade com ele. Quanto aos objetivos específicos, eles se colocam do lado do grupo de universitários e do lado dos presos. Da parte dos universitários, como já foi dito na introdução, o objetivo é levá-los a ter uma melhor compreensão do homem preso como pessoa, a entrar em contato com seus problemas e angústias e superar preconceitos que possam ter em relação à população carcerária. Da parte dos presos, o objetivo é oferecer-lhes uma oportunidade de se sentirem cidadãos, sentirem-se valorizados, dignos da convivência social, uma oportunidade de discutir assuntos diferentes, com pessoas diferentes, e de verbalizar, seja perante seus companheiros, seja perante um segmento da sociedade, suas angústias, sentimentos e preocupações, bem como suas predisposições negativas e mágoas em relação à sociedade. Pois bem, embora o programa tenha sido relativamente simples, de curta duração, sem grandes pretensões, mesmo porque incipiente, podemos dizer que os objetivos, geral e específicos, foram atingidos, ao menos em parte.

Quanto ao objetivo geral, não se pode negar que o programa constituiu-se numa efetiva experiência de "reencontro" entre presos e um segmento da sociedade. De início, observou-se certa resistência e precaução por parte dos reclusos, a qual por vezes voltava à tona, sempre associada a uma preocupação deles sobre qual seria a real intenção dos universitários. Essa resistência, porém, foi sendo superada e resolvida com relativa facilidade, e os próprios universitários foram tornando-se mais espontâneos. A partir já do segundo encontro criou-se um clima bastante agradável de trabalho, a tal ponto que os presos, quando se tinha que pular uma semana, não gostavam e diziam sentir falta do encontro e, quando faltava um estudante, imediatamente notavam sua ausência e pediam explicações. Da mesma forma, os alunos notavam a falta de algum preso e perguntavam por ele. Um dos grupos de presos chegou a convidar os universitários para comparecerem no dia de sua visita e conhecerem suas famílias. No dia do encerramento, os reeducandos foram unânimes em dizer que gostariam de continuar o trabalho, e um deles interrompeu as despedidas, retirou-se rapidamente da sala, uma aluna sentiu sua falta na sala, foi atrás dele e o flagrou chorando no corredor. Ora, tudo isso está a nos demonstrar que o que houve foi um real *encontro* entre dois grupos de pessoas. E algo aparentemente simples. No entanto, dentro de uma perspectiva criminológica da compreensão do crime como expressão de um confli-

to, de uma relação de antagonismo entre o delinqüente e a sociedade, trata-se de um reencontro entre duas partes em conflitos.

Quanto aos objetivos específicos a serem atingidos por parte dos presos, podemos dizer que o programa teve seus resultados positivos. Eles tiveram oportunidade de verbalizar o que sentem em relação à sociedade, o preconceito que sentem nela em relação a eles, seus temores (inclusive em relação à forma como sua família vai recebê-los), e de discutir esses problemas com seus companheiros e, coisa que para eles certamente nunca aconteceu, com um grupo de universitários. Tiveram oportunidade de discutir assuntos diferentes (dos comumente tratados no ambiente carcerário) e com pessoas diferentes. Só essa experiência já lhes serviu certamente (embora não o tenham verbalizado) para se sentirem mais valorizados e respeitados. Tiveram também oportunidade, ainda que através de colocações isoladas de um ou outro, de expressar seu sentimento de inferioridade, de descrença em si mesmos e de identificação com seu "lado criminoso", como se fosse uma fatalidade, num contexto sadio que permitiu que tais colocações fossem debatidas, discutidas e rebatidas, à busca de uma melhor reflexão. Percebeu-se, da parte dos sentenciados, certa dificuldade (provavelmente por resistência) em se aprofundar na análise e reflexão sobre os problemas discutidos, principalmente quando se tratava da análise e interpretação do significado simbólico de um texto. A par disso, eles se apegam a certas formas estereotipadas de pensar, a certas "crenças irracionais" sobre as "regras" da vida, sobre sua pessoa, estereotipias e crenças essas cultivadas graças ao ambiente restrito e estereotipado do cárcere. Evidentemente, não se pode pretender que, com uma única experiência como essa, rompam-se essas estereotipias e se superem essas crenças. Não deixa, porém, de ser uma oportunidade de elas serem questionadas, como de fato o foram.

Por fim, quanto aos objetivos específicos a serem atingidos por parte dos universitários, não há dúvida de que os resultados foram positivos. Os universitários venceram de fato certos preconceitos com relação aos encarcerados e passaram a ter uma nova compreensão do homem preso. Passaram a acreditar mais nele, nos seus valores e em suas condições de se reintegrar socialmente. Para os universitários, ficou clara a importância da aproximação entre os sentenciados e a sociedade, como uma forma de se desmistificar a imagem criada pela mídia em relação ao detento e se mostrar que, do lado de dentro do presídio, existe um indivíduo que cometeu um erro, mas que não deixa de ser um ser humano, e que é importante para ele manter um contato social a fim de pensar sobre sua conduta, refletir sobre seus erros e procurar mudar sua forma de pensar.

Enfim, para concluir, e repetindo o que já foi dito acima, essa experiência de um programa de apoio à reintegração social de presos através de sessões de debates entre eles e um grupo de sentenciados constituiu-se numa verdadeira e efetiva experiência de *reencontro*, de um reencontro significativo e enriquecedor para ambas as partes. Para não sermos pretensiosos, seria melhor dizer que foi um esboço de reencontro, pois tudo o que se fez, ou que se começou a fazer, poderia ser aprofundado e produzir efeitos positivos mais consistentes e estáveis no caso de

um prolongamento do programa ou de novas experiências, ainda que com estratégias e técnicas diferentes. Afinal, uma história de conflitos, como é a história do crime, não se pode pretender resolver com uma experiência de algumas sessões de debates. Mas ficou claro que esse é um caminho. Um caminho de reencontro.

Bibliografia

BARATTA, A. "Ressocialización o control social: por un concepto critico de 'reintegración social' del condenado". In OLIVEIRA, E. (Coord.). *Criminologia critica* (Fórum Internacional de Criminologia Crítica). Belém: Cejup, 1990.

CABRAL, A.; NICK, E. *Dicionário técnico de psicologia*. São Paulo: Cultrix, 1997.

SÁ, A. A. de. "Arquitetura carcerária e tratamento penal". I Enarpe – Encontro Nacional sobre Arquitetura Penal, Brasília. São Paulo: RT, 1990.

SCHNEIDER, H. J. "Recompensación en lugar de la sanción. Restablecimiento de la paz entre el autor, la victima y la sociedad". In KOSOVSKI, E. (Org. e Ed.). *Vitimologia: enfoque interdisciplinar*. 7.º Simpósio Internacional de Vitimologia, Rio de Janeiro, 1991.

THOMPSOM, A. *A questão penitenciária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

Anexos

ANEXO 1

Lá embaixo

Um dia um fazendeiro, que lutava com muitas dificuldades, possuía alguns cavalos para ajudar nos trabalhos em sua pequena fazenda. Um dia, seu capataz veio trazer-lhe a notícia de que um dos seus cavalos havia caído num velho poço abandonado. O poço era muito profundo e seria extremamente difícil tirar o cavalo de lá. O fazendeiro foi rapidamente até o local do acidente, avaliou a situação, certificou-se de que o animal não havia se machucado. Mas, pela dificuldade e alto custo de retirá-lo do fundo do poço, achou que não valia pena investir na operação de resgate. Tomou, então, a difícil decisão: determinou ao capataz que sacrificasse o animal, jogando terra no poço até enterrá-lo ali mesmo. E assim foi feito!!!

Os empregados, comandados pelo capataz, começaram a lançar terra para dentro do buraco de forma a cobrir o cavalo... Mas, à medida que a terra caía em seu dorso, o animal a sacudia e ela ia se acumulando no fundo, possibilitando, ao cavalo, ir subindo. Logo os homens perceberam que o cavalo não se deixava enterrar, mas, ao contrário, estava subindo à medida que a terra enchia o poço, até que finalmente conseguiu sair. Sabendo do caso, o fazendeiro ficou muito satisfeito e o cavalo viveu ainda muitos anos servindo ao seu dono, na fazenda.

Conclusão: Se você estiver "Lá embaixo, sentindo-se pouco valorizado, quando, já certos de seu 'desaparecimento', os outros jogarem sobre você a 'terra' da incompreensão, de falta de oportunidades e de apoio, lembre-se do cavalo desta história. Não aceite a terra que jogam sobre você; sacuda-a e suba sobre ela. E, quanto mais jogarem mais você vai subindo..., subindo..., subindo...".

ANEXO 2

A águia que (quase) virou galinha

Rubem Alves

A idéia desta estória não é minha. Meu é só o jeito de contar...

Sobre uma águia que foi criada num galinheiro.

E foi aprendendo sobre o jeito galináceo de ser, de pensar, de ciscar a terra, de comer milho, de dormir em poleiros...

E na medida em que aprendia, ia esquecendo as poucas lembranças que lhe restavam do passado. *É sempre assim: todo aprendizado exige um esquecimento...* E ela desaprendeu o cume das montanhas, os vôos nas nuvens, o frio das alturas, a vista se perdendo no horizonte, o delicioso sentimento de dignidade e liberdade... Como não havia ninguém que lhe falasse destas coisas, e todas as galinhas cacarejassem os mesmos catecismos, ela acabou por acreditar que ela não passava de uma galinha com perturbação hormonal, tudo grande demais, aquele bico curvo, sinal certo de acromegalia, e desejava muito que seu cocô tivesse o mesmo cheiro do cocô das galinhas...

Um dia apareceu por lá um homem que vivera nas montanhas e vira o vôo orgulhoso das águias.

"Que é que você faz aqui?", ele perguntou.

"Este é o meu lugar", ela respondeu. "Todo mundo sabe que galinhas vivem em galinheiros, comem milho, ciscam o chão, botam ovos e finalmente viram canja: nada se perde, utilidade total...".

"Mas você não é uma galinha", ele disse. "É uma águia".

"De jeito nenhum. Águia voa alto. Eu nem sequer voar sei. Pra dizer a verdade, nem quero. A altura me dá vertigens. É mais seguro ir andando, passo a passo..."

E não houve argumento que mudasse a cabeça da águia esquecida. Até que o homem, não agüentando mais ver aquela coisa triste, uma águia transformada em galinha, agarrou a águia à força, e a levou até o alto de uma montanha.

A pobre águia começou a cacarejar de terror, mas o homem não teve compaixão; jogou-a no vazio do abismo. Foi então que o pavor, misturado à memória que ainda morava em seu corpo, fez as asas baterem, a princípio em pânico, mas pouco a pouco com tranqüila dignidade, até se abrirem confiantes, reconhecendo aquele espaço imenso que lhe fora roubado. E ela finalmente compreendeu que seu nome não era galinha, mas águia...

ANEXO 3

Dinâmica da "Após Hecatombe"

Objetivo: Propor uma reflexão sobre os valores sociais, morais, religiosos e afetivos dos colaboradores.

Instruções: O coordenador da sessão deverá pedir aos colaboradores que, utilizando ao máximo sua imaginação e fantasia, construa um "Novo Mun-

do". Para facilitar a nova construção, o coordenador deverá propor as seguintes questões:

1) Escolha até 5 pessoas que você conhece e gostaria de levar para o seu novo mundo. Justificar.

2) Você levará um Deus? Como será? E as religiões?

3) Haverá governo? Leis? Quais?

4) Escolha três itens que você irá administrar no seu mundo dentre os seguintes: marginalidade, pobreza, homossexualismo, prostituição, corrupção, Aids (explorar dentro do possível).

5) Se realmente fosse possível criar um novo mundo, quais alterações que você faria neste atual, que

6) estamos vivendo, para que você pudesse melhorar a sua vida em algum aspecto que você considera muito significativo e importante para a sua felicidade.

ANEXO 4

Personalidade

Se você não puder ser um pinheiro no topo da colina
Seja um arbusto no vale – mas seja
O melhor arbusto à margem do regato.
Seja um ramo se não puder ser uma árvore.

Se não puder ser um ramo, seja um pouco de relva
E dê alegria a algum caminho.
Se não puder ser almíscar, seja então uma tília
Mas a tília mais viva do lago

Não podemos ser todos capitães, temos de ser tripulação.
Há alguma coisa para todos nós aqui.
Há grandes obras e outras, menores, a realizar
E é a próxima tarefa que devemos empreender.

Se você não puder ser estrada, seja apenas uma senda
Se não puder ser sol, seja a pequena estrela
Não é pelo tamanho que terá êxito ou fracasso
Mas seja o melhor, do que quer que seja!

(Autor e origem desconhecidos.)

5.2

REFLEXÕES ACERCA DA INTERDISCIPLINARIDADE NO TRABALHO TÉCNICO-PROFISSIONAL DENTRO DAS PRISÕES

GIZELDA MORATO FRANZINO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Atribuições do núcleo interdisciplinar de reabilitação: sua natureza, dificuldades e desafios para seu cumprimento – 3. A interdisciplinaridade como processo de mudança da dinâmica técnico-profissional no universo intraprisional – 4. Considerações finais – Bibliografia.

"... na epistemologia da especialização, o especialista é o homem que sabe. Para estar mais sozinho na possessão de seu saber com toda tranqüilidade, ele se acantona em uma parcela muito pequena para poder cultivar seu jardim com toda segurança. Daí uma psicologia campesina, onde se está sempre em guerra com os vizinhos por causa dos limites do terreno ou de pequenos muros.

Um novo tipo de homem de ciência...

Sem renunciar ao cultivo do campo que é o seu ele deve sentir-se no horizonte da mutualidade de significação humanas. Cada especialista tem a missão de ser ao mesmo tempo o guardião da totalidade."

GEORGES GUSDORF

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de sistematizar conhecimentos adquiridos através de minha experiência profissional no Sistema Penitenciário do Estado de São Paulo e subsidiar reflexões quanto à natureza, dificuldades e desafios para o atendimento das atribuições postas aos profissionais das áreas de Psicologia, Psiquiatria e Serviço Social que atuam nas prisões, bem como discutir e refletir acerca da interdisciplinaridade como processo de mudança da dinâmica técnico-profissional no universo intraprisional.

Palavras-chaves: Equipe técnica – Equipe interdisciplinar – Prática profissional, interdisciplinaridade

1. Introdução

A mídia escrita e falada no início de 2002 acirrou o debate sobre os índices alarmantes da criminalidade brasileira, em razão da morte trágica do Prof. Celso Daniel, Prefeito da Cidade de Santo André.

A crueldade e covardia com que os assassinos agiram contra Celso Daniel suscitou mais uma vez discursos que há décadas são apregoados no País: "plano nacional contra a violência, mais policiais nas ruas; prisão perpétua, pena de morte, criação de mais mecanismos contensores de aprisionamento", enfim é uma infinidade de discursos de políticos, jornalistas, estudiosos da questão criminal e cidadãos comuns, cada qual objetivando dar sua contribuição para a criação de estratégias que diminuam a criminalidade no Brasil.

As discussões e reflexões são infindáveis na busca de formulação de política criminal que reverta a atual situação do País. Mas também são necessárias discussões e reflexões profundas sobre as causas desencadeadoras do fenômeno criminalidade e o tratamento terapêutico penal que o Estado propicia aos seus custodiados.

Os fatores desencadeadores do fenômeno criminalidade e o tratamento para a reintegração dos presos à sociedade são sempre refletidos e debatidos no plano das idéias periféricas, com isenção de diagnósticos precisos, e tampouco os olhares de estudiosos e ou políticos se voltam para o contexto intraprisional, ou seja, para o que acontece no intrincado cotidiano da dinâmica prisional.

Não há dúvida quanto à necessidade urgente de elaborar política criminal e política social adequadas ao enfrentamento da criminalidade no País, pois enquanto a "sociedade brasileira continuar caracterizada pela disparidades sociais vertiginosas e pela pobreza de massa que, ao se combinarem, alimentam o crescimento inexorável da violência criminal, transformada em principal flagelo das grandes cidades" (*Wacquant* 2001:8), muito ainda havemos de sofrer e não haverá prisões no País que dêem conta do enorme contingente de criminosos a serem inseridos nelas.

A fim de contribuir com o debate sobre a criminalidade e o tratamento penal com vistas à reintegração social dos sujeitos presos, entendo ser fundamental que os profissionais que atuam no universo das instituições prisionais comecem a participar dos debates e discussões, trazendo à tona conhecimentos escondidos entre as muralhas acinzentadas das prisões.

O presente artigo objetiva sistematizar conhecimentos adquiridos e vivenciados durante minha prática profissional no Sistema Penitenciário do Estado de São Paulo, desde 1986, primeiramente atuando como Assistente Social, após como Diretora de Equipe Técnica, Diretora do primeiro Centro de Ressocialização,[1] situado na cidade de Bragança Paulista – SP, pioneiro em todo

(1) O Centro de Ressocialização de Bragança Paulista e outros que já foram implantados em mais dez cidades do Estado de São Paulo fazem parte de um projeto da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, denominado Cida-

o Estado de São Paulo, e atualmente atuando na implantação do Centro de Ressocialização da Cidade de Presidente Prudente.

dania no Cárcere. Foi elaborado a partir de discussões e reflexões de vários segmentos da sociedade, incluindo o Poder Executivo, Poder Judiciário, Ministério Público, OAB e outros.

O projeto visa, a partir de sua operacionalização, obter melhor resultado no processo de trabalho desenvolvido junto aos presos. O Centro de Ressocialização não é simplesmente mais uma cadeia ou um presídio; possui características específicas que o difere das demais prisões.

Características do Centro

1. Unidade prisional, com capacidade máxima ao atendimento de 210 presos; com a menor capacidade de presos na unidade, a administração torna-se mais eficiente e eficaz;

2. Regime prisional voltado ao atendimento de presos: provisórios, condenados em regime fechado e semi-aberto;

A proposta de atender os três regimes fundamenta-se na possibilidade de elaborar programas socioeducativo-culturais aos sujeitos presos, durante todo o período de cumprimento de pena, até estes serem beneficiados com o regime-aberto ou o livramento condicional. A proposta também visa acompanhar o sujeito egresso, ou seja, durante o período de um ano, a fim de que possa melhor estruturar-se no meio comunitário;

3. População-alvo a ser beneficiada: presos residentes na comarca jurisdicional, onde os CRs estão implantados. Isto significa que o preso ficará próximo aos seus familiares, fator de fundamental importância no processo de reabilitação do sujeito que comete um ato delitivo. Estudos comprovam que o preso que consegue manter vínculo afetivo com seus familiares durante o cumprimento de pena adota postura e conduta prisional adequada, o que viabiliza seu retorno muito mais rápido ao meio social. E é sabido que quanto menos tempo o sujeito ficar na prisão, a possibilidade de ele assimilar a cultura negativa prisional é menor.

4. Estrutura organizacional estatal enxuta. O governo conseguiu reduzir em 40% os custos (redução de departamentos e funcionários públicos);

5. A administração é feita em parceria com organização não governamental.

As organizações são constituídas com a participação de vários segmentos sociais. O Governo, através da Secretária de Estado de Administração Penitenciária, faz convênio com a ONG, ocorrendo o repasse de recursos para que esta preste serviços ao CR, os quais devem ser voltados para o atendimento aos aspectos biopsicossociais dos sujeitos presos.

Neste formato de unidade prisional temos três atores sociais, com papéis claramente definidos: Estado/Comunidade/Presos.

Papel do Estado: gerenciar o processo de trabalho voltado à execução da pena, manutenção da ordem e disciplina.

Papel da ONG: gerenciar e garantir os serviços sociais, através de programas socioeducativo-culturais, que devem objetivar o desenvolvimento biopsicossocial do indivíduo preso, bem como monitorá-lo durante o período de egresso.

Papel dos presos: Manter autodisciplina, colaborar na prestação de serviços voltados para a manutenção da ordem e disciplina, bem como capitalizar os recursos sócioeducativo-culturais oferecidos, a fim de elaborarem novo projeto de vida.

Paralelamente às atividades intraprisionais, exerci a docência na Escola de Administração Penitenciária no Estado de São Paulo, atuando em cursos de Aprimoramento Técnico-Profissional,[2] no período de 1997 a 2000, quando tive a oportunidade de elaborar reflexões e discutir o tratamento penal nas prisões com profissionais que atuam no Sistema.

Os debates tinham como foco à intervenção técnico-profissional no processo de reabilitação do sujeito condenado a medida privativa de liberdade. Por isso, as reflexões e discussões que pretendo fazer neste trabalho terão como idéia central as atribuições dos profissionais que atuam no Núcleo Interdisciplinar, sua natureza, dificuldades, desafios para colocá-las em prática, e a construção do processo interdisciplinar como propulsor de mudanças na dinâmica da ação técnico-profissional.

2. Atribuições do núcleo interdisciplinar de reabilitação: sua natureza, dificuldades e desafios para seu cumprimento

Os profissionais que atuam no Núcleo Interdisciplinar de Reabilitação possuem formação acadêmica nas áreas de Psicologia, Psiquiatria e Serviço Social e são nomeados pelo Governo do Estado de São Paulo para atuarem especificamente nesse Núcleo, que se encontra inserido na Estrutura Organizacional somente de Penitenciárias e/ou Presídios, por força dos Decretos 13.412/79 e 42.371/94, que definem o objetivo e atribuições do Núcleo.

Objetivo: "proporcionar o desenvolvimento social e humano dos sujeitos inclusos nas prisões , através de programas e projetos sociais que promovam e valorizem o ser preso".

Atribuições:

"I – elaborar diagnósticos dos aspectos socioeconômicos dos presos;

II – avaliar psicologicamente os presos nas áreas de desenvolvimento geral, intelectual e emocional;

III – proceder ao diagnóstico dos presos e recomendar indicações psicológicas, psicofísicas e psicossociais , a partir da avaliação inicial;

IV – opinar sobre a designação ou o remanejamento dos presos nos pavilhões e nas unidades do Estabelecimento;

V – opinar sobre promoções ao terceiro estágio da pena;

VI – estudar a organização de comunicações internas, com o objetivo de melhorar o comportamento grupal dos presos;

VII – incentivar o desenvolvimento da criatividade entre os presos;

VIII – registrar informações relacionadas com os presos, de forma a compor o seu prontuário criminológico;

(2) Cursos voltados para o aprimoramento de profissionais das áreas de Psicologia e Serviço Social.

IX – executar programas de preparação para a liberdade;

X – propiciar aos presos conhecimentos e habilidades necessárias à sua integração na comunidade;

XI – organizar cursos regulares ou intensivos de comportamento social;

XII – proporcionar meios de integração entre os presos e a comunidade em geral;

XIII – desenvolver programas de valorização humana;

XIV – estudar e propor soluções para problemas da terapêutica penitenciária;

XV – planejar e organizar projetos de trabalho para presos com problemas especiais, supervisionando ou ensinando-lhes, diariamente se for o caso, atividades prescritas para seu tratamento;

XVI – prestar orientação religiosa aos presos;

XVII – colaborar, se for o caso, na elaboração de perícias criminológicas;

XVIII – colaborar na seleção de livros e filmes destinados aos presos;

XIX – manter intercâmbio de informações e experiências com a Divisão de Serviço Social Penitenciário, propondo as medidas necessárias à aproximação entre os presos e suas famílias;

XX – participar da programação das atividades de atendimento aos presos;

XXI – verificar a inadequabilidade de comportamento de servidores que tratam diretamente com os presos, propondo as medidas que julgar necessárias;

XXII – identificar as necessidades de treinamento para os servidores do Estabelecimento que tratam diretamente com os presos;

XXIII – apresentar recomendações a respeito da atuação das demais unidades de atendimento aos presos, em relação a casos específicos ou a problemas de caráter geral;

XXIV – acompanhar, permanentemente, o comportamento e as atividades dos presos, prestando assistência na solução de seus problemas."

Isto posto, fica evidenciado que aos profissionais que atuam no Núcleo Interdisciplinar de Reabilitação é instituída a responsabilidade de elaborar e operacionalizar programas e projetos sociais voltados à promoção e reabilitação do sujeito preso, devendo diuturnamente "acompanhar o comportamento e as atividades desenvolvidas por este no contexto prisional".

As ações elaboradas e operacionalizadas pelos profissionais em tese devem ser pautadas nos princípios ideológicos da humanização da pena, tendo como concepção de abordagem o processo dialético, por meio do qual deve-se buscar compreender a totalidade do ser sujeito preso e não fragmentos de sua história criminosa.

Entretanto, pude observar durante a experiência vivenciada como docente e como Diretora de Equipe Técnica que os profissionais do Núcleo vem desenvolvendo ações de atendimento apenas à demanda imposta pela instituição, ou seja, os profissionais ficam presos na elaboração de pareceres psicossociais, que viabilizam aos apenados mudanças ou não de regime penal (fechado para semi-

aberto, que permite saídas periódicas e benefícios judiciais: prisão aberta, domiciliar e livramento condicional).

Quanto às ações que propiciariam o tratamento, acompanhamento e desenvolvimento social dos sujeitos presos, lamentavelmente têm sido relegadas a segundo plano ou postergadas indefinidamente.

A ausência de ações que propiciem o real tratamento penal e a não clareza acerca do que realmente acontece no cotidiano intraprisional tem levado a equipe de profissionais a elaborar pareceres com carência de análises. As informações dos diferentes especialistas não raras vezes são desencontradas e carecem de sistematização teórica, o que tem sido objeto de severas críticas do Poder Judiciário, órgão competente para analisar os pedidos de benefícios processuais.

Durante as reflexões e debates promovidos nos cursos de aprimoramento os profissionais levantaram vários fatores que contribuem negativamente na elaboração de propostas que visem a reabilitação e ressocialização dos sujeitos criminosos e inclusos nas prisões.

Entre os fatores destacam-se:

– imposição da área de segurança e disciplina, que controla de modo quase absoluto o acesso aos presos;

– dificuldade de acesso à Direção da Instituição para discutir e propor metodologia de trabalho de âmbito estrutural e organizacional, haja vista que toda instituição prisional já nasce com a estrutura funcional instituída em decreto governamental;

– a incansável movimentação de presos no que se refere a transferências de uma unidade prisional para outra, desestabilizando e anulando todo e qualquer trabalho que a equipe iniciou com o apenado;

– a imposição quanto à total prioridade na execução de pareceres psicossociais para processamento de benefícios processuais;

– a deficiência do corpo técnico do Núcleo Interdisciplinar de Reabilitação, tendo em média, as equipes, cinco ou seis membros, sendo na maioria das vezes apenas um Médico Psiquiatra, dois Assistentes Sociais e dois Psicólogos, para atender a demanda de 600 a 800 apenados;

– a mistura de criminosos de alta periculosidade com sujeitos que cometeram delitos de menor gravidade;

– o desrespeito e a desvalorização, por parte da diretoria, do trabalho voltado para o processo reabilitacional, em razão da supremacia da área de segurança e disciplina.

Os fatores levantados pelos profissionais são inúmeros, e isso tem feito com que atuem de modo fragmentado, pragmático[3] e ineficaz no processo de trata-

(3) Pragmático: "Atitude voltada para a solução de problemas imediatos, sem pensar e refletir as conseqüências teóricas e históricas desta ação imediata". Faleiros. *Serviço Social & Sociedade* 21/5, 1986.

mento penal, pois muitos, diante da realidade posta, não conseguem vislumbrar estratégias de intervenção, com vistas a provocar mudanças no contexto da prática técnico-profissional.

Contudo, verifica-se, nos discursos travados pelos profissionais, desarticulação de idéias quanto aos reais entraves institucionais e as reais necessidades dos sujeitos presos; análises superficiais quanto à complexidade da dinâmica prisional, carência de sistematização metodológica no processo de trabalho desenvolvido e fragmentação do pensamento e formação técnico-profissional, pela insuficiência da formação acadêmica, haja vista que nossas universidades ainda não têm a preocupação de formar os profissionais das ciências humanas para a realização de pesquisas; antes da intervenção, atuação prática, o profissional deveria ter a preocupação com a investigação, a fim de identificar e diagnosticar as causas desencadeadoras da ação delitiva, para, após, intervir de acordo com as reais demandas apresentadas pelos sujeitos usuários de seus serviços.

Outro aspecto importante observado e que entendo ser de suma importância apontar é que, embora os profissionais que compõem o Núcleo Interdisciplinar denominam-se "equipe", não há por parte da maioria dos membros atitude profissional quanto a ser de fato equipe, tampouco há compreensão clara quanto à terminologia "interdisciplinar" e a aplicabilidade do termo na construção de ações técnico-profissionais.

Entendo que além dos entraves apontados pelos profissionais há um entrave maior e extremamente coibidor do atendimento às atribuições, que é a ausência de posturas profissionais que levem os membros deste núcleo a constituir verdadeiramente uma equipe.

Observa-se claramente que os profissionais, durante a caminhada no Sistema Penal, vêm atuando como Grupo de Trabalho; até compartilham informações e definem propostas. Entretanto, não há qualquer preocupação com a operacionalização coletiva de tais propostas. As responsabilidades, metas e resultados pertencem individualmente ao profissional e não à equipe.

Ocorre por parte dos profissionais demasiada preocupação em dar cumprimento à agenda imposta pela instituição (pareceres técnicos para processamento de benefícios), relegando a segundo plano a investigação coletiva para que se possam identificar as reais necessidades da instituição e dos sujeitos custodiados, com vistas à elaboração de programas e projetos capazes de provocar mudanças na dinâmica prisional e nos resultados da prática técnico-profissional.

É fundamental que os profissionais compreendam e se reconheçam como sujeitos capazes de provocar mudanças positivas no viver prisional dos sujeitos presos e nos resultados de suas ações. Mas para que isto aconteça é necessário que haja alteração de posturas profissionais, é necessário que cada membro comprometa-se um com o outro, através de missão em comum, objetivos comuns, abordagens de trabalho claras e bem definidas metodologicamente. Para tanto, cada membro deve adotar atitude de confiabilidade ético-profissional, em que todos devem assumir plena responsabilidade das propostas que tenham como meta atender às atribuições postas em decreto governamental;

atribuições estas que definem a política de tratamento e reabilitação social dos sujeitos presos.

Penso que os especialistas que compõem o Núcleo Interdisciplinar de Reabilitação só conseguirão ser *equipe* quando cada um deixar de atuar sozinho e comprometer-se com o crescimento pessoal e sucesso de cada sujeito participante do processo, objetivando a busca do elevado desempenho profissional da equipe.

Faz-se necessário que os profissionais construam e reconstruam o processo inter-relacional até então vivenciado para que possam atingir o estágio de constituir verdadeiramente uma equipe, para que então se possa avançar para a prática interdisciplinar no processo de trabalho prisional.

3. A interdisciplinaridade como processo de mudança da dinâmica técnico-profissional no universo intraprisional

A interdisciplinaridade como processo de mudanças no cotidiano da prática dos profissionais que atuam nas prisões envolve reflexões acerca da compreensão do termo, muito utilizado pelos Psicólogos, Médicos Psiquiatras e Assistentes Sociais, em razão de comporem o Núcleo batizado pelo termo "Interdisciplinar"; contudo, denota-se o desconhecimento dos mesmos sobre o significado da palavra a sua operacionalização no âmbito de suas ações.

Na busca da compreensão quanto ao significado da palavra interdisciplinaridade, denota-se que muitos estudiosos "têm tomado para si a tarefa de definir a interdisciplinaridade, e nessa busca muitas vezes se perdem na diferenciação de aspectos tais como: multi, pluri e transdisciplinaridade... (Fazenda, 1997:16).

Há, ainda, alguns estudiosos que têm se "equivocado", ao confundir a conceitualização da palavra, fazendo comparativos com os conceitos: integração, interação ou inter-relação (Ferreira, 1997:33).

Visando contribuir para a construção do processo interdisciplinar na prática dos profissionais que atuam nas prisões, pretendo aqui ater-me à conceitualização do termo através de uma metáfora: O conhecimento é uma sinfonia. Para sua execução será necessária a presença de muitos elementos: os instrumentos, as partituras, os músicos, o maestro, o ambiente, a platéia, os aparelhos eletrônicos etc... (Ferreira, 1997:33).

Ao indicar os elementos, Ferreira aponta o estabelecimento da orquestra, que tem uma missão: executar a sinfonia.

Para a execução da sinfonia é fundamental que todos os membros doem seus conhecimentos e busquem a complementação das partes para que se componha o todo, eliminando qualquer processo de hierarquização entre elas.

Utilizando-se da metáfora, Ferreira nos mostra que a interdisciplinaridade é marcada por um movimento dinâmico e contínuo, e a sua construção envolve a derrubada de fronteiras entre os especialistas, envolve "uma relação de reciprocidade, de mutualidade, um regime de co-propriedade, possibilitando o diálogo,

em que os diversos saberes levam a uma interação, a uma intersubjetividade, condição para a efetivação da interdisciplinaridade" (Severino, 1995:11).

A interdisciplinaridade só é possível de ser construída no processo de trabalho desenvolvido por especialistas de diversos saberes, se houver "a intenção consciente, clara e objetiva por parte daqueles que a praticam.

Não havendo essa intenção, podemos dialogar, inter-relacionar e integrar, sem no entanto, estarmos trabalhando interdisciplinarmente" (Ferreira, 1997:33/34).

Entendo que a construção da prática interdisciplinar nas ações desenvolvidas pelos especialistas que atuam no Núcleo Interdisciplinar de Reabilitação só será possível quando estes adotarem posturas abertas ao diálogo e à comunicação, com vistas à superação das barreiras impostas pelo viver profissional circundado pelos muros das prisões. As barreiras só serão superadas no momento em que os especialistas resolverem abandonar seus hábitos "institucionais e cristalizados" e decidirem buscar novas formas de inter-relacionar-se no processo de trabalho, abandonando ações e posturas individualistas para completarem-se e integrarem-se no outro.

O caminho da interdisciplinaridade é amplo e desvela um quadro que precisa ser construído e redefinido ininterruptamente. Introduzir a interdisciplinaridade no processo de trabalho técnico-profissional nas prisões envolve o abandono da prática pragmática e solipsista a que os profissionais estão acostumados, para que assim possam ousar romper os muros de seu interior e das prisões que ladeiam seu viver profissional.

É necessário "despojar-se de preconceitos, questionar os valores arraigados no consciente e transcender, à busca do ser maior que está dentro de nós mesmos. É sentir-se livre para poder falar e principalmente ouvir, ouvir você e o outro" (Pena, 1997:63).

Finalizando, entendo que os profissionais das áreas técnicas que atuam no Sistema Prisional podem ser o ativo de mudança mais importante da dinâmica intraprisional. Entretanto, eles só o serão se conseguirem produzir interdisciplinarmente, pois, produzindo individualmente, tornam-se descartáveis e servem apenas como perfumaria no intricado contexto prisional.

Os profissionais só terão o devido valor e conseguirão atender a missão de elaborar e operacionalizar programas reabilitacionais de acordo com as reais demandas dos sujeitos aprisionados quando se transformarem verdadeiramente em equipe interdisciplinar e definirem claramente o campo onde pretendem atuar.

4. Considerações finais

A interdisciplinaridade no âmbito das ações técnico-profissionais nas prisões coloca-se como um processo provocador de mudanças de posturas e ações profissionais, em que haverá de se buscar o caminho que leve à compreensão e ao entendimento preciso do heterogêneo e complexo cotidiano intraprisional, a fim

de melhorar a qualidade dos serviços oferecidos pela equipe do Núcleo Interdisciplinar de Reabilitação, tanto na prestação quanto na gestão dos serviços.

Sabemos que o fenômeno criminalidade está presente em nosso País e no mundo todo, e que não adianta reprimir, prender e criar mais mecanismos de aprisionamento enquanto não se investir nas causas da criminalidade. "Enquanto não se investir em nossas crianças carentes, as quais crescem sem saúde, alimento, escola, sem afeto, abandonadas e cercadas pela violência.

Uma criança nascida e criada nessas condições tem poucas possibilidades de se transformar num cidadão prestante útil à sociedade e respeitador de valores que nunca lhe foram transmitidos. Combater o crime é pensar na efetivação de ações concretas para nossas crianças e nossos jovens".[4] Pois, quando estes são inseridos nas prisões, dificilmente conseguirão socializar-se para o convívio positivo em sociedade.

Porém, enquanto nós, profissionais das áreas de Psicologia, Psiquiatria e Serviço Social, nos mantivermos trabalhando nas prisões, temos o dever ético-profissional de contribuirmos na construção de propostas que levem os sujeitos aprisionados a modificarem-se e tornarem-se úteis e produtivos socialmente.

Bibliografia

FAZENDA, I. C. A. *Integração e interdisciplinaridade no ensino brasileiro: efetividade ou ideologia.* São Paulo: Loyola, 1979.

———. "Interdisciplinaridade: definição, projeto, pesquisa". *Práticas interdisciplinares na escola.* São Paulo: Cortez, 1997.

FERREIRA, S. L. "Introduzindo a noção de interdisciplinaridade". *Práticas interdisciplinares na escola.* São Paulo: Cortez, 1997.

PENA, M. D. "Interdisciplinaridade: questão de atitude". *Práticas interdisciplinares na escola.* São Paulo: Cortez, 1997.

SEVERINO, A. J. "Subsídios para uma reflexão sobre novos caminhos da interdisciplinaridade". *Serviço social e interdisciplinaridade.* São Paulo: Cortez, 1995.

SIQUEIRA, J. R. "O trabalho e a assistência social na reintegração do preso à sociedade". *Serviço Social & Sociedade* 67, São Paulo: Cortez, 2001.

(4) Antônio Cláudio Maria Oliveira, *Folha de S. Paulo* 22.02.2002, A3.

6. POLÍCIA E DIREITO

6.1

USO DE TELEFONE CELULAR EM PRISÕES

EDILENICE PASSOS

SUMÁRIO: 1. O sistema carcerário brasileiro – 2. A população carcerária – 3. O uso de telefones celulares em prisões no Brasil – 4. O uso de telefones celulares em prisões em outros países – 5. Legislação brasileira – 6. Projetos de lei sobre o assunto – 7. Direito comparado – 8. Tecnologias disponíveis para deter o uso de telefones celulares em prisões: 8.1 C-Guard Mobile Phone Sensor; 8.2 C-Guard Cellular Firewall; 8.3 MobilePhoneGuard; 8.4 SciDyn's Call Control System; 8.5 Método desenvolvido na Alemanha; 8.6 Método desenvolvido no Brasil – 9. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: A rebelião simultânea, iniciada no dia 18 de fevereiro de 2001, em 29 presídios localizados em 19 cidades paulistas, mostrou a necessidade de encontrar um meio para coibir o uso de telefones celulares por quadrilhas dentro dos presídios e delegacias. O estudo identifica outras situações quando o telefone celular foi utilizado ilegalmente dentro de prisões brasileiras e de outros países, levanta a legislação brasileira sobre os direitos e deveres do preso, os projetos de lei que procuram inibir o uso do telefone celular por detentos e relaciona países onde existe legislação sobre o assunto. Por fim, identifica tecnologias disponíveis para deter o uso de telefone celular nas prisões.

Palavras-chave: Preso – Direitos e deveres – Telefone celular – Uso – Bloqueio.

1. O sistema carcerário brasileiro

A superlotação dos presídios brasileiros é um dos graves problemas do País. Os estabelecimentos prisionais sempre se encontraram em ebulição, chegando mesmo a transbordar em certas ocasiões. Algumas vezes, as rebeliões foram facilmente controladas; noutras, tiveram conseqüências gravíssimas, como o massacre, pela Polícia Militar de São Paulo, de 111 presos, no presídio do Carandiru, em 1992.

Em 1999, uma reportagem da revista *IstoÉ* já alertava para o problema de superlotação nos presídios em São Paulo. Com o sugestivo título "Saindo pelo ladrão: superlotação carcerária ameaça implodir sistema em São Paulo. Fugas

aumentam e aterrorizam população", a matéria, escrita pela jornalista Luisa Alcalde, delineou um retrato fiel da situação, que só tem piorado desde então. Descreveu casos de resgate de detentos perigosos que estavam em delegacias, a falta de dignidade com que os presos são tratados e o medo dos cidadãos que moram nas vizinhanças das delegacias.

A rebelião simultânea, iniciada no dia 18.02.2001, em 29 presídios localizados em 19 cidades paulistas, mostrou uma nova face da situação: a tecnologia a serviço do crime. "A revista realizada em 15 presídios do interior de São Paulo nos dias seguintes à manifestação apreendeu 32 aparelhos. Na Detenção, foram localizados mais de 15" (Juliano, 2001).

Nesse caso, o telefone celular deixa de ser apenas aquele inconveniente que atrapalha as refeições em restaurantes ou os freqüentadores de cinemas, para ser um instrumento facilitador da ação de quadrilhas dentro dos presídios e delegacias.

Se, para o cidadão comum, o minúsculo telefone é motivo de *status*, para o criminoso é uma vantagem a mais, devido à dificuldade de sua localização numa provável busca feita pelos guardas.

Robert Rouquette, diretor da prisão de Nanterre, a oeste de Paris, lembra que tudo o que é banido nas prisões torna-se mercadoria que pode ser comprada. E, além disso, as revistas não podem ser muito freqüentes, porque é um momento de muito estresse, tanto para os detentos como para os guardas. Quais seriam então os meios eficazes para deter o uso de telefones celulares dentro das prisões?

2. A população carcerária

A população carcerária brasileira ultrapassa 230.000 pessoas encarceradas em 170.000 vagas (Kaminski, 2001) e "está distribuída em vários estabelecimentos de diferentes categorias, incluindo penitenciárias, presídios, cadeias públicas, cadeiões, casas de detenção e distritos ou delegacias policiais" (Mariner, 1998).

O Departamento Penitenciário Nacional (DPN), órgão do Ministério da Justiça, estimou, em 1987, que o País necessitava de 50.934 novas vagas para acomodar a população carcerária. Em agosto de 1989, o DPN, em levantamento idêntico, considerou que o déficit de vagas girava em torno de 58.378. Oliveira, em trabalho publicado em 1993, declarava que uma pesquisa nacional havia indicado um déficit de 74.533 vagas. Os Censos Penitenciários de 1995 e 1997 estimaram o déficit na capacidade instalada dos presídios em 75.887 e 96.010 vagas, respectivamente.

O Estado de São Paulo mantém cerca de 40% dos presos do País. "Igualmente notável é o alto índice de encarceramento de São Paulo – cerca de 199 presos por 100.000 habitantes" (Mariner, 1998, p. 14). Considerando-se o Brasil, a taxa de presos é de 135 por 100.000 habitantes.

De acordo com relatório apresentado pela Human Rights Watch (Mariner, 1998), "a população carcerária no Brasil, como no resto do mundo, é formada basicamente por jovens, pobres, homens com baixo nível de escolaridade. Pesquisas no sistema prisional indicam que mais da metade dos presos têm menos de trinta anos; 95% são pobres, 95% são do sexo masculino e dois terços não completaram o primeiro grau (cerca de 12% são analfabetos)".

3. O uso de telefones celulares em prisões no Brasil

O citado relatório da Human Rights Watch (Mariner, 1998, p. 128-129) constatou que em apenas três prisões os detentos tinham acesso fácil a telefones: o Centro de Internação e Reeducação de Brasília, a Penitenciária Central João Chaves, em Natal, e a Penitenciária Raimundo Vidal Pessoa, em Manaus. Nos outros estabelecimentos não havia a possibilidade de acesso a telefones. Entretanto, os presos afirmavam que os detentos ricos conseguiam acesso a telefones celulares se subornassem os guardas.

A rebelião simultânea que ocorreu em 29 presídios de São Paulo não foi a primeira a demonstrar a utilidade do telefone celular para os detentos. Em agosto de 2000, seis presos fugiram do Cadeião de Pinheiros através de um túnel cavado no banheiro coletivo. "Os detentos eram monitorados por comparsas que estavam do lado de fora da prisão por um telefone celular" (Antar, 2000).

Durante o seqüestro do pastor Isaías de Souza Maciel, em julho de 2000, a polícia teve que negociar com o detento Carlos Brás Victor Silva, o Fiote, que havia comandado o seqüestro por telefone celular (Dantas, 2000). Devido a esse episódio, a Secretaria Estadual de Justiça do Rio de Janeiro resolveu estudar a instalação de aparelhos que impedissem ligações de telefones celulares dentro de presídios ("Celular...", 2000).

Outro seqüestro comandado por detento ocorreu em março de 1990, quando o traficante Cláudio Roberto Moreira Pacheco, o Sussuquinha, liderou o seqüestro do médico Edgar Batista de Oliveira, dono do Hospital Renaud Lambert (Não é a..., 2000).

Mesmo dentro dos estabelecimentos penitenciários ocorrem seqüestros. O preso é retirado de sua cela e escondido em outra. Da prisão, telefonam de celular para a família da vítima e exige-se resgate ("Há muitos...", 2000).

Um ex-traficante informou a jornalista como é possível comandar o tráfico de dentro das prisões utilizando o celular e contando com a conivência dos guardas que cobram pelo fornecimento do aparelho ou de drogas, ou ainda pelas reservas de celas para festas (Dantas, 2000).

Não foram poucas as apreensões de aparelhos celulares dentro das prisões. Em 14.06.2000, os agentes do Desipe encontraram celulares, 300 papelotes de cocaína, maconha e mil reais num armário na sala da Defensoria Pública do presídio Bangu III. No dia 12.04.1999, numa revista de rotina em Bangu III, foram apreendidos 10 celulares.

4. O uso de telefones celulares em prisões em outros países

Na Alemanha, a posse de telefones celulares nas prisões tornou-se também um grande problema. Devido a seu reduzido tamanho, podem ser facilmente contrabandeados e escondidos nas celas. Os detentos os usam para planejar fugas e para administrar seus negócios ilícitos, que variam de roubo de carro a tráfico de drogas (Leidig, 2000).

O uso do telefone celular pelos criminosos, dentro ou fora da prisão, é um tormento para os policiais indianos. Até mesmo os batedores de carteiras e os ladrões de carro usam o celular para coordenar suas ações ilícitas. Nos estabelecimentos penitenciários, os telefones são contrabandeados dentro dos pacotes de comidas ou dentro de saltos falsos de sapatos ("Crime goes...", 1998).

Os aparelhos celulares são proibidos nas prisões francesas. Desde 1992, não ocorre naquele país uma rebelião de grandes proporções ("EUA...", 2001). Assim mesmo, na sessão de 16.09.1999, o Senador Emmanuel Hamel questionou o Ministério da Justiça sobre as medidas concretas que os poderes públicos pretendiam adotar para melhorar a segurança nas prisões depois da evasão de cinco detentos em helicóptero. Na revista geral organizada na penitenciária após a fuga, foram encontrados nos esgotos oito telefones celulares e um carregador.

A resposta enviada pelo Ministério da Justiça ao parlamentar traça um retrato da situação naquele país: "As autoridades estão preocupadas com o problema da introdução de telefones celulares nos estabelecimentos penitenciários, observando-se, particularmente, a possibilidade que esses aparelhos oferecem para a comunicação com cúmplices no caso de um projeto de evasão. Os diretores dos estabelecimentos estão conscientes do problema e regularmente alertam o pessoal penitenciário para a necessidade de vigilância. Em todo o caso, a descoberta de telefones celulares não é fácil, devido ao reduzido número de componentes metálicos e à miniaturização. No entanto, a atenção dos funcionários permitiu, em diversas ocasiões, a descoberta de telefones celulares quando da revista ou fiscalização, tanto nas dependências penitenciárias quanto em áreas externas aos pavilhões, tais como pátios e quadras esportivas. Quanto a isso, convém assinalar que, a cada descoberta de telefone celular em revista, os detentos sofreram processos disciplinares. Por cinco vezes, detentos foram processados penalmente. A solução, que consistiria em gerar um sistema de interferência impedindo a utilização dos telefones celulares no recinto da prisão, está descartada. Na verdade, não existe, atualmente, qualquer sistema de interferência que deixe de perturbar os sistemas eletrônicos existentes. No plano regulamentar, como lembrado pela autoridade reguladora das telecomunicações, em Parecer de 10.06.1999, a utilização desses sistemas é proibida na França, incorrendo, os contraventores, nas penas previstas no art. L39-1 do Código de Correios e Telecomunicações. Nesse mesmo parecer, essa autoridade expunha por que não era favorável ao desenvolvimento de tais sistemas, que iriam ferir o respeito, por parte das operadoras de telefonia móvel, das obrigações contidas em sua licença (fornecer nível satisfatório

de qualidade, atender certa parcela da população, permitir as chamadas de emergência) e, outrossim, no caso dos sistemas 'de interferência', esses iriam descumprir o regime vigente de atribuição das freqüências utilizadas entre os terminais móveis e os emissores de rádio. As autoridades acompanham com atenção as evoluções técnicas em matéria de segurança, mas a instalação de novos sistemas de detecção só pode ser considerada sob a dupla condição de eficiência e respeito às normas vigentes".

5. Legislação brasileira

O art. 41 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11.07.1984) estabelece que o preso tem direito a fazer "contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes". O parágrafo único desse artigo acrescenta que esse direito pode ser suspenso ou restringido "mediante ato motivador do diretor do estabelecimento". Não menciona, portanto, o uso de telefones.

O Ministério da Justiça instituiu uma comissão especial, presidida pelo renomado jurista Miguel Reale Júnior, com a finalidade de "propor a elaboração de um anteprojeto de lei que modifique a Lei de Execução Penal, adaptando-a às alterações já sugeridas para a Parte Geral do Código Penal" (Brasil. Ministério...).

Foi apresentado um anteprojeto (www.mj.gov.br) que estabelece, *in verbis*:

"Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena de prisão que:

(...)

VII – fizer uso ou tiver consigo aparelho de telefone celular, de radiocomunicação, ou outro equipamento assemelhado."

6. Projetos de lei sobre o assunto

Na base de dados PROJ, mantida pelo Senado Federal, é possível recuperar 117 projetos que propõem mudanças no Código Penal (Dec.-lei 2.848, de 1940) e 47 que apresentam propostas de alterações na Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 1984). De todos esses projetos, apenas 35 tramitam atualmente na Câmara dos Deputados.

Existe uma única proposição que procura coibir o uso de telefones celulares dentro das prisões, o projeto de Lei 11/2001, apresentado pelo Senador João Alberto Souza, que pretende alterar os arts. 44 e 50 da Lei de Execução Penal.

7. Direito comparado

Na Alemanha, os detentos não estão autorizados a usar telefones celulares. Da mesma forma, o bloqueio do sinal do celular também é ilegal.

Geralmente, os detentos encarcerados nas prisões espanholas não têm o direito de utilizar o telefone celular. A concessão do privilégio fica a cargo da administração do estabelecimento penal (Spanish, 2000).

Detentos americanos têm suas ligações telefônicas firmemente controladas pelas autoridades. Cada prisioneiro tem uma lista de pessoas para as quais pode ligar sem ter sua ligação gravada, como seu advogado, por exemplo (Partridge, 1998).

O uso do telefone pelos detentos franceses está regulamentado pelo art. D417 do CPP (Code de Procedure Penale), que estabelece *in verbis*:[1]

"Os detentos podem escrever todos os dias, sem limites. Os condenados encarcerados em penitenciárias podem receber autorização do diretor para, em circunstâncias familiares ou pessoais importantes, telefonar a suas expensas ou de seu interlocutor. A identidade do interlocutor e o conteúdo da conversa são controlados. Além disso, nos centros de detenção, os condenados estão autorizados a telefonar uma vez por mês, segundo as modalidades descritas acima, aos membros de sua família ou aos titulares de autorização para visita."

Na Bélgica, a Circular Ministerial 1688/V, de 27.10.1998, veda a posse e o uso de telefones celulares nas dependências internas de estabelecimentos carcerários.

No entanto, a posse e o uso de tais aparelhos são autorizados para as seguintes pessoas:

– pessoas que, lotadas em um dos serviços de inspeção da Diretoria-Geral, necessitem ser localizadas no exercício de suas funções. Uma lista nominal dessas pessoas será colocada à disposição dos estabelecimentos;

– magistrados e seus assistentes;

– os serviços de polícia podem dispor de telefone celular nas mesmas condições que os autorizam a portar armas de serviço nas dependências internas de estabelecimento.

E ainda esclarece que os telefones celulares de que dispõem os motoristas do Diretor-Geral para uso em serviço devem permanecer dentro dos carros.

8. Tecnologias disponíveis para deter o uso de telefones celulares em prisões

8.1 C-Guard Mobile Phone Sensor

Produzido pela Netline Technologies (www.netline.co.il), empresa com sede em Israel, é indicado para uso em aviões, hospitais, bancos e prisões, ou em

(1) Texto original: "Les détenus peuvent écrire tous les jours et sans limitation. Les condamnés incarcérés dans les établissements pour peines peuvent être autorisés, dans des circonstances familiales ou personnelles importantes, par le chef de

qualquer lugar onde seja necessário alertar que alguém está usando um aparelho. O sensor pode ser usado isoladamente ou como parte de uma rede de sensores que localiza o uso do telefone celular.

Suas especificações são:

Sistemas: AMPS, N-AMPS, D-AMPS, CDMA, GSM, PCS, PHS, PDC

Freqüências: 800, 900, 1800, 1900, 1500 MHz

Cobertura: 1 a 30 metros

8.2 C-Guard Cellular Firewall (www.cguard.com)

É produzido também pela Netline Technologies (www.netline.co.il). Quando está ativado impede qualquer ligação de telefone celular, seja para enviar ou receber chamadas.

O C-Guard Cellular Firewall impede a comunicação entre o aparelho portátil e a base. O C-Guard não interfere em outro tipo de comunicação, nem nas comunicações entre celulares fora da zona controlada. É apresentado em duas versões: *low power* e *high power*. Ambos estão configurados para cobrir todo tipo de sistema celular analógico (AMPS, TACS, NMT) e digital (TDMA, CDMA, GSM, PCS). A cobertura varia de 20 a 200 metros.

8.3 MobilePhoneGuard (www.mobilephoneguard.se)

MobilePhoneGuard consiste em um detector, baseado em uma invenção sueca, que identifica telefones celulares dentro de um raio de aproximadamente 10 metros e emite um sinal de alarme até o telefone ser desligado. Seu uso é indicado para hospitais, aviões, teatros, restaurantes, bibliotecas, escolas, tribunais e prisões.

Pode identificar todo tipo de telefone celular, analógico ou digital, dentro das faixas de freqüência entre 300 – 1.000 MHz.

8.4 SciDyn's Call Control System (www.scidyn.com)

Produzido pela empresa americana Science Dynamics Corporation, sediada em Nova Jersey, que tem seus produtos instalados em 18 países.

l'établissement, à téléphoner à leurs frais ou aux frais de leur correspondant. L'identité du correspondant et le contenu de la conversation sont contrôlés. En outre, dans les centres de détention, les condamnés sont autorisés à téléphoner une fois par mois, selon les modalités énoncées ci-dessus, aux membres de leur famille ou aux titulaires de permis de visite".

É um instrumento eficaz para administrar e controlar os telefonemas dos detentos. É capaz de estabelecer e controlar os parâmetros de milhares de ligações por hora. Pode ser usado numa delegacia ou distrito policial, ou numa grande penitenciária. Sua operação pode ser local ou remota.

8.5 Método desenvolvido na Alemanha

Uma equipe alemã, liderada pelo Prof. Detlef Mansel, da Technical College in Gelsenkirchen, desenvolveu um método de identificar quando e onde um telefone celular está sendo usado dentro da prisão. O sistema custa 200 mil marcos e foi testado durante seis meses na prisão de Gelsenkirchen; posteriormente o detector de ondas de rádio foi utilizado também nas penitenciárias de Wuppertal, Aachen, Colônia, Dortmund e Werl (Schrage, 2000; Leidig, 2000).

O cerne da captação ótica de ondas de rádio é a criação de um perfil eletrônico de cada uma das celas. Os perfis de ondas de rádio característicos das dependências da prisão são armazenados durante a "fase de aprendizagem" do sistema e utilizados na prática para fins de comparação. Por meio de monitores, o pessoal da segurança pode determinar com precisão de qual cela um detento está telefonando. Um "X" vermelho na tela do monitor mostra a posição exata (Schrage, 2000).

Antes da instalação do produto é feita uma avaliação que inclui questões radiotécnicas, de montagem e relativas às conexões elétricas e de telecomunicações do prédio. Além disso, são avaliadas questões relacionadas à instalação e configuração do computador na central de alarme.

8.6 Método desenvolvido no Brasil

A empresa goiana Tramacom desenvolveu um sistema bloqueador de celulares que leva o mesmo nome. O equipamento já foi testado em presídios, restaurantes e escritórios e apresentou 100% de eficácia.

"O Tramacom é um aparelho que, por meio de um sistema irradiante dimensionado, possibilita o bloqueio total de qualquer sistema de telefonia celular em operação no mundo. A principal vantagem é que o equipamento permite definir com precisão a área em que os celulares ficarão bloqueados sem interferir na cobertura da operadora local de telefonia celular."

9. Conclusão

Os telefones celulares não foram a causa da rebelião simultânea que aconteceu em 29 presídios do Estado de São Paulo, mas com certeza serviram para facilitar o seu planejamento e execução.

Esta pesquisa demonstra que existem meios modernos e eficazes, já experimentados em outros países, para impedir o uso de telefones celulares dentro das prisões, sem interferir no funcionamento da operadora local de telefonia celular ou em qualquer outro tipo de comunicação.

Bibliografia

ALCALDE, Luísa. "Saindo pelo ladrão: superlotação carcerária ameaça implodir sistema em São Paulo. Fugas aumentam e aterrorizam população". *IstoÉ* 1.560/40-44, São Paulo, ago. 1999.

ANTAR, Natalie. "6 detentos fogem do cadeião de Pinheiros". *O Estado de S. Paulo*, 08.08.2000.

BARAILLE, Cecile. "Cellmates Favor Cell Phones" <http://www.mbizcentral.com/storry/ /MBZ20001121S008>.

BBC Worldwide Monitoring. "Spanish Court refuse russian media magnate access to mobile phone in his cell", 21.12.2000.

BRASIL. "Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal". *Diário Oficial da União*, 13.07.1984.

———. "Ministério da Justiça. Portaria 466, de 7 de junho de 2000. Fica constituída comissão especial, com vistas a propor a elaboração de um anteprojeto de lei que modifique a Lei de Execução Penal, adaptando-a às alterações já sugeridas para a parte especial do Código Penal". *DOU* 08.06.2000.

BRASÍLIA. "Estimativa do déficit de vagas no sistema penitenciário do Brasil, data-base dezembro-87". Departamento Penitenciário Nacional, Divisão de Cadastro e Processamento, 1988. 1 v. il.

COSTA, Dalton. "Já existe sistema para bloqueio de celulares". *Gazeta Mercantil*, 05.03.2001.

DANTAS, Pedro. "Sistema carcerário: preso comanda crime de dentro da cadeia". *Folha de S. Paulo*, 24.07.2000.

FOLHA DE S. PAULO. "Celular em prisão será bloqueado". 12.07.2000.

FRANÇA. "Código de Processo Penal" (1957). Code de Procedure Penale <www. legifrance.gouv.fr>.

JULIANO, Carolina. "O império do crime: como age e o que pretende o Primeiro Comando da Capital, sindicato de presos que tomou o poder nas cadeias de São Paulo". *Época*, ano 3, n. 145, Rio de Janeiro, fev. 2001.

KAMINSKI, Kristhian; SQUEFF, Larissa. "Eles tomaram o poder". *Veja*, ano 34, n. 8, p. 26-31, São Paulo, fev. 2001.

LEIDIG, Michael. "Prisons install device to catch inmates using smuggled mobile phones". *South China Morning Post*, 14.12.2000.

MARINER, Joanne; CAVALLARO, James. "O Brasil atrás das grades". Nova Iorque: Human Rights Watch, 1998.

O ESTADO DE S. PAULO. "Há muitos motivos para matar na cadeia". 04.06.2000.

O GLOBO. "EUA, Alemanha e França proíbem aparelhos nas prisões". 21.02.2001.

———. "Não é a primeira vez que bandidos usam celulares em penitenciárias do Rio, como mostram apreensões de aparelhos feitas nos últimos tempos". Rio de Janeiro, 23.06.2000.

OLIVEIRA A. Edmundo. "Statistique pénitentiaire et conditions de vie carcérale au Brésil". *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé* 4/749-754, oct.-dec. 1993.

PARTRIDGE, Chris. "Perils of the cell phone". *The Times*, 04.03.1998.

SCHRAGE, Kurt. "Lauschangriff auf Knackis" <http://www.taz-ruhr.de/071200/19.html>.

TIMES OF INDIA. "Crime goes hi-tech the cellular nexus". 10.10.1998.

6.2

NOTAS SOBRE O PROJETO REFERENTE AO INQUÉRITO POLICIAL

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA

SUMÁRIO: 1. O projeto de modificação do Código de Processo Penal na parte referente ao inquérito policial – 2. Uma novidade relevante – 3. Modificações desnecessárias – 4. Processo de competência originária – 5. O novo *modus operandi* que se pretende imprimir ao inquérito policial – 6. Inovações quanto aos meios de registro de depoimentos e declarações – 7. O arquivamento – 8. Ação penal privada subsidiária – 9. Outras novidades e investigação pelo Ministério Público – 10. Outras pequenas observações – 11. Conclusões.

Resumo: O estudo contém uma análise do projeto de reforma do Código de Processo Penal na parte referente ao inquérito policial, com sugestões.

Palavras-chave: Código de Processo Penal: projeto de reforma – Investigação criminal – Inquérito policial – Termo circunstanciado – Arquivamento – Ação penal privada subsidiária – Investigação pelo Ministério Público.

1. O projeto de modificação do Código de Processo Penal na parte referente ao inquérito policial

Resultante de um anteprojeto, revisto, tramita na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, sob o n. 4209/01, projeto de lei de reforma do Código de Processo Penal na parte referente ao inquérito policial.

A proposta enviada ao Congresso Nacional sofrera, no Ministério da Justiça, algumas alterações. Teriam sido, porém, irrelevantes em relação ao anteprojeto da comissão revisora.

Assim é que a epígrafe do Titulo II do Código vigente, "Do Inquérito Policial", vinha modificada, no então anteprojeto revisto, para "Da Investigação Criminal". Nenhuma dessas expressões, porém, se mostraria precisa, uma vez que se cuida da elaboração, além do inquérito, de mais uma peça policial, ou seja, um *termo de ocorrência*, específico para pequenas infrações, e, por outro lado, não se pretende regular outras espécies de investigação penal que não o inquérito poli-

cial. Outra, porém, foi a expressão que apareceu no projeto, em virtude de uma modificação no Ministério da Justiça.

Lá está, com efeito, escrito não mais "Da Investigação Criminal", como no anteprojeto, mas "Do Inquérito Policial e do Termo Circunstanciado", rubrica sem dúvida muito melhor, não só porque mais precisa, mas também porque, como percucientemente havia observado o Prof. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, em lúcida análise do primitivo anteprojeto ao depois revisto, publicada na *Revista Cejap*, o *termo* "não contém investigação, nem apuração".[1] Foi, assim, atendida a crítica do eminente professor da USP e desembargador do TJSP.

Permaneceu, porém, em diversos artigos, a menção a *investigação*, que não foi substituída para *inquérito*. De qualquer modo, a substituição pura e simples de uma expressão por outra, ainda que bem melhor, além de tradicional, não mudaria no projeto aquilo que ele tem de pior, que é a proposta de retirar à polícia judiciária grande parte da conveniente e também tradicional atividade instrutória, como mais adiante se verá. Não foi à toa que o anteprojeto muito falou em *investigação*, ao invés de *inquérito*.

Acabou, assim, por adotar alguma coisa ou muito do famigerado e repudiado *juizado de instrução*.

Esse reduzido papel da polícia judiciária, ao lado de determinadas inovações quanto ao arquivamento do inquérito e participação do Ministério Público em sua tramitação – linhas-mestras da proposta –, em minha opinião torna o projeto, em sua essência, inaceitável, a despeito do que tem de bom e que não deve, de modo algum, deixar de ser aproveitado.

2. Uma novidade relevante

Alguns outros senões, que poderão ser corrigidos, também existem.

Vislumbro, por exemplo, ali naquela mesma epígrafe mencionada – "Do Inquérito Policial e do Termo Circunstanciado", uma imperfeição vitanda, que já vem do anteprojeto, art. 4.°.

Esse art. 4.°, com efeito, de par com a referência que faz ao mencionado "termo" – referência essa muito boa e pertinente, por atualizar o Código à vista da Lei 9.099/95 – estaria excelente não fosse ter chamado de "termo circunstanciado" o registro policial de uma ocorrência.

De fato, poderia ser dito, de maneira melhor, *termo circunstanciado de ocorrência*, ou simplesmente *termo de ocorrência*, pois isso é o que ele é. O "circunstanciado", um adjetivo, é apenas uma indicação de seu mais característico atribu-

(1) Artigo "Breves notas sobre o Anteprojeto de Lei, que objetiva modificar o Código de Processo Penal, no atinente à investigação policial".

to. De outro modo, o conhecido "TCO", ou "TO", se tornaria "TC", gerando uma certa confusão na prática.

3. Modificações desnecessárias

Embora não tenha, ao contrário de outras mudanças de menor relevo ou de escassa utilidade, merecido menção alguma na *Exposição de Motivos* da comissão, o projeto contém, entretanto, uma notável e extraordinária novidade, que, a meu sentir, é tão importante e útil que por si só valeria por uma reforma.

Refiro-me ao que preceitua o § 1.º do art. 20, *verbis*:

"Durante a investigação, a autoridade policial, o Ministério Público e o juiz tomarão as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do investigado, do indiciado, do ofendido e das testemunhas, vedada sua exposição aos meios de comunicação."

É ainda recente fato ocorrido em São Paulo de vazamento para a imprensa de suposta corrupção de menores por parte de um casal de professores, proprietários de um estabelecimento de ensino. Eram inocentes.

Jamais me esquecerei do abatimento de um meu aluno, anos atrás, ao ter sua fotografia estampada em jornal, como indiciado em estelionato por emissão de vários cheques sem fundo. Um seu talão de cheques havia sido furtado, meses antes, por um companheiro de pensão, que confessara os crimes. Dificílima a reparação dos danos que uma publicação dessas causa. Também não me esquecerei da compaixão que tive por estimado, velho e conceituado advogado, homem integralmente de bem, que caíra na imprudência de queixar-se numa delegacia contra seu genro, que o ameaçava. Ele, vítima, foi quem foi parar em página policial de jornal. Um cliente, investigado por suposto estelionato – por que foi processado e a final absolvido –, assustou-se ao abrir a porta de seu escritório atendendo a um chamado: foi surpreendido pelo disparo do *flash* de fotógrafo de um jornal, conduzido até ali pela própria polícia. Traumatizado, passou cerca de um ano sem poder ler jornal. Também com relação ao Ministério Público isso algumas vezes acontece: convoca-se a imprensa para alardear a promoção de uma ação penal e depois a denúncia é rejeitada.

Em uma de suas apreciadas crônicas, contou um jornalista mineiro o seguinte:[2] *"Quando repórter de polícia, recordo-me das apresentações de meliantes pés-de-chinelo. Todos abaixo dos mil reais de furto. Algemados, eram exibidos à imprensa como troféus da competência policial. Se um deles se atrevesse a baixar a cabeça, num gesto de resguardo à humilhação ou de vergonha, os próprios policiais se encarregavam de levantar a face do malandro. 'Mostra tua cara, seu fdp'".*

(2) Wagner Seixas, jornal *Estado de Minas*, 15.12.2000.

O uso a torto e a direito de algemas é outro abuso que deve ser reprimido.

O anteprojeto, nesse particular, trouxe uma grande conquista. Não para o Ministério Público. Ou para a magistratura. Ou para a nobre classe dos advogados. Mas para a própria sociedade.

Foi, a meu sentir, "a mais completa tradução" do princípio da inocência, ou da presunção da não-culpabilidade.

Ao elogiar o anteprojeto nesse particular, não posso deixar de prestar uma singela homenagem à festejada Profa. Ada Pellegrini Grinover, que já se preocupara, à época da revisão de anteriores anteprojetos, em redigir mais um visando resguardar a imagem e a privacidade de indiciados e ofendidos. Sem dúvida alguma, a proposição em exame teve, direta ou indiretamente, o dedo dela.

4. Processo de competência originária

Mas meu entusiasmo dura pouco, a despeito do que o projeto ainda tem de bom e embora se mostre, sem dúvida alguma, muito superior à primeira versão do anteprojeto, antes de passar pela ilustrada comissão revisora.

Não gostei, entre outras coisas, de certas modificações completamente desnecessárias e que só servem para complicar.

Assim, o art. 5.°, *d* – que repete a expressão "termo circunstanciado" –, manda que o termo de ocorrência, aliás "termo circunstanciado", seja imediatamente remetido ao "órgão do Ministério Público oficiante, com as informações colhidas, comunicando-as ao juiz".

O que se faz atualmente é o contrário: remessa do termo não ao Ministério Público, mas ao juiz. Se o Ministério Público não é o destinatário do *termo*, para que enviar a ele dito *termo*? Ora, se é o juiz quem vai presidir a audiência preliminar, se é à secretaria do juizado que irá afinal levar-se o termo, se é ela que agenda, ou com ela é agendada, a audiência, não faz sentido a intermediação do Ministério Público, que teria o trabalho extra, desnecessário e atentatório à conveniência de economia processual, de ser portador do termo e apresentá-lo à secretaria ou ao juiz. Como diria o outro, se podemos ser complicados, por que vamos ser simples?

Há, porém, uma explicação para isso. O projeto quer afastar de modo geral a presença do juiz em atos relacionados com a investigação, a não ser para atuar como juiz de garantias. E peca por excesso.

Isso, diga-se de passagem, é, aliado ao fato de se ter perdido de vista que o Código rege o processo penal em todo o território nacional e não se destina apenas a São Paulo e outros grandes centros, o que mais contribuiu para impedir uma proposta de reforma realmente boa.

Veja-se, por exemplo, o que já vem acontecendo com a destinação do inquérito, logo que encerrado. Contrariando a disciplina do Código vigente, em alguns

lugares tem havido remessa direta ao Ministério Público. No Rio de Janeiro, uma portaria da Corregedoria de Justiça autorizou aquele procedimento. Tempos depois, a portaria foi revogada. Recentemente foi restabelecida. No Ministério Público Federal também já se adotou a praxe viciosa. Tudo bem. Mas fica dificultado o controle de prazos, e abusos podem ocorrer em pedidos de devolução e *baixas*. Em pequenas comarcas, dificuldades poderão verificar-se quando vago o cargo de promotor.

É certo que o projeto, certamente procurando evitar inconvenientes semelhantes, limitou o prazo do inquérito em sessenta dias. Aqui outro equívoco. A apuração das infrações penais e de sua autoria não deve ficar cerceada por prazo fatal e improrrogável. Depois, não adianta marcar prazo, porque não será cumprido.

Aquelas preocupações devem ter levado à eliminação, no projeto, do atual art. 16, segundo o qual o Ministério Público não poderá requerer a devolução dos autos para novas diligências senão quando imprescindíveis ao oferecimento da denúncia. É claro que não pode o juiz indeferir o requerimento, como já se tem posto em relevo.[3] Mas não será, por outro lado, um simples encaminhador de autos. Exercerá o autêntico papel de juiz de garantias, ou juiz garantidor, mandando colocar o indiciado em liberdade, se estiver preso, um direito decorrente da devolução, como de há muito salientamos.[4]

5. O novo *modus operandi* que se pretende imprimir ao inquérito policial

É no caso de processo de competência originária que outra observação se torna aqui importante.

Se o desejado sistema de encaminhamento direto dos autos do inquérito ao Ministério Público já não seria dos melhores nas pequenas comarcas, pior será nas procuradorias-gerais.

Isso porque, fazendo-se, como ainda se faz, o encaminhamento não ao Ministério Público, como se pretende, mas ao tribunal, há logo geração de um número para o expediente, a facilitar o controle de sua tramitação.

Mas mesmo assim, para um controle efetivo, seria conveniente uma regra para a cobrança dos autos. É que tribunais, com inteira razão, evitam cobrar a devolução de autos se ainda não há ação penal em curso, sendo certo que a eles não caberia exercer uma fiscalização que a lei não lhes comete. Então pode ocorrer que grande número de autos permaneça muito além dos prazos, talvez durante anos, na Procuradoria.

(3) Cf. José Barcelos de Souza. *Teoria e prática da ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 107.

(4) Cf. José Barcelos de Souza. *A defesa na polícia e em juízo*. 6. ed. São Paulo: 1988. p. 328.

Foi o que se pôde observar após o cancelamento da Súm. 394 do STF, decidido em sessão plenária de agosto de 1999. Ex-prefeitos, então, deixaram de gozar do foro por prerrogativa da função. Pois bem, em um único Estado, foram logo devolvidos pela Procuradoria, para remessa às comarcas, centenas de autos com o prazo para denúncia esgotado, sem ela e sem pedido de arquivamento ou de diligência, vale dizer, sem terem esses autos sido examinados.

Este não é momento oportuno para discutir as causas da demora, geradora de impunidade, mas não será demais dizer que procuradores vivem premidos por prazos para pareceres em recursos, atividade essa sem maior relevância ou necessidade, em que pese a excelência de muitos pareceres, isso, entretanto, em detrimento de sua tarefa típica, principal e mais importante – não só entre nós, mas também no chamado *primeiro mundo* –, que é a promoção da ação penal pública. No tempo em que havia juízes leigos, justificavam-se os pareceres. Hoje os tribunais andam cheios de assessores. É de ser dispensado o luxo do parecer, e a reforma referente aos recursos bem que poderia cuidar disso. Nos processos de *habeas corpus* nos tribunais não havia, certamente para que fosse imprimida maior rapidez em sua tramitação, a formalidade do parecer, que veio a ser determinada pelo Dec.-lei 552, de 1969. Mas em alguns setores do Ministério Público costuma haver atrasos. Uma demora inadmissível que, é de justiça registrar, não se tem verificado em Minas Gerais.

Então, seria interessante acrescentar-se um parágrafo ao art. 9.º, preceituando que, quando de tribunal a competência para a ação penal, a ele serão enviados os autos do inquérito ou de peça de informação, acrescentando-se também à alínea *a* do § 3.º do art. 46 que, se o descumprimento do prazo se der com relação a autos enviados por tribunal, este poderá solicitar a devolução, para verificação ou juntada de documento, ou a requerimento de quem tiver qualidade para propor ação penal privada supletiva. Pode não resolver, mas ajuda muito.

6. Inovações quanto aos meios de registro de depoimentos e declarações

Também não gostei nada do novo *modus operandi* que se pretende imprimir ao inquérito.

Preocupado em "evitar o inchaço do inquérito", o projeto determina que os elementos informativos deverão ser colhidos na medida estritamente necessária à formação do convencimento do Ministério Público ou do querelante sobre a viabilidade da acusação, bem como à efetivação de medidas cautelares, pessoais e reais, de competência exclusiva do juiz (art. 7.º), como informa a *Exposição de Motivos* (n. 11).

E mais, continua a *Exposição*:

"Deixa-se claro, ainda, que tais elementos não poderão constituir fundamento da sentença, com exceção das provas produzidas cautelarmente ou irrepetíveis, em que o contraditório será diferido (par. ún.)."

Ora, mandar colher provas apenas no estritamente necessário para o convencimento da acusação é estimular a prática regular de serviço mal feito.

Demais disso, o inquérito não deve ser feito com o objetivo exclusivo de convencer o acusador, senão também o de lhe fornecer elementos para convencer o juiz.

Depois, a investigação não deve, restritamente, destinar-se a fornecer elementos para uma acusação, senão também para a fundamentação, se for caso, de uma *opinio delicti* negativa, vale dizer, de uma resolução de arquivamento. O que distingue um ato de polícia judiciária no inquérito é, como disse o professor belga Roger Demain, ser anterior ao exercício da ação e não ter outro fim senão do "déclairer le Ministère Public sur la nécessité de poursuivre ou non".[5]

O Código de Processo Penal italiano, aliás, no art. 358, é expresso em determinar que o Ministério Público investigue também a respeito de fatos e circunstâncias que possam favorecer a pessoa submetida à "investigação preliminar" (*indagine preliminare*).

Cumpre ao legislador ter presente, nesse particular, que o processo é como se fosse, ele próprio, uma punição. Não deve, por isso mesmo, ser movido precipitadamente.

Ruim também é essa coisa de proibir que a sentença se fundamente em elementos do inquérito.

Por que privar o juiz de levar em consideração um depoimento policial favorável ao réu, impossível de ser obtido em juízo por motivo de falecimento da testemunha?

É certo e é sabido que a orientação da doutrina e da jurisprudência é no sentido de não ser possível, por falta de contraditório, a condenação com base exclusiva em elementos do inquérito policial. Ainda quando não se firme a sentença exclusivamente na instrução provisória obtida no inquérito policial, o certo é que dados nele colhidos não servem, por si sós, já que não obtidos sob o contraditório, para alicerçar o convencimento do juiz.

Em linha de princípio é o que deve prevalecer. Entendo, porém, que isso não deve ir para o Código. Seria melhor deixar como está, para evitar radicalismos.

É que muitas vezes, depois das perguntas feitas a testemunha em juízo, em geral sobre o que é de essência, a parte interessada requer que o depoimento policial seja lido para o depoente, indagando-se dele se o mantém, com o que o depoimento em juízo poderá ficar complementado com informações úteis.

Por que desde logo afastá-lo, para que não seja admitido nem mesmo subsidiariamente, se estiver perfeitamente entrosado com a prova judicial? Poderá ser de utilidade tanto para a acusação como para a defesa.

(5) "Principes du Code d'Instruction Criminelle Bruxelas", s/d, p. 43.

Quando, passando pelo crivo do contraditório e da mais ampla defesa, a prova policial vem a ser destruída, desabonada, infirmada em juízo, é que merece, sem maiores indagações, ser desprezada.

O ideal seria que, sempre que possível, o indiciado fosse comunicado sobre a realização de atos de instrução na polícia, alertado de que pode fazer-se acompanhar de advogado, com o que se estabeleceria um contraditório, a evitar a repetição do ato em juízo, com comunicação ao Ministério Público, que comparecerá se entender conveniente.

Antigo voto do eminente Des. Alencar Araripe, do TJMG, merece meditação ao ponderar o seguinte:

"Não sou daqueles que maldizem da prova feita na polícia, desde que colhida com seriedade. A experiência da vida judiciária mostra-nos que é na polícia que se recolhe a prova mais sincera, porque é quando o acusado e as testemunhas ainda conservam a lembrança nítida dos fatos e também não foram ainda industriadas. Por isso, a jurisprudência dá cada vez maior valor às investigações policiais, quando não maculadas pela coação ou pela má-fé. E digam o que quiserem autores respeitáveis, do tempo do liberalismo em matéria de processo penal, a prova mais recente é quase sempre a melhor."[6]

Pude comprovar isso pessoalmente. Ainda um jovem promotor, confidenciou-me dias antes de um julgamento pelo júri um dos advogados de defesa, *velha raposa* do foro: "Vou negar a autoria". Pensei com meus botões: "Tá brincando comigo ou está doido". Mas minhas testemunhas de acusação, que tão firmes e precisas tinham sido no inquérito, ao responderem às perguntas do juiz foram hábeis em afastar a autoria atribuída ao réu. Tomado de surpresa, requeri ao juiz me permitisse fazer uma inquirição direta. Bom e seguro condutor de audiências, o experimentado juiz me confiou o exame das testemunhas. Então, logo apertei a primeira: "O senhor é um homem idoso, respeitável, e certamente nunca mentiu na vida. Alguma coisa está errada em seus depoimentos. Veja só o que disse testemunhando na polícia, completamente diferente. Qual ficou errado, o depoimento de lá ou o de hoje? É preciso que o senhor esclareça. Alguém morreu. De morte matada. Podia ter sido um filho seu. A mãe da vítima está ali, chorando. O senhor não quer ficar com remorso, não é? Então pode dizer. Foi o réu Fulano?" A resposta foi um silêncio. A testemunha não disse que não. Mas também não saiu de seu mutismo. Isso não obstante, réu absolvido. Pela negativa da autoria. Soube, mais tarde, que um perigoso co-réu, foragido, achava-se, armado, na sala. Falhou a propalada perspicácia dos jurados.

7. O arquivamento

Informa a *Exposição de Motivos*, item 14, que, na mesma enfatizada linha de agilização, a reformulação proposta evidencia, a cada passo, a simplificação

(6) *Minas Forense*, vol. 26, p. 139.

objetivada, sobrelevando-se a utilização dos meios ou recursos de que cuida o § 4.° do art. 6.° do Projeto, *verbis*:

"No registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas poderá ser feito pelos meios os recursos de gravação magnética, estenotipia ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada, à evidência, a obter maior fidelidade das informações. Na forma por último indicada, será encaminhado ao Ministério Público o registro original, sem necessidade de transcrição."

Em primeiro lugar, seria melhor usar a lei da terminologia tradicional, não chamando de depoimento as declarações do indiciado, nem as da vítima, pessoas que não são compromissadas.

Em segundo lugar, que se usem os meios ou os recursos mencionados no projeto numa investigação prévia informal, autorizada pela proposta em exame, numa – nunca disso se duvidou – "pesquisa que a polícia pode, deve e por vezes necessita fazer para descobrir as provas que o inquérito deve conter, pesquisa que se consubstancia numa ampla investigação de tudo o que possa interessar à elucidação do fato, inclusive a secreta obtenção de informações de testemunhas, sem o que se frustraria sua missão",[7] pesquisa essa informal e prévia destinada à escolha das testemunhas que serão convocadas para depor no inquérito.

Na formação dos autos do inquérito, porém, as declarações e os depoimentos devem ser registrados em peças escritas, com as formalidades e garantias legais. Fita pra cá, fita pra lá – até correndo o risco de ser destruída ou de perder-se –, traria inconvenientes diversos: necessidade de espaço próprio para armazenagem, consulta trabalhosa se não houver transcrição etc.

O pior é que as declarações da vítima – elemento de prova importantíssimo, especialmente naqueles crimes que costumam ser cometidos às escondidas – não vão ser tomadas formalmente, tendo sido a providência retirada do art. 6.° para ficar numa fita.

Ora, a atividade policial no inquérito deve ser, como ainda é hoje, toda ela, investigatório-instrutória, e não meramente investigatória, ao contrário do que pretende o projeto, que fez exceção apenas para as provas cautelares ou irrepetíveis.

8. Ação penal privada subsidiária

Dá a *Exposição de Motivos* destaque à redação proposta ao art. 28, salientando que "sobressai, como autêntica novidade", nesse particular, a nenhuma interferência da autoridade judiciária, quanto à formulação da acusação, ou à promoção do arquivamento, toda ela processada no âmbito do Ministério Público (n. 15 e 16).

(7) Cf. José Barcelos de Souza. *A defesa na polícia e em juízo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 43.

Com efeito, para o controle do arquivamento, o projeto modifica a regra do art. 28 do CPP (que atribui ao juiz a função anômala de deferir o arquivamento ou, não concordando com as razões invocadas, enviar os autos ao Procurador-Geral). Ao invés disso, estabelece o projeto a remessa não só de cópia da promoção de arquivamento, mas também das principais peças dos autos, a órgão superior do Ministério Público, no prazo de 3 (três) dias, sendo intimadas dessa providência, em igual prazo, mediante carta registrada, com aviso de retorno, o investigado ou indiciado e o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo.

Se para alguns já é mais fácil e cômodo oferecer denúncia que requerer o arquivamento (talvez por isso a freqüência de denúncias sem justa causa para a ação penal), nas pequenas comarcas, em que o Promotor não tem serviços auxiliares, com a nova regra mais ainda, diante do trabalhoso arquivamento.

Demais disso, submeter ao crivo do Procurador-Geral toda e qualquer promoção de arquivamento seria sobrecarregar, desnecessariamente, os serviços da Procuradoria. Além do mais, uma demonstração de desconfiança generalizada com os serviços dos órgãos do Ministério Público, que devem ser agentes altamente qualificados. Senti-me diminuído quando, ao ingressar no Ministério Público Federal, surgiu uma portaria do chefe da instituição – pouco depois revogada – determinando providência semelhante (tratava-se de enviar ao chefe do Ministério Público, Procurador-Geral da República, cópia dos requerimentos de arquivamento).

O sistema atual tem funcionado bem, e não se tornou incompatível com a Constituição vigente. O melhor é conservar o sistema em vigor. Mesmo porque, se vier a ser modificado, como proposto, o número de procuradores de Justiça, que já não é pequeno, haveria certamente de ser muito aumentado.

9. Outras novidades e investigação pelo Ministério Público

Além daquele controle que, com a colaboração e provocação do juiz, é efetivado pela própria Instituição, há uma outra forma de controle, puramente externo, este pelo ofendido. É a ação penal privada subsidiária, ou supletiva, de que trata o art. 29 do Código de Processo.

O entendimento de que não cabe a queixa do ofendido quando esteja arquivado o inquérito a requerimento do órgão do Ministério Público é, como escreveu o Prof. Basileu Garcia,[8] forte em opinião do Des. Manuel Carlos de Figueiredo Ferraz na 1.ª Conferência de Desembargadores, "contrário à lei expressa". Essa lei expressa é não só o art. 100, § 3.º, do CP, mas também o citado art. 29 do Código de Processo, hoje elevado, *ipsis litteris virgulisque*, à categoria de norma constitucional, integrando o elenco dos direitos individuais.

(8) *Instituições de direito penal*, 4. ed., vol. 1, t. II, p. 644, e *RT* 172/3.

Se proscrevê-la seria contrariar, hoje, não só a lei expressa, mas também preceito constitucional expresso (não ousou fazê-lo o anteprojeto), seria conveniente, para se desfazer o preconceito que se criou em torno da matéria, acrescer um parágrafo ao art. 28, que poderá ficar assim redigido: "Promovido o arquivamento, será admitida ação privada nos termos do art. 29".

Com isso, poderíamos, então, repetindo o Prof. Anibal Bruno, dizer que "é essa, aliás, a solução mais liberal, consoante com o espírito que anima os fundamentos das nossas instituições jurídicas, e a que melhor atende não só ao interesse do ofendido, mas ainda ao interesse social vinculado à perseguição dos fatos puníveis".[9]

Mesmo porque, quem controlaria o Procurador-Geral nas ações de competência originária, se não existe chefe do chefe?

Cabe aqui, a propósito, registrar que o projeto, tal qual o Código vigente, nada dispõe a respeito do arquivamento nos feitos de competência originária.

Divergindo completamente do pensamento do insigne José Frederico Marques, que entendia que, indeferido pelo tribunal o pedido de arquivamento formulado pelo Procurador-Geral, ou este oferece denúncia, ou atribui essa função a seu substituto legal, ou então será nomeado procurador *ad hoc* para aquele fim, salientamos em nosso "Do Arquivamento"[10] que não é admissível aquele controle por tribunal (ainda hoje, um ou outro tribunal, não sei para que, ainda vota, com impertinência e perda de tempo, a resolução de não denunciar!), pelo que não tocava a um substituto cumprir uma decisão descabida; nem caberia, pela mesma razão, a nomeação de procurador *ad hoc* (agora até proibida), de modo que a solução legal era unicamente a da ação penal privada subsidiária, despachado e atendido o pedido de arquivamento pelo presidente do Tribunal.

Reiteramos, anos depois, o mesmo entendimento, mas, *de lege ferenda*, e porque muitas vezes o ofendido ou o lesado é um ente público, sugerimos, sem prejuízo da ação privada supletiva, que o colégio de procuradores reexamine a decisão do Procurador-Geral de arquivar, se se tratar de competência originária, isso a requerimento do ofendido ou, se vítima ou prejudicada for entidade pública, de qualquer cidadão, designando-se, se for caso, procurador para oferecer a denúncia.

A providência sugerida é, posto mais abrangente, semelhante à prevista no inc. XI do art. 12 da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

10. Outras pequenas observações

Entre o que é bom no projeto, mencionemos também os §§ 6.º e 7.º do art. 4.º, *verbis*:

(9) *Direito penal*. 2. ed. Forense, 1966. vol. 1, t. 3., p. 399.

(10) *Imprensa Oficial*, Belo Horizonte, 1969. p. 99-102.

"Tomando conhecimento da ocorrência, a autoridade policial fará, imediatamente, o seu registro, que ficará à disposição do Ministério Público, podendo este requisitá-lo periódica ou especificamente."

"Tratando-se de infração penal atribuída a policial, a autoridade comunicará imediatamente a ocorrência ao Ministério Público, para as providências cabíveis."

Todavia, para aprimorar o sistema de controle da impunidade, uma outra providência me parece imprescindível: a de proporcionar ao Ministério Público outras medidas de controle pertinentes à lei ordinária.

A questão do *jogo-do-bicho* no Rio de Janeiro, por exemplo, não teria sido apurada e levada à Justiça, como foi, sem o trabalho do Ministério Público. Já no âmbito do Ministério Público Federal, não teria sido completamente elucidado o caso *Juiz Nicolau* sem a efetiva contribuição de Procuradores da República.

Acertada é a conclusão do douto Procurador de Justiça carioca Prof. Sérgio Demoro Hamilton,[11] ao cabo de excelente estudo sobre a amplitude das atribuições do Ministério Público na investigação penal, dizendo o seguinte: "Não pretende o Ministério Público cumprir, ordinariamente, atividade investigatória na fase pré-processual. Não é essa sua função específica. A instituição do Ministério Público tem, na atualidade, outras, muitas outras atribuições relevantes a serem desenvolvidas. Eu diria, mesmo, que o Ministério Público não pode nem deve, ordinariamente, investigar". Mas, acrescenta com muita propriedade, "isto não significa dizer que ele não tem o direito de investigar diretamente quando, por fás ou por nefas, verificar ser oportuna ou mesmo necessária a providência".

É exatamente para possibilitar uma investigação não simplesmente paralela ou estranha a um inquérito policial, hoje amplamente autorizada, mas uma condução direta, quando necessária, de inquérito policial, que preceituava antiga lei orgânica do Ministério Público de Minas Gerais, a Lei 616, de 11.09.1950, ao dizer no art. 8.°, II, que cabia ao Promotor de Justiça o seguinte:

"Exercer vigilância sobre os atos da Polícia Judiciária, promovendo diligências adequadas ao andamento das investigações, instaurando inquéritos ou assumindo a presidência dos já iniciados, quando outras providências resultarem inúteis para a apuração do fato delituoso."

Como se vê, antes mesmo, muito antes de a Constituição vir a estabelecer o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, ou de consagrar, como faz no inc. VIII do art. 129, como função institucional do Ministério Público "requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial", já se praticava uma vigilância e uma fiscalização de atos relacionados com as atividades do Ministério Público quanto à apuração das infrações penais e à promoção da ação penal. Medidas semelhantes, se escapam à lei ordinária, constam de algu-

(11) *Temas de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 227.

mas leis complementares estaduais, como a providência da avocação (assim, a Lei 28/82, do Rio de Janeiro).

É preciso que essa vigilância no sentido de que as infrações penais sejam realmente apuradas, suprindo-se, se necessário, a omissão da autoridade policial, conste do Código de Processo Penal, no que em seu âmbito legislativo couber.

É oportuno, por exemplo, introduzir no Código, como medida de vigilância, providências mais amplas que as dos §§ 6.º e 7.º do citado art. 4.º do projeto.

Marcellus Polastri Lima,[12] jovem valor do Ministério Público do Rio de Janeiro, em seu *Temas controvertidos de direito e processo penal*, pondera muito bem:

"Assim, deverão ser controladas as notícias crime recebidas pela polícia, evitando-se as chamadas VPIs,[13] que, no mais das vezes, não se transformam em inquéritos, não chegando ao conhecimento do Promotor, resultando em 'acautelamentos' que nada mais são do que arquivamentos sumários realizados pela autoridade policial, ilegais e esdrúxulos, pois somente o Ministério Público tem o poder legal de arquivar, não podendo a autoridade policial fazer um juízo prévio, externando verdadeira *opinio delicti*."

E mais: "Sempre entendemos que os chamados TROs,[14] lavrados pela Polícia Militar, ao serem encaminhados à Polícia Civil, deveriam ser do conhecimento do Ministério Público, com recebimento pelo órgão do *Parquet* de cópia, pois já detectamos, na prática, que, muitas vezes, por motivos inescusáveis, nem sempre tais ocorrências são investigadas e resultam em inquéritos policiais".

11. Conclusões

Para finalizar, outras pequenas observações:

Veja-se, por exemplo, o preceito geral do § 1.º do art. 9.º, segundo o qual "os autos do inquérito policial serão encaminhados ao Ministério Público no prazo de 20 (vinte) dias, sem prejuízo da continuidade e da realização de diligências..." e, dispõe agora o § 4.º, "encerrada a investigação, a autoridade policial remeterá as demais peças de informação, documentadas em autos suplementares, e com relatório, ao Ministério Público".

Não sei por que realizar as diligências em duas etapas, quando seria mais simples e menos complicado efetivá-las em autos únicos e fazer uma única remessa.

Além disso, não gostei do nome dado aos novos autos, das diligências complementares. Por que não chamá-los de "autos complementares"? A denomina-

(12) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 215-216.

(13) Trata-se de abreviação usada para "Verificação de Procedência de Informações".

(14) Aqui, "Talão de Registro de Ocorrência".

ção usada – "suplementares" – até que tem também o sentido de "complementares". Mas em nosso direito processual é tradicionalmente empregada na expressão "autos suplementares" para significar autos extras, duplicata de autos, autos-reserva, que são formados para utilização na falta dos autos originais, em substituição. Neles se pode, eventualmente, promover uma execução de sentença. Usou-a o Código de Processo Civil de 1939, e também a usa o Código de 1973.

Outra esquisitice foi dar um prazo de dez dias para início do inquérito (art. 9.°, *caput*). Por que não o iniciar, como sempre se fez, logo após o recebimento da *notitia criminis*? Para que esperar, especialmente agora quando o projeto tem pressa em se encerrar o inquérito, por dez dias?

Não gostei também da exigência da satisfação de forma determinada para o requerimento de instauração de inquérito em crime de ação privada. É de toda conveniência que se acrescente a cláusula "sempre que possível", como faz o Código vigente, e já observara o citado Prof. Sérgio Pitombo.

Por fim, aquele "será procedida" que está na Exposição de Motivos (n. 5) precisa ser corrigido.

7. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

7.1

MAUS TRATOS, OMISSÃO IMPRÓPRIA E PRINCÍPIO DA CONFIANÇA EM ATIVIDADES MÉDICO-CIRÚRGICAS – O caso da Clínica Santa Genoveva

NILO BATISTA

Através de correspondência datada de 26.12.2001, acompanhada de farta documentação, o ilustre advogado José Mauro Couto de Assis consultou-me sobre alguns aspectos jurídico-penais daquele que ele mesmo denominou de "estrepitoso caso Santa Genoveva" (28.ª Vara Criminal, Processo 10.063). Tendo examinado os documentos e refletido sobre a matéria, passo a manifestar minha opinião, para responder aos quesitos formulados.

1. Considerações criminológicas impostergáveis

A possibilidade de conhecer, mediante provas fidedignas – que suportaram a admissibilidade e o contraditório judiciais – um episódio criminalizado, que anteriormente conhecera apenas e tão-somente pelo noticiário, constituiu uma experiência que consolidou minhas suspeitas acerca das funções que os meios de comunicação vêm desempenhando junto aos sistemas penais das sociedades em transição pós-industrial. Fortaleceu-se meu entendimento de que tais meios de comunicação buscam um papel *ativo*, tradicionalmente reservado às agências executivas (policiais) do sistema penal, seja pautando-as, seja substituindo-se a elas. Os instrumentos teóricos da velha criminologia, como o "trial by the media",[1] não dão conta do fenômeno, que sugere menos um esforço para influenciar os tribunais, a partir da opinião da imprensa que logo se converte em (ou pelo menos se designa por) opinião "pública", do que um esforço para realizar, por seus próprios recursos e com uma repercussão fantasticamente superior à de qualquer ato judicial, um processo e um julgamento virtuais.

(1) Segundo Drapkin, quando a mídia "toma uma posição favorável ou desfavorável sobre um acusado (...) criando nos cidadãos uma atitude determinada frente a ele", atitude que terá "repercussões sobre seu futuro, seja condenado ou absolvido" (Israel Drapkin. *Criminologia de la Violência*. Trad. E. Neuman. Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 52; *Imprensa e criminalidade*. Trad. E. Kosovski. São Paulo: J. Bushatsky, 1983. p. 123).

Tendo sido um leitor e um telespectador do noticiário sobre os fatos, surpreendo-me agora com tudo o que não foi nele enfocado, ou seja, com circunstâncias relevantíssimas que simplesmente foram silenciadas. Deter-me-ei apenas sobre uma dessas circunstâncias, que devo impostergavelmente mencionar por seus reflexos no tratamento jurídico-penal da questão. Omitirei o desconforto de não ter percebido, na ocasião (maio-junho de 1996), a óbvia relação entre o superdimensionamento do noticiário e o paralelo debate parlamentar sobre a CPMF, justificada, pelo então Min. Jatene, como fonte de recursos para a saúde. Omitirei ter ignorado, até a consulta, que os médicos Mansur José Mansur (controlador da MJM Participações Ltda., detentora de 50% do capital social da Clínica Santa Genoveva) e Eduardo Quadros Spínola (detentor dos outros 50%) desenvolviam atividades políticas classistas: o primeiro, presidente da Federação Brasileira de Hospitais e membro do Conselho Nacional de Saúde, e o segundo presidente da Associação Brasileira de Hospitais e ex-diretor da Associação de Hospitais do Estado do Rio de Janeiro e do Sindicato de Hospitais do Estado do Rio de Janeiro. Eram, portanto, alvos políticos de todos os parlamentares, alguns dos quais igualmente médicos, que sustentam a prescindibilidade da medicina privada. Omitirei, por fim, o espanto causado pela leitura de uma sentença (11.ª Vara Cível, Processo 98.001.045.780-9) na qual se vê que algumas fotografias, "fornecidas por funcionário lotado no gabinete de um deputado", destinadas a provar más condições de higiene da clínica, simplesmente eram falsas, no sentido de que retratavam outro lugar: o ilustre Juiz se refere à "farsa das fotos". (Nesta mesma sentença, verifica-se também pericialmente a adulteração do relatório de uma CPI!)

Deter-me-ei apenas sobre uma passagem da denúncia, que descreve a Clínica Santa Genoveva como "instituição privada com fins lucrativos, conveniada com o Ministério da Saúde, tendo como destinação a internação de pacientes com patologias que estejam fora de possibilidade terapêutica (FPT), recebendo-os de hospitais públicos".

Então, não era um asilo, desses que o estado previdenciário criara para a "gestão da velhice"?![2] Não era um hospital de gerontologia?! Era uma clínica para uma classe especial de enfermos: "pacientes – é a denúncia registrando aquilo que o noticiário jamais mencionara – pacientes com patologias que estejam fora de possibilidade terapêutica (FPT)".

Neste caso, era um lugar de morrer.

Graças à revolução metodológica da chamada Escola dos Anais, conhecemos hoje a história da morte, e, no aspecto que nos interessa, sabemos que sua "medicalização" ocorreu a partir do segundo quartel do século XX. Como diz o mais importante historiador do tema, Philippe Ariès, "entre 1930 e 1950, a evolu-

(2) Expressão usada por Guita Grim Debert. *A reinvenção da velhice*. São Paulo: Edusp, 1999. p. 20; sobre as residências para velhos, cf. o clássico Simone de Beauvoir. *A velhice*. Trad. M. H. F. Martins. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. p. 309 *et seq.*

ção vai se precipitar. Esta aceleração é devida a um fenômeno material importante: o deslocamento do lugar da morte. Já não se morre em casa, em meio aos seus, mas sim no hospital, sozinho".[3]

Como diz José Carlos Rodrigues, "a morte se profissionalizou. A família transferiu o moribundo para o hospital, que por sua vez o transferiu morto para as empresas funerárias".[4] Essa alteração foi assim descrita por Sérgio Zaidhaft:

"O cenário: a partir da década de 30, e mais acentuadamente desde 1945, morrer no hospital é uma praxe. Esta é a segunda grande mudança no modo de a sociedade lidar com a morte: sua medicalização. O doente que, desde tempos imemoriais, morria em seu leito e presidia sua morte, continua morrendo num leito – o do hospital – porém não mais a preside. Quem preside a morte é o médico."[5]

Jean Baudrillard associa tal deslocamento ao estado do bem-estar, no qual a morte, tanto quanto a saúde e a doença, seria garantida como serviço público, sob o signo do planejamento e da seguridade social: "La mort doit pouvoir être assurée comme service social, intégrée comme la santé et la maladie sous le signe du Plan et de la Sécurité Sociale".[6]

De outro ângulo, com o foco na vida privada, Philippe Ariès menciona os constrangimentos da família, que, "no início do século XX", não conseguia "resguardar o quarto do moribundo contra as simpatias desastradas, as curiosidades indiscretas de tudo o que ainda persistia fortemente nas mentalidades em matéria de participação pública na morte". Com "os rápidos progressos do conforto, da intimidade, da higiene pessoal, das idéias de assepsia (...) os sentidos já não suportam os odores nem os espetáculos que, ainda no início do século XX, faziam parte, com o sofrimento e a doença, da rotina diária. As seqüelas fisiológicas saíram do cotidiano para passarem ao mundo da assepsia, da higiene e da medicina. Desde então – prossegue Ariès –, e embora nem sempre se confesse, o hospital ofereceu às famílias o asilo onde elas puderam esconder o doente inconveniente, que nem o mundo nem elas próprias já não podiam suportar, entregando a outros, com boa consciência, uma assistência, aliás desajeitada, a fim de continuarem uma vida normal".[7]

Graças à denúncia, sabemos mais: sabemos que o próprio saber médico inventou uma classificação daquilo que, segundo critérios que se detivessem sobre a natureza, origem ou sintomas das respectivas doenças, seria inclassificável: o

(3) *História da morte no ocidente*. Trad. P. V. Siqueira. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977. p. 54.

(4) *O tabu da morte*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983. p. 203.

(5) *Morte e formação médica*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990. p. 61.

(6) *L'échange symbolique et la mort*. Mayenne: Gallimard, 1984. p. 266.

(7) *O homem diante da morte*. Trad. L. Ribeiro. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982. vol. II, p. 623 e 624.

conjunto de "pacientes com patologias que estejam fora de possibilidade terapêutica (FPT)". Só há um elemento comum entre os membros do grupo FPT: a medicina não tem como curá-los, e todos – ao ritmo da eventual resistência de cada organismo – estão próximos da morte.

Saber que a Clínica Santa Genoveva era, a exemplo de outros nosocômios no Rio (pude examinar um estudo comparativo das taxas de mortalidade de quatro destes nosocômios com a Clínica, favorável a ela), especializada em pacientes FPT só não foi mais surpreendente do que saber da própria existência desse gênero de clientela hospitalar. Tal informação foi completamente sonegada pelo noticiário. Contudo, a CPMF foi aprovada na Câmara dos Deputados, no dia 25.07.1996, um mês depois da prisão preventiva dos controladores da Clínica Santa Genoveva.

2. Sobre o crime de maus tratos

Originado da fusão de quatro figuras delituosas ("castigos imoderados", "maus tratos", "privação de alimentos ou cuidados" e "excesso de fadiga") que do Código de Menores de 1927 se incorporaram à Consolidação das Leis Penais, o crime de maus tratos (art. 136 CP) teria necessariamente que ostentar conteúdo variável.[8] Para facilitar nosso trabalho, cabe expungir do tipo as modalidades que não interessam ao caso, bem como a majorante do § 3.º (introduzida em 1990 pelo art. 263 ECA), por igual impertinente. O tipo legal que nos interessará, após tal expunção, tem a seguinte estrutura:

"Art. 136. Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua guarda, para fim de tratamento, privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis:

Pena – detenção, de 2 meses a 1 ano, ou multa.

§ 1.º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 1 a 4 anos.

§ 2.º Se resulta a morte:

Pena – reclusão, de 4 a 12 anos."

A opção pela relação de *guarda* não decorreu apenas da inadequação das demais (*autoridade e vigilância*): segundo uma das mais repetidas lições de Hungria, o conceito jurídico-penal de guarda abrange "a assistência a pessoas que não prescindem dela", implicando alguma sorte de vigilância.[9]

Por outro lado, a opção em favor da finalidade *tratamento*, que se beneficia da absoluta inadequação das demais (*educação, ensino e custódia*), não se deixa

(8) Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de direito penal. Parte Especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. vol. I, p. 201; Luiz Regi Prado. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000. vol. 2, p. 195.

(9) *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. V, p. 430.

afetar pelo caráter intratável das moléstias da clientela (FPT) da clínica: ensinava Fragoso que "o tratamento consiste não só no cuidado para a cura das moléstias, como também no cuidado dispensado para a manutenção e a subsistência das pessoas".[10]

Não há dúvida, portanto, de que os pacientes terminais da clínica preenchiam as características típicas do sujeito passivo desta modalidade do tipo legal: encontravam-se sob guarda para fim de tratamento.

Inúmeros autores, ao versarem o modo "privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis", frisam ser desnecessária uma supressão total no fornecimento de alimento, hipótese extrema que apontaria para um homicídio.[11] Este truísmo costuma embaçar a reconstrução dogmática, porquanto o verdadeiro problema – e o adjetivo *indispensáveis*, ainda que referido aos *cuidados*, está advertindo para ele – o verdadeiro problema se situa na hipótese oposta, no nível mínimo de privação tipicamente relevante.

Nessa linha, Magalhães Noronha menciona a "insuficiência, carência ou falta molesta à saúde do ofendido".[12] Aníbal Bruno, que como sabemos era também médico, ensinava que para "construir a hipótese punível" deveríamos ter uma redução alimentar "em quantidade ou qualidade capaz de por em risco a incolumidade pessoal".[13] Hungria se referia a uma vítima "privada da alimentação estritamente suficiente".[14] Dando conseqüência a tais formulações, Mirabete apresenta um exemplo esclarecedor: "Não constitui o crime, pois, a supressão da sobremesa ou uma imposição de dieta adequada; não há aí o abuso ou o perigo".[15] Ou seja: a privação relevante para o crime de maus tratos é aquela que, seja pela quantidade, seja pela qualidade nutricional dos alimentos sonegados à vítima, implique perigo para sua saúde. Fugindo à tentação de transferir aqui a questão para o tipo subjetivo, clarificando-a definitivamente, diremos que a modalidade *sub examine* exige a ocorrência de uma *privação alimentar objetivamente perigosa*. Não é preciso recorrer ao dolo para reconhecer a atipicidade nos casos do pai que, diante de um mau desempenho escolar, proíbe sobremesa ao filho por três meses, ou da enfermeira que, para dar execução à dieta recomendada, sopesa avaramente a refeição do paciente.

Menos problemas oferece o conceito de *cuidados indispensáveis*, que desde logo remete o intérprete a patamares mínimos asseguradores da vida e da saúde:

(10) Op. cit., p. 200. Na mesma linha, Aníbal Bruno: "o tratamento abrange os cuidados médicos ou cirúrgicos ou simplesmente a assistência necessária à manutenção da pessoa" (*Direito penal. Parte Especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. t. 4, p. 261).

(11) Assim, Fragoso (op. cit., p. 201), Regis Prado (op. cit., p. 196).

(12) *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1986. vol. 2, p. 100.

(13) Op. cit., p. 262 e 263.

(14) Op. cit., p. 451.

(15) Júlio Fabbrini Mirabete. *Manual de direito penal. Parte Especial*. São Paulo: Atlas, 2000. vol. 2, p. 143.

"privação de cama, de roupa, de higiene, de assistência médica, de medicamentos".[16] Cuidados indispensáveis, lecionava Hungria, "são os que constituem o mínimo necessário à preservação da vida ou saúde da pessoa".[17] A supressão, temporária ou permanente, de cuidados *dispensáveis* à salvaguarda da vida e da saúde é indiferente para o direito penal; uma austera concepção da obrigação alimentar do direito privado poderia fornecer uma referência para a delimitação sobre a qual aqui se trabalha.

Examinados tais elementos do tipo legal em questão, cabem algumas observações importantes, pelos efeitos jurídicos que delas advirão.

Em primeiro lugar, como deflui claramente do núcleo típico (*expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa*), trata-se de *crime de perigo concreto*, tal qual registra Damásio.[18] Consuma-se "com o advento da concreta probabilidade de dano, que deve resultar perfeitamente comprovado, já que não se presume" – arremata Fragoso.[19] Ou seja, o *resultado* de objetiva periclitação da vida ou da saúde (*eventus periculi*) integra o tipo. Como advertem Maurach-Gössel-Zipf, "el resultado no debe ser necesariamente la lesión a un bien jurídico, pudiendo estar constituido también por la mera puesta en peligro de éste".[20]

Em segundo lugar, trata-se – na modalidade ora estudada – de *crime omissivo*. Há unanimidade dos autores quanto a este aspecto: afirmam-no Hungria,[21] Fragoso,[22] Noronha,[23] Regis Prado[24] etc. Temos aqui mera decorrência do modo de execução típico *privando-a* (a vítima) *de alimentação ou cuidados indispensáveis*, que implica uma abstenção de atividade, uma omissão de atuar.

Em terceiro lugar, estamos diante de um *crime próprio*. Também quanto a isto há unanimidade na doutrina (Damásio,[25] Noronha,[26] Mirabete[27] etc.), esclarecendo Aníbal Bruno que "o sujeito ativo do crime não pode ser qualquer, mas

(16) Mirabete, loc. cit., inspirado em Bento de Faria. *Código Penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Record, 1961. vol. IV, p. 135.

(17) Op. cit., p. 451. Regis Prado fala em "mínimo imprescindível" (op. cit., p. 196).

(18) *Direito penal. Parte Especial*. São Paulo: Saraiva, 1999. vol. 2, p. 185.

(19) Op. cit., p. 202.

(20) *Derecho penal. Parte Geral*. Trad. J. B. Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995. vol. 2, p. 232. A concreta exposição a perigo da vida e da saúde constitui um resultado, ao contrário do que Marrey Neto parece entender (*RT* 675/376); dispensando-se tal resultado, tratar-se-ia, no crime de maus tratos, de perigo abstrato.

(21) Op. cit., p. 451: "caráter omissivo".

(22) Op. cit., p. 201: "na primeira modalidade, o crime é omissivo".

(23) Op. cit., p. 100: "nestas duas primeiras modalidades, o crime é omissivo".

(24) Op. cit., p. 195: "conteúdo omissivo".

(25) Op. cit., p. 185: "o delito de maus tratos é próprio".

(26) Op. cit., p. 99: "é, pois, um delito próprio ou especial".

(27) Op. cit., p. 142: "o crime de maus tratos é um delito próprio".

somente aquele que tenha a vítima sob sua (...) guarda".[28] Surge aqui, fundamentando tal conclusão, o problema da "específica relação jurídica entre os sujeitos ativo e passivo", para usar palavras de Regis Prado.[29] Variam as fórmulas empregadas pelos autores: Fragoso falava em "vínculo obrigacional" e em "dever preexistente";[30] Hungria mencionava uma "especial relação intercedente";[31] Álvaro Mayrink se refere a "vínculo de sujeição";[32] em recente e denso artigo, Caldeira Bastos trata de um "vínculo personalizado preexistente entre os sujeitos do delito", que em outra passagem denomina de "vínculo incriminatório".[33] Caberia acrescentar que os maus tratos, na grande bipartição dos crimes próprios ou essenciais (*delicta propria; Sonderdelikte*), integra o grupo dos chamados crimes próprios ou especiais *impuros* (*unechte Sonderdelikte*), porquanto a falta do sujeito ativo qualificado (especialmente obrigado pelo vínculo preexistente) poderia levar ao reconhecimento de um crime comum (por exemplos, arts. 132 ou 135 CP).

Por último, chegando ao tipo subjetivo, cumpre constatar que se trata de *crime doloso*, constatação óbvia que dispensa fundamentação (art. 18, par. ún., CP). Evidentemente, estamos a falar de dolo de perigo,[34] pois um dolo de dano dirigido à vida ou à saúde deslocaria nosso horizonte para o homicídio ou para as lesões corporais. Nas formas qualificadas pelo resultado (§§ 1.º e 2.º), é indispensável culpa com relação à sua superveniência (art. 19 CP), não bastando uma simples relação causal:[35] funciona aqui o conhecido modelo dos delitos preterdolosos.

Em síntese, estamos diante de um *crime próprio, omissivo, doloso, de perigo concreto.*

Cabe, finalmente, uma aclaração fundamental: de que omissão se trata, *própria* ou *imprópria*?

Em ambas se apresenta a violação de um dever de atuar, que constitui o elemento axiológico comum: como afirmou Juarez Tavares, "haverá omissão

(28) Op. cit., p. 262.

(29) Op. cit., p. 194.

(30) Op. cit., p. 200.

(31) Op. cit., p. 449.

(32) *Direito penal. Parte Especial.* Rio de Janeiro: Forense, 1986. vol. 2, p. 215.

(33) João José Caldeira Bastos, "Maus tratos: interpretação do Código Penal e confronto com o delito de tortura", *RBCCrim* 35/140-141, São Paulo: RT, 2001.

(34) Damásio, op. cit., p. 184, frisando a inadmissibilidade da forma culposa; Fragoso, op. cit., p. 202, registra igualmente, ao lado do dolo de perigo, que "este crime não se pune a título de culpa".

(35) A opinião oposta, provavelmente inspirada em alguns autores italianos, solitária e decepcionante de Aníbal Bruno (op. cit., p. 265) é anterior ao art. 19 do CP, que resolveu a questão no sentido proposto no texto.

toda vez que a existência da conduta como tal se vincula a um dever de atuar".[36] Na omissão própria, temos um *dever geral*, imponível a qualquer pessoa em situação típica (p. ex., art. 135 CP);[37] na omissão imprópria, temos um *dever especial*, imposto, a partir de certas circunstâncias, a um sujeito obrigado a impedir o resultado – *garantidor* (p. ex., art. 121 CP, na hipótese da mãe que deixa o filho de seis meses morrer à míngua de alimentação). Na omissão própria, basta transgredir o dever de atuar; na omissão imprópria, é preciso que da transgressão do dever de atuar provenha um resultado: daí a recorrente correspondência entre crimes omissivos próprios e crimes comissivos de mera atividade, e entre crimes omissivos impróprios e crimes comissivos de resultado. De uma perspectiva conteudística, dir-se-á que, ao contrário da omissão própria, na omissão imprópria há uma equiparação entre a ação típica comissiva que causaria o resultado e a omissão do garantidor que não o evitou, podendo fazê-lo (cf. art. 13, § 2.°, CP).

É equivocado – equívoco do qual a doutrina brasileira ainda não se deu conta – supor que toda e qualquer omissão contemplada especialmente num tipo legal seja própria, reservando-se a imprópria para os crimes comissivos de resultado não evitados pelo garantidor que pudesse fazê-lo. A modalidade de maus tratos objeto do presente estudo é ilustrativa a respeito.

Desde logo, trata-se de um *crime de resultado*, o que aponta para a omissão imprópria. Ademais, trata-se de *crime próprio*, o que igualmente aponta para a omissão imprópria (os crimes omissivos próprios são geralmente comuns, como conseqüência do dever *geral*). Isso decorre daquela "especial relação intercedente" (Hungria) entre o sujeito ativo e o passivo, criadora de um "vínculo obrigacional" (Fragoso) que não passa de ser o *estatuto especial de um garantidor*. Em outras palavras, ao lado das fontes formais gerais – sobre cuja deficiência retornaremos adiante – do dever de agir (as três alíneas do art. 13, § 2.°, CP), pode o legislador, na Parte Especial, instituir fontes especiais. Não é por acaso que Luiz Regis Prado observa que, no delito de maus tratos, aquela "relação que une sujeitos ativo e passivo coloca aquele em posição de garante".[38] Não é por acaso que Caldeira Bastos convoca as normas constitucionais e a lei civil (operando, portanto, no âmbito do art. 12, § 2.°, *a*, CP) para, na hipótese de maus tratos cometidos por pais, afirmar que "é a paternidade que lhes confere o poder-dever de guarda, sustento, assistência, criação e educação", concluindo que, nessa hipótese, "encontram-se embutidos, em lei, o desempenho da autoridade e os deveres de assistência material, moral e pedagógica".[39]

(36) *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: ILACP, 1996. p. 60.

(37) Hans Welzel denominou inicialmente de "situação fundamentadora do dever" e mais tarde de "situação típica" (*tatbestandsmässige Situation*) a ocorrência dos fatos dos quais deflui o dever de atuar (*Das Deutsche Strafrecht*. Berlim: W. Gruyter, 1969, p. 204), como seria o encontro de "pessoa ferida ao desamparo" para os fins do art. 135 CP.

(38) Op. cit., p. 198.

(39) Op. cit., p. 137 e 138.

Na verdade, nada impede que o legislador institua, nos tipos da Parte Especial, garantidores especiais, aproveitando-se do, aliás insuficiente, material normativo da figura geral do garantidor (art. 13, § 2.°, *a*, *b* e *c*, CP) e acrescentando-lhe outras circunstâncias. A mais propícia das estruturas típicas para tal construção residirá em crimes de conteúdo variável nos quais o mesmo resultado seja alcançável por ação e por omissão: aquela *equiparação* entre o cometimento e a não evitação, característica da omissão imprópria, está então realizada no âmbito do próprio tipo misto.

É exatamente o caso do delito de maus tratos, no qual, à modalidade omissiva ora examinada, justapõem-se modalidades comissivas (sujeição a trabalho excessivo, abuso nos meios de correção) direcionadas ao mesmo resultado, equiparadas, portanto, entre si.

A questão foi versada no direito alemão, e uma das referências estava precisamente no crime de maus tratos (art. 223-B StGB), que ao lado do maltratamento ativo previa a inobservância dos deveres de assistência. "O Código Penal prevê uma série de crimes omissivos impróprios (eine Reihe von unechten Unterlassungsdelikten)", afirmou Jescheck, dando como exemplo, entre outros, o caso da "ofensa à saúde de um dependente mediante o desprezo dos cuidados devidos (art. 223-B, segunda alternativa)".[40] Pela mesma linha, frisando a equiparação explícita (ausdrückliche Gleichstellung) entre as modalidades de maltratamento ativo e omissivo no crime de maus tratos, Stratenwerth.[41]

Perceber com clareza que a modalidade do delito de maus tratos aqui versada configura um crime omissivo impróprio constitui importante pressuposto para um tratamento adequado da questão da autoria, subordinada, a partir da "especial relação intercedente" entre os sujeitos ativo e passivo, aos requisitos do garantidor.

3. Sobre a denúncia

Atenta ao caráter doloso do crime de maus tratos, a denúncia afirma inicialmente que "os denunciados, na qualidade de administradores da clínica, unidos em comunhão de ações e desígnios, *consciente e voluntariamente expuseram a perigo a vida e a saúde de (seguem-se os nomes dos pacientes)* que estavam sob a guarda e vigilância dos denunciados, para fins de tratamento, *privando-os parcialmente* dos *alimentos* e *cuidados* indispensáveis relativos à utilização de *água potável*, *higiene*, atendimento médico e de enfermagem em níveis satisfatórios, medicamentos, exames elementares de laboratórios e dietas nutricionais" (grifamos).

(40) "die Gesundheitsschädigung Abhängiger durch Vernachlässigung der Sorgepflicht (§223 b zweite Alternative)" cf. Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., Berlim: D. Humblot, 1969, p. 404.

(41) Günter Stratenwerth, *Strafrechts*, A.T. I, Colônia, C. Heymanns, 1971, p. 261. Também Welzel, versando o §223 b StGB, menciona uma "posição de garantidor (*Garantenstellung*)", op. cit., p. 292.

Tem-se aí o núcleo acusatório quanto ao tipo básico (art. 136, *caput*) dos maus tratos, na modalidade omissiva da privação de alimentos ou cuidados indispensáveis, frisando-se que os denunciados obraram "consciente e voluntariamente" para expor a perigo a vida e a saúde de todos os pacientes, sonegando-lhes "alimentos", "água potável" e "higiene".

Como 39 pacientes teriam sofrido, naquela ocasião, "gastroenterite aguda, com fortes dores abdominais, diarréia, náuseas e vômitos, havendo um quadro clínico de desidratação", a denúncia lobrigou aí uma lesão grave pelo perigo de vida (art. 136, § 1.°, CP). Acresça-se que, como no período investigado – dentro de taxas de mortalidade compatíveis com as características da clientela FPT, que era, segundo informações veiculadas pelo então Ministro da Saúde, de 30 a 40 óbitos mensais – dera-se a morte de 27 pacientes, apresentava-se em tese também a qualificação por tal resultado (art. 136, § 2.°, CP).

Para formular a acusação no modelo preterdoloso, seria necessário agregar ao dolo na antecedente privação de alimentos ou cuidados indispensáveis (aquela *consciente e voluntária* sonegação de alimentos, água potável e higiene) uma culpa nos conseqüentes resultados qualificadores (lesão grave e morte). Ou seja: após consciente e voluntariamente terem os denunciados exposto a perigo a saúde de todos os pacientes, privando-os de alimentação (alimento e água potável) e cuidados indispensáveis (higiene e medicamentos), teriam eles negligenciado perante o estado físico ao qual aquelas privações teriam conduzido alguns deles, resultando dessa inobservância dos deveres de cuidado lesões graves em 41 e a morte de 27. Sem embargo das variações possíveis sobre o objeto da negligência que teria conduzido aos resultados qualificadores, somente uma narrativa assim estruturada supriria as exigências formais que se dirigem à denúncia, quando a acusação versa um crime qualificado pelo resultado.

Contraditoriamente, a denúncia em exame, por ocasião de descrever as formas qualificadas, limita-se a conferir outra narrativa aos mesmos fatos configuradores do tipo básico! Vale transcrevê-la:

"Sofreram efetivo dano à saúde, em razão da *negligência dos denunciados*, consistente na *inobservância dos deveres de cuidado* que, obrigatória e necessariamente, deveriam ter no tratamento da *água consumida* e dos *alimentos* (...) e da falta de *higiene*" (grifamos).

"Pode-se constatar, ainda, que devido à *negligência dos denunciados*, consistente nas *omissões* geradoras da infectação pelas bactérias notadamente no regime das *águas* que ali eram consumidas e da *alimentação* servida" (grifamos).

"O evento danoso resultante da privação dos cuidados indispensáveis, até então relatados, e, mais uma vez *provenientes da efetiva negligência dos denunciados*, geradora da infectação (...) originada (...) do sistema de abastecimento de *água* e dos *gêneros alimentícios*" (grifamos).

É verdade que a denúncia retornará, em seu final, a uma descrição de cariz doloso ("cuidados estes que foram dolosamente e reiteradamente suprimidos aos pacientes"), porém aí já está em contradição consigo mesma.

Parece claro e insofismável que, nas passagens citadas, a denúncia afirma que a privação de alimentação e de cuidados indispensáveis (água, alimentos, higiene) decorreu de "negligência", de "inobservância dos deveres de cuidado", de "efetiva negligência dos denunciados". Ou seja, o tipo básico de maus tratos (art. 136, *caput*, CP), representado pela privação de alimentação ou de cuidados indispensáveis, teria sido praticado culposamente (omissão culposa impunível como maus tratos).

Mais do que contrariar a si mesma (recorde-se sua afirmação inicial, segundo a qual os denunciados "consciente e voluntariamente expuseram a perigo a vida e a saúde [dos pacientes] privando-os de alimentos (...) água potável, higiene" ou sua afirmação final, segundo a qual tais cuidados "foram dolosamente e reiteradamente suprimidos"), mais do que contrariar a si mesma, a denúncia produz perplexidade e perturba o exercício da defesa. Efetivamente, como se defenderá quem ao mesmo tempo é acusado de consciente e voluntariamente privar pacientes de alimentação e cuidados e também de, por negligência e inobservância dos deveres de cuidado, ter feito a mesmíssima coisa?

Se a privação alimentar ou assistencial representou "efetiva negligência dos denunciados", como reza a última passagem da denúncia acima destacada, então o "evento danoso resultante" de lesão corporal configurará lesão corporal culposa, e o de morte configurará homicídio culposo.

Essas contradições da denúncia sobre o cerne acusatório permitem sua apreciação segundo o paradigma que a jurisprudência designa por *inépcia*.

Cabe registrar um segundo equívoco da denúncia, na seguinte passagem:

"Os denunciados, na condição de experientes profissionais da saúde, dirigiam e regulavam o funcionamento médico hospitalar oferecido pela clínica, possuindo o amplo e total domínio funcional das atividades empreendidas em relação aos pacientes" (grifamos).

O critério final-objetivo, que distingue autores e partícipes tendo como referência o *domínio do fato*, e portanto, na co-autoria, o co-domínio funcional do fato, criado por Welzel e desenvolvido magistralmente por Roxin,[42] falha por completo nos crimes omissivos, que se enquadram na classe dos delitos de dever (*Pflichtdelikte*). Como diz Roxin, "nem todo aquele que omite (*nicht zeder Unterlassende*) está em questão como autor, mas apenas aquele a quem incumbe um concreto dever (*eine konkrete Pflicht*) de evitar o resultado típico descrito".[43] Num modesto trabalho, publicado há mais de vinte anos, chamávamos a atenção para isso:

"Os crimes omissivos são crimes de dever; a base da responsabilidade não alcança qualquer omitente, e sim aquele que está comprometido por um concreto

(42) Claus Roxin. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlim: W. Gruyter, 1975.

(43) Op. cit., p. 459.

dever de atuação. O critério do domínio do fato deverá, então, ser abandonado aqui em favor da preponderância da violação do dever."[44]

Há um famoso exemplo de Kaufmann, aquele dos 50 nadadores que passivamente assistem ao afogamento do menino: são 50 autores diretos de omissão de socorro, porque todos violaram integral e individualmente o dever geral de auxiliar o periclitante. Como pudemos escrever no trabalho citado, "pai e mãe que deixam o pequeno filho morrer à míngua de alimentação são autores diretos de homicídio; a omissão de um não 'completa' a omissão do outro; o dever de assistência não é violado em 50% por cada qual".[45]

Na omissão, não se dispõe de um acontecimento finalmente dirigido, cujo *se* e cujo *como* possam ser funcionalmente compartilhados pelos co-autores; daí a inutilidade do critério final-objetivo.

Competia à denúncia, isto sim, demarcar claramente, *na pessoa de cada um dos denunciados*, as circunstâncias que o(s) habilitava(m) à autoria, isto é, o dever resultante daquela especial relação de guarda e vigilância.

Também aqui estamos muito próximos do paradigma da *inépcia* e também de um dos quesitos formulados pelo ilustre consulente. Trata-se de procurar a elaboração doutrinária que, a partir das indicações legais, logra estabelecer com precisão as condições e a natureza da autoria na omissão imprópria.

4. Sobre omissão imprópria

Na fundação da dogmática jurídico-penal, procurava-se em fontes formais o fundamento do dever de atuar nos crimes omissivos. Assim, em 1801, Feuerbach afirmava que "o crime omissivo sempre pressupõe um especial fundamento jurídico (lei ou contrato), que dá base à obrigatoriedade de atuar".[46] Teria correspondido a Stübel, num escrito sobre participação criminal vindo a lume em 1828, o pioneirismo em emparelhar à lei e ao contrato a atuação perigosa precedente (*ingerência*).

Ultrapassa nossos objetivos uma descrição pormenorizada da reflexão penalística que evidenciou a cabal insuficiência dos critérios formais para a caracterização jurídica da figura do garantidor. Ficou claro que o dever legal de proteger ativamente bens jurídicos não significa necessariamente um dever de garantia (*Stratenwerth*), como também que um contrato civilmente nulo (p. ex., por incapacidade jurídica de parte) poderia fundamentar a posição de garantidor que um contrato válido, por outras circunstâncias, não poderia. Nosso código

(44) Nilo Batista. *Concurso de agentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1979. p. 63.

(45) *Concurso de agentes*, cit., p. 65.

(46) Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach. *Tratado de derecho penal*. Trad. Zaffaroni e Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 66.

penal incorporou timidamente essa crítica ao contrato (art. 13, § 2.°, *b*), eis que a disciplina geral do garantidor está nele submetida a uma perspectiva formalística. A insuficiência dos critérios formais pode ser encontrada até em bons compêndios sobre responsabilidade médica, como o de Martinez-Pereda Rodríguez, que se lamenta por ter o Código espanhol adotado "la versión más antigua imaginable de la teoria formal de las fuentes del deber (ley, contrato y hecho anterior)".[47]

No longo percurso teórico em que os critérios formais de caracterização jurídica da figura do *garantidor* entraram em crise, houve a muita preocupação com um irracional elastério da responsabilização na omissão imprópria. A renúncia a um dever jurídico extrapenal vinculante criava, como percebeu Giovanni Fiandaca, "o risco de uma indevida dilatação no âmbito de aplicação do tipo omissivo impróprio (il rischio di una dilatazione indebita della sfera di applicazione della fattispecie omissiva imprópria)".[48]

Prevaleceu o entendimento, esposado por Hans Welzel, de que "a posição de garantidor (*Garantenstellung*) constitui uma estreita e especial relação de vida (*ein enges und spezielles Lebensverhältnis*) entre o obrigado e o bem jurídico lesionado".[49] Esta lição foi recebida e prevalece na doutrina brasileira: Fragoso mencionava uma "estreita relação com o bem jurídico";[50] Luiz Regis Prado fala de um "estreito vínculo"[51] entre o omitente e o bem jurídico protegido; Cezar Roberto Bitencourt se refere a uma "especial relação de proteção".[52]

Na feliz síntese de Tullio Galiani, "o que caracteriza o autor do crime comissivo por omissão não é um *status* subjetivo, uma qualificação do sujeito" (*un status soggettivo, una qualificazione del soggetto*), mas sim "a relação de vida que daí deriva" (*ma la relazione di vita che ne deriva*), e que se "traduzirá em concreto numa estreita relação com o bem".[53] Para preservar o princípio da personalidade da responsabilidade penal, evitando-se a responsabilidade objetiva, Filippo Sgubbi propugna por verificar-se "a existência de obrigações concretas (*esistenza di obblighi concreti*) recortadas na pessoa do obrigado".[54]

Este sujeito especial dos crimes omissivos impróprios, que não pode ser constituído a partir de seu *status* ou de sua qualificação, mas sim a partir de concretos deveres inscritos na relação vital que sua atividade específica guarda com o impe-

(47) *La responsabilidad penal del médico y del Sanitario*. Madri: Colex, 1997. p. 396.

(48) Cf. *Il reato comissivo mediante omissione*. Milão: Giuffrè, 1975. p. 92.

(49) Op. cit., p. 213.

(50) *Lições de direito penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 242.

(51) *Curso de direito penal brasileiro. Parte Geral*. São Paulo: RT, 1999. p. 172.

(52) *Manual de direito penal. Parte Geral*. São Paulo: RT, 1999. p. 209.

(53) *Il problema della condotta nei reati omissivi*. Nápoles: Jovene, 1980. p. 170.

(54) *Responsabilità Penale per Omesso Impedimento dell'Evento*. Pádua: Cedam, 1975. p. 168.

dimento do resultado danoso, além de *dever* impedi-lo tem de *poder* impedi-lo: "devia e podia", reza o § 2.º do art. 13 CP.

A possibilidade de impedir o resultado parte de um requisito presencial físico. Welzel dizia que os moradores de Berlim não poderiam omitir o salvamento de alguém que se afogasse no Reno,[55] como nosso Everardo da Cunha Luna lembrava que "quem está no Rio de Janeiro não pode evitar, no Recife, a queda de uma criança".[56]

Em seu estudo já citado, afirma Sgubbi que "o singular, concreto e específico dever de agir nasce da situação factual concreta, segundo os parâmetros da previsibilidade e da evitabilidade (nasce dalla situazione fattuale concreta, secondo i parametri della prevedibilità e della evitabilità)".[57] Nossa Sheila de Albuquerque Bierrenbach, analisando a "possibilidade real, física, de atuar do garante", fala de sua "presença física quando o perigo se instala ou está na iminência de instalar-se sobre o bem jurídico".[58] E entre os obstáculos à possibilidade de agir, a argúcia de Juarez Tavares arrola a inaptidão do sujeito que "não sabe realizar certa atividade, em face de seu desconhecimento ou deficiência de formação", e por isso "não pode ser obrigado a assumi-la pessoalmente".[59]

Como ensina Reyes Alvarado, "la posición de garante no tiene alcances ilimitados. En efecto, los padres no responden por todos los daños que puedan ocurrirle a sus hijos (...) ni los propietarios de armas de fuego por todos los delitos que con ellas se cometan. La posición de garante no es más que la denominación con la que se indica que una persona es competente para la evitación de determinados daños, competencia que solo surge en virtud de situaciones especiales".[60] Não existe uma concepção "securitária" do garantidor, como parece conceber a denúncia. Ou teremos todos nos esquecido de que, nos compêndios escolares de direito penal, os exemplos de garantidor tratam do guarda-chaves (não do presidente da Central do Brasil), do enfermeiro ou do médico (não do Secretário de Saúde), do pedestre que se dispõe a ajudar a travessia do cego (não do diretor do Instituto Benjamin Constant), do guia dos alpinistas (não do dirigente do clube de excursionismo), do salva-vidas (não do Comandante do Corpo de Bombeiros) etc. etc. etc.?!

Ou seja, aquele garantidor – não por seu *status* ou qualificação, mas pelo concreto dever inscrito na relação vital que mantém com o bem jurídico – tem de defrontar-se presencialmente com a situação típica, na qual se expõe a periclitação do bem jurídico, e dispor fisicamente da possibilidade de agir, na qual se inclui a

(55) Op. cit., p. 200.

(56) "O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão", *RDP* 33/55.

(57) p. 234.

(58) *Crimes omissivos impróprios*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 93.

(59) Op. cit., p. 76.

(60) *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis, 1996. p. 334.

aptidão para o salvamento. Aliás, seu conhecimento da situação típica deve ser direto, e jamais presumido. Como lembra Enrique Bacigalupo, "de ninguna manera podrá reemplazar-se este conocimiento por un 'tener que conocer'".[61]

Tanto a Quinta[62] quanto a Sexta[63] Turma do STJ trancaram, mediante *habeas corpus*, ações penais nas quais se procurava responsabilizar, por omissão imprópria, os presidentes de dois clubes sociais esportivos por afogamento ocorrido nas respectivas piscinas.

Por fim, lembre-se que o dever de agir pode ser legitimamente transferido a terceiro. Invocando uma decisão do STF alemão, registra Jescheck que "a admissível transferência dos deveres a terceiro exonera os primitivos responsáveis (*Die zulässige Übertragung von Pflichten auf Dritte entlastet den primär Verantwortlichen*)".[64]

Pela mesma linha, Novoa Monreal ensinava que "quien tiene obligación de actuar, por asumir posición de garante, podría trasferir su obligación a outro y excluir su propia responsabilidad, siempre que ello no esté prohibido".[65]

É isto que ocorre em toda corporação, de um hospital a uma refinaria. Giovanni Grasso adverte que "considerar os sujeitos situados no vértice da empresa (*al vertice dell'impresa*) sempre e de qualquer modo responsáveis (*sempre e comunque responsabili*) pela violação de obrigações das quais são titulares, mesmo quando a tarefa de cumprir tais obrigações tenha sido confiada a outros sujeitos (*anche quando il compito di adempiere a tali obblighi fosse stato affidato ad altri soggetti*), no quadro de uma mais ampla divisão de funções (*nel quadro di una più ampia divisione di funzione*), parece ser uma substancial violação da proibição de configurar uma responsabilidade penal por fato alheio" (*per fatto altrui*), recomendando sua limitação "ai settori di specifica competenza".[66]

5. Divisão do trabalho e princípio da confiança no âmbito das atividades médico-cirúrgicas

A divisão do trabalho no âmbito das atividades médico-cirúrgicas constitui um dos construtos teóricos indispensáveis para o estabelecimento da responsabilidade médica, especialmente a criminal,[67] neste conjunto de casos. Muitas mu-

(61) *Delitos improprios de omisión*. Buenos Aires: Panedille, 1970. p. 125.

(62) RHC 11.397-SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, un., *DJ* 29.10.2001, p. 219.

(63) RHC 5.595-ES, rel. Min. Fernando Gonçalves, un., *DJ* 12.05.1998, p. 18.842.

(64) Op. cit., p. 415.

(65) *Fundamentos de los delitos de omisión*. Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 148.

(66) *Il reato omissivo improprio*. Milão: Giuffrè, 1983. p. 429-430.

(67) Com propriedade, Calvet de Magalhães frisava que "*responsabilidade médica* quer, apenas, significar o conjunto da responsabilidade *civil*, da responsabilidade *discipli-*

danças têm ocorrido nesta área. Assim, a figura do anestesista, que nos tempos de Engisch parecia-lhe secundária, ganhou certa autonomia, não mais sendo visto como mero colaborador do cirurgião perante casos, por exemplo, de choques anafiláticos. A mudança que aqui desejamos ressaltar tem a ver com a ruptura do velho relacionamento individual paciente-médico, que o crescimento dos hospitais primeiro e o estado previdenciário mais tarde alavancaram. Tal fenômeno foi assim descrito por Gómez Pavón:

"Frente a la imagen tradicional del médico, conocido por el paciente, entre los que existia una relación personal de confianza ('mi médico'), hoy la asistencia se presta, en muchos casos, en centros hospitalarios, adjudicándose un determinado número de pacientes a cada profesional, o bien, a través de sociedades, donde la división se hace por zonas, o cualquier outro criterio."[68]

Parece claro que, no atendimento massivo de pacientes, seja em hospitais públicos ou privados – conveniados ou não com o Estado –, a divisão de trabalho constitui condição necessária da eficiência dos procedimentos médicos. "El principio de división de trabajo se reconoce hoy como una necesidad ineludible del ejercicio de la medicina", afirma Gómez Pavón.[69]

Por outro lado, a divisão de trabalho constitui uma referência indispensável na ocasião, sempre infausta, de indagar-se sobre responsabilidade penal. "O que pensar – perguntava Jean Penneau – o que pensar da responsabilidade atribuída a um médico ou cirurgião quando a ofensa à integridade corporal de seu paciente provém da negligência de um de seus prepostos (*de la négligence d'un de ses préposés*) que se lhe reprova por não ter supervisionado suficientemente (*suffisamment surveillé*) ou por ter escolhido mal (*mal choisi*)?".[70]

Perante tais situações, o controle da imputação objetiva deve recorrer ao chamado *princípio da confiança* (*Vertrauengrundsatz*).

O princípio da confiança, como se sabe, surgiu na jurisprudência alemã como critério para determinar a medida do dever de cuidado em atividades compartilhadas, especialmente em matéria de trânsito.[71] Logo depois, o princípio da confiança, que consiste em considerar legítima a conduta de quem confia que outrem irá se comportar adequadamente, conforme as regras, salvo em casos nos quais haja razões para acreditar no contrário, teve sua aplicação estendida para outras

nar e da responsabilidade *penal* a que se encontram submetidos os médicos no exercício de sua profissão" (*A responsabilidade penal do médico*. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 20).

(68) *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. Barcelona: Bosch, 1997. p. 343.

(69) Op. cit., p. 345.

(70) *La responsabilité médicale*. Paris: Sirey, 1977. p. 169.

(71) Cf. Hans Welzel. "Culpa e delitos de circulação", *RDP* 3/3 *et seq.* Rio de Janeiro: Borsói, 1971.

atividades compartilhadas, notadamente intervenções cirúrgicas, produção industrial e construção civil. Além disso, o referido princípio saiu do âmbito da culpa para ingressar como critério limitador da imputação objetiva, abrangendo também delitos dolosos.

Cabe perfeitamente aplicar o princípio da confiança à estrutura de um hospital, no qual as atividades-fim são compartilhadas por vários agentes, até porque, como disse pitorescamente Günther Jacobs, se não existisse o princípio da confiança um determinado agente teria que viver controlando a atividade das outras pessoas, em detrimento do exercício de suas próprias funções.[72]

É exatamente isto o que ensina a mais autorizada doutrina que se ocupa da imputação objetiva. Fernando Galvão explica que "o princípio da confiança permite ao indivíduo organizar o próprio comportamento, com base na idéia de que os demais atuarão conforme as regras".[73]

Damásio, na linha de Jacobs, adverte que "a vida social tornar-se-ia difícil se cada pessoa tivesse a obrigação de vigiar o comportamento das outras, no sentido de verificar se estão cumprindo seus deveres na realização de suas atividades", acrescentando, no que se refere à divisão do trabalho, que "quem trabalha em equipe com distribuição de atividades tem o direito de esperar que seus companheiros atuem de acordo com a precaução exigida pela sua profissão e não se lhe atribui obrigação de vigiá-los".[74]

De forma peremptória, Reyes Alvarado, em seu magnífico estudo, afirma que, para "toda clase de delitos", hoje em dia, "se reconoce a nivel doctrinal y jurisprudencial la existencia de un principio de confianza que encierra justamente la facultad de asumir como regla general de comportamiento que los ciudadanos se conducen conforme a las previsiones sociales de conduta".[75]

No âmbito da medicina, o princípio da confiança tem igualmente aplicação reconhecida. Vejamos sua formulação por Romeo Casabona:

"La aplicación del principio de la confianza al trabajo en equipo, o actuación mediante la distribución de funciones, puede expresarse así: el médico puede en principio confiar en que sus colaboradores actuarán cuidadosamente en la ejecución de los cometidos transferidos a ellos coando se hallan correspondientemente preparados y adiestrados y son supervisados en general dentro de unos límites razonales."[76]

Pelo mesmo diapasão, Gómez Pavón observa que o superior, ao qual incumbe "fijar las pautas del tratamiento", pode confiar na sua correta execução, sem

(72) Cf. *Derecho penal*. Trad. J. C. Contreras e G. Murillo, Madri: M. Pons, 1995. p. 255.

(73) *Imputação objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 66.

(74) *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 46 e 47.

(75) *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis, 1996. p. 142.

(76) C. M. Romeo Casabona. *El médico y el derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1981. p. 249.

que exista "obligación alguna de compesar un posible comportamiento defectuoso".[77] Dentro da disciplina geral do princípio, seria descabido invocá-lo diante de situação na qual a confiança fosse temerária: o cirurgião não pode iniciar a operação se perceber que o anestesista está embriagado.

Em atividades complexas, e em particular naquelas potencialmente perigosas (risco permitido), é freqüente que o legislador imponha determinadas exigências, que vão desde a regra técnica (*lex artis*), cuja violação tem para a responsabilidade penal matiz meramente indiciário (como a transgressão da norma de trânsito perante o homicídio culposo), até o estabelecimento de padrões mínimos de organização na divisão do trabalho.

Neste último sentido, no âmbito da medicina, o art. 28 do Dec. 20.931, de 11.01.1932, estabeleceu que nenhum estabelecimento de hospitalização ou de assistência médica ou privada poderia funcionar em território nacional sem um "diretor técnico e principal responsável". Outra norma tornou obrigatória, nos anúncios de "casas de saúde, estabelecimentos médicos e congêneres", a menção à "direção técnica responsável" (Dec.-lei 4.113, de 14.02.1942); em caso de violação, a resolução CFM 788, de 13.05.1977, determina a instauração de procedimento ético-disciplinar "contra o respectivo diretor-médico e principal responsável". Outra Resolução CFM (1.342, de 08.03.1991) afirma que "a prestação de assistência médica nas instituições públicas e privadas é de responsabilidade do Diretor Técnico e do Diretor Clínico" (art. 1.º). Os ocupantes desses cargos "são responsáveis por problemas decorrentes da atuação dos acadêmicos" (Parecer CFM 21/96). Vale transcrever integralmente um dispositivo da Resolução CFM 997/80:

"Art. 11. O Diretor Técnico Médico, principal responsável pelo funcionamento dos estabelecimentos de saúde, terá obrigatoriamente sob sua responsabilidade a supervisão e coordenação de todos os serviços técnicos do estabelecimento, que a ele ficam subordinados hierarquicamente."

No Estado do Rio de Janeiro, uma Resolução Cremerj (n. 17, de 27.05.1987) afirma ser responsabilidade da instituição e de seu Responsável Técnico "o provimento das condições de acomodação, conforto, higiene e segurança dos pacientes no ambiente hospitalar" (art. 10). Está a matéria aqui regida pelo Dec. Estadual 1.754, de 14.03.1978, cujo art. 112 estabelece que "o responsável técnico só poderá exercer a direção de uma única entidade hospitalar".

É claro – e tudo o que vimos sobre o princípio da confiança o corrobora – que não se pode dessumir deste conjunto normativo a responsabilidade criminal do diretor técnico por qualquer delito ocorrido no ambiente hospitalar: isso configuraria a mais tacanha, e constitucionalmente vedada, responsabilidade objetiva. Referem-se tais normas a uma responsabilidade administrativo-deontológica e não têm o condão de dispensar uma só das exigências que a lei penal formula para

(77) Op. cit., p. 348.

estabelecer a responsabilidade criminal. Uma boa prova disso é que, por mais que o Conselho Federal de Medicina estabeleça a responsabilidade do diretor médico pelos "problemas decorrentes da atuação de acadêmicos", como vimos, a justiça criminal irá responsabilizar o médico de plantão que confiou o paciente em situação delicada ao aprendiz inexperto,[78] procurando assim o garantidor a partir da relação vital. Pelo ângulo oposto, não pode tal conjunto normativo ser desprezado inteiramente, como se não existisse, muito especialmente nos tipos de injusto nos quais se procura um autor qualificado por deveres especiais. Seria contraditório que aos dispositivos relativos à *lex artis* se outorgasse papel indiciário (jamais probante) do delito, e aos dispositivos sobre divisão do trabalho se negasse qualquer relevo, ainda que modesto como aquele.

O art. 196 do novo Código Penal espanhol inovou, criando um delito (*denegación de asistencia sanitaria*) muito semelhante à modalidade de maus tratos ora examinada. A melhor doutrina, remetendo-o para fins de classificação ao conceito de "omisiones puras de garante" de Silva Sánchez (que, simplistamente, equivaleria a uma omissão própria... com garantidor), trata de ressaltar que "la inclusión del deber en el propio precepto" promove uma limitação no círculo de sujeitos ativos, que não abrange "cualquier profesional, sino aquellos expresamente obligados a prestar la asistencia en estos casos",[79] podendo outros médicos não especialmente obrigados incidir no delito comum da omissão de socorro.

A exclusão de autor não qualificado pela posição organizacional é procedimento habitual. Num caso versando crime contra as relações de consumo, decidiu o TJRJ que "produzida a prova que, na época do fato apurado, a paciente não era a química responsável pela fábrica, a ação penal é nula, visto que movida em face de quem não pode ocupar o pólo passivo da relação processual".[80]

Em se tratando de uma acusação coletiva de maus tratos, na modalidade que nos interessa, é dever da denúncia estabelecer o vínculo obrigacional de cada um dos acusados. Num caso em todo semelhante àquele de que nos ocupamos, o TJSP afirmou: "era de rigor que a denúncia explicitasse quais os deveres omitidos, especificamente, por cada um dos processados, e em que circunstâncias especiais deveriam – e não o fizeram – ter tomado alguma medida assecuratória do bem estar, da saúde ou até da vida do desditoso enfermo".[81]

A partir daí, estamos no conhecido paradigma segundo o qual "para ser incluído na denúncia não basta ser sócio da pessoa jurídica, ou nela exercer atividade-

(78) Ap. 97.04.54941-5/SC, TRF-4, 2.ª T., rela. Juíza Tânia Escobar, *RT* 755/766.

(79) Gómez Pavón, op. cit., p. 304. Quintero Olivares vê neste crime "una omisión de gravedad intermedia entre las puras omisiones del deber de socorro por parte de terceros y la comisión por omisión" (*Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Navarra: Aranzadi, 1996. p. 291).

(80) HC 200.059.03538, TJRJ, 1.ª Câm. Crim., rel. Des. Azeredo da Silveira.

(81) HC 60.911-3, TJSP, 4.ª Câm. Crim., rel. Des. Ary Belfort.

de de administração",[82] ou ainda "a mera qualidade de sócio ou diretor de uma empresa, na qual se constatou a ocorrência de um crime, não autoriza que contra o mesmo diretor seja formulada uma acusação penal em juízo".[83]

A única via legítima é, examinada a "atuação personalíssima do dirigente no contexto criminoso",[84] constatar se preenche ela os requisitos típicos; na modalidade omissiva de maus tratos, tal constatação principia pela verificação do elemento especial de autoria (posição de garantidor, derivada da especial relação de vida no contexto de um dever de atuação).

6. Resposta aos quesitos

A partir dos documentos fornecidos, reveladores a) de que o Dr. Mansur José Mansur era controlador de uma empresa detentora de 50% das cotas da clínica, jamais tendo exercido nela a medicina, passando em Brasília a maior parte de seu tempo; b) de que o Dr. Eduardo Quadros Spínola era detentor de 50% das cotas da clínica, onde igualmente não exercia a medicina – o que se constata na certidão do Cremerj, segundo a qual era ele responsável técnico da Casa de Saúde Humaitá, sendo proibido no estado do Rio de Janeiro acumular duas direções técnicas; c) que ambos nomearam procurador *ad negotia* para representação da clínica (24.º Of. Notas, liv. 5.341, ato 140); d) que a clínica dispunha de diretor técnico; e) que o corpo clínico era constituído por dezessete médicos, segundo documento do Cremerj, e das considerações anteriormente expedidas, passo a responder aos quesitos.

1.º. Como se classifica o crime de maus tratos, na modalidade de que cogita a denúncia?

R. Trata-se de crime próprio, omissivo, doloso, de perigo concreto. Pelas razões expendidas na parte final do item 2 do parecer, cabe classificá-lo como crime omissivo impróprio.

2.º. A descrição dos fatos constante da denúncia observa as exigências legais?

R. a) A denúncia incide numa contradição que pode levar à declaração de sua inépcia. Ao descrever a privação alimentar e assistencial que caracterizaria o tipo básico, menciona condutas dolosas; ao descrever os resultados qualificadores, menciona as *mesmas condutas*, agora em chave de culpa (cf. item 3 do parecer, primeira parte).

(82) RHC 7.522-CE, STJ, 6.ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJ* 08.02.1999, p. 282.

(83) HC 11.459-PE, STJ, 6.ª T., rel. Min. Vicente Leal, *DJ* 14.08.2000, p. 209. No mesmo sentido: HC 2000.059.014444, TJRJ, 6.ª Câm. Crim., rela. Desa. Maria Helena Salcedo.

(84) HC 1705, TRF-2, rel. Des. Federal Paulo Espírito Santo, *DJ* 28.09.1999, 343.

b) A denúncia se equivoca ao pretender, num crime omissivo, fundamentar no co-domínio funcional do fato a suposta co-autoria, quando o correto seria individualizar a violação de dever de cada sujeito obrigado (cf. item 3 do parecer, segunda parte). Este equívoco tem como efeito que a conduta de cada acusado não foi objeto de descrição individualizada.

3.º. O sócio cotista de uma clínica, onde atuam um diretor técnico e vários médicos, é garantidor da vida e da saúde dos pacientes?

R. A posição de garantidor deflui de uma relação vital, integrada a uma assumida função de proteção do bem jurídico: essa relação vital, e só ela, promove a equiparação entre a causação do resultado e sua não evitação. O garantidor especial da modalidade omissiva do crime de maus tratos é o sujeito concretamente vinculado à finalidade de tratamento, sob cuja guarda se encontra a vítima.

Este autor especial, que não pode sequer ser automaticamente instituído a partir da posição organizacional de supervisão (diretor técnico), muito menos pode ser deduzido do controle acionário da pessoa jurídica ou do desempenho de funções burocráticas nela. A ausência constante do controlador interfere no requisito presencial, pressuposto indispensável para a possibilidade de atuar, mesmo em sujeitos obrigados.

4.º. Caso positiva a resposta anterior, exonerar-se-ia dos deveres de garantidor o sócio cotista, através da contratação de médicos, inclusive um diretor técnico, para tratar dos pacientes?

R. Como vimos, o dever de agir pode ser legitimamente delegado, sempre que não haja impedimento legal, exonerando o primitivo obrigado (cf. item 4 do parecer). As inúmeras normas que regem a figura obrigatória do diretor técnico enfaticamente concentram em sua pessoa um feixe de deveres, provavelmente tendo em vista que o controle acionário de um hospital não é privativo de médicos. Intervém também aqui, na relação entre o diretor técnico e os integrantes do corpo clínico, o princípio da confiança (cf. item 5 do parecer).

5.º. Queira aduzir todos os esclarecimentos teóricos que lhe parecerem pertinentes à espécie.

R. Constam eles do parecer.

Acreditando ter respondido aos quesitos formulados pelo ilustre consulente, e ressalvando melhores juízos, é este meu parecer.

Rio de Janeiro, 17 de janeiro de 2002.

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

8.1

EFEITOS DA CRISE DA ESFERA PÚBLICA NA SEGURANÇA. PERSPECTIVAS TEÓRICAS E HISTÓRICAS

LUÍS ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Esfera pública clássica – 3. Esfera pública e os direitos dos cidadãos em Locke – 4. O declínio da esfera pública – 5. Brasil: segurança e espaços privados – 6. Ponto de fuga: olhar para o futuro – Bibliografia.

> *"Uma época não pode se aliar e conjurar para colocar a seguinte em um estado em que se torne impossível para esta ampliar seus conhecimentos (particularmente os mais imediatos), purificar-se dos erros e avançar mais no caminho do esclarecimento. Isto seria um crime contra a natureza humana, cuja determinação original consiste precisamente neste avanço. (...) Um homem sem dúvida pode, no que respeita a sua pessoa, e mesmo assim só por algum tempo, na parte que lhe incumbe, adiar o esclarecimento. Mas renunciar a ele, quer para si mesmo quer ainda mais para sua descendência, significa ferir e calcar aos pés os sagrados direitos da humanidade."*
>
> IMMANUEL KANT, 1783

Resumo: O presente artigo avança a idéia de que a segurança pública é questão fundamental e paradoxal, no mundo contemporâneo. Ela coloca freqüentemente em choque a proteção e a preservação de direitos individuais e a prevenção e a repressão à criminalidade. O artigo afirma que esse é um falso paradoxo. As políticas públicas devem ser condizentes com os Direitos Humanos. Mas o artigo procura mostrar que a profunda crise da esfera pública política aumenta o sentimento de insegurança e provoca o apoio às medidas privadas de controle da delinqüência urbana. Para tanto, o artigo revê a noção de espaço público na tradição grega e no pensamento de John Locke. No primeiro caso, a oposição fundamental se dava entre o privado e o público, conforme a clássica concepção de Aristóteles sobre a natureza ambivalente da *politeia*. No segundo, o individualismo, ou o uso privado da razão, constituiu a principal base filosófica da democracia e, desde a Revolução Francesa, a base para a concepção universal dos direitos. A afirmação dos direitos individuais expressou uma contraposição às concepções hierárquicas da sociedade e da história, que justificavam a centralização do poder estatal, a diferenciação social e os privilégios. A presente crise da segurança, portanto, não só mascara a importância dos direitos individuais, como espelha o declínio da esfera pública, radicalizada, no mundo global.

Palavras-chaves: Segurança pública – Polícia – Redemocratização do Brasil – Esfera pública – Locke – Crise da esfera pública.

1. Introdução

Os problemas relacionados com a segurança pública vêm ocupando espaço importante no debate público, na última década. Em parte isso decorre do crescimento do chamado crime violento e da crise do sistema de justiça criminal. E isso é agravado com a coincidência preocupante do aumento da criminalidade com o processo de redemocratização do Brasil. Nos últimos dez anos, vários estudos tentaram explicar essa coincidência. Não é meu propósito revisitar esse debate, mas apenas acrescentar uma outra dimensão, até então pouco explorada, que é fundamental para entender o problema. Trata-se da corrosão da esfera pública política no Brasil da redemocratização, que se expressa tanto na apropriação privada do espaço público, com o conseqüente aumento de investimentos empresariais em segurança, como na degradação das instituições públicas e, conseqüentemente, na ampliação de sua ineficácia social, política e instrumental.

Nas grandes metrópoles brasileiras, estamos experimentando a anticidade. Sabe-se que a cidade, historicamente, constituiu-se como espaço privilegiado de manifestação das liberdades individuais e coletivas e como espaço em torno do qual ocorriam as lutas políticas. Espaço de conflito, sem dúvida, mas espaço de coabitação e de significados compartilhados. A anticidade, ao contrário, é símbolo da segregação, da exclusão e da negação de qualquer possibilidade de vida em comum. Resolver problemas de segurança pública significa também e essencialmente resgatar a cidade como espaço privilegiado da realização individual e coletiva, tanto no âmbito privado como no público.

Para introduzir essa discussão, deve-se reconhecer que o debate sobre segurança pública está centrado, prioritariamente, na questão das instituições policiais e menos no complexo papel público que estas desempenham, enquanto órgãos de prestação de serviços, promoção da segurança, aplicação da lei, manutenção da ordem, detecção de criminosos e investigação criminal.

O artigo avança a idéia de que a segurança pública é questão fundamental no mundo contemporâneo. E, exatamente por isso, é paradoxal, na medida em que coloca em choque a proteção e a preservação de direitos individuais e a prevenção e a repressão à criminalidade. Fundamentalmente, setores da polícia, da opinião pública e da sociedade civil consideram como sendo incompatíveis essas duas esferas. Quer dizer que toda vez que se dá destaque a uma, a outra deve sofrer limitação irremediável. No presente artigo afirma-se, ao contrário, que as duas esferas são interdependentes e mais, não há segurança pública sem respeito aos direitos substantivos das pessoas. A crise da segurança pública, portanto, não só mascara essa percepção como se funda numa crise maior, que é a crise da esfera pública, que se radicaliza em sociedades periféricas, no contexto mais amplo da globalização e do combate ao terrorismo e ao crime organizado transnacional.

2. Esfera pública clássica

O grego chamava a cidade de *Athenaioi*. A cidade era formada pelos "cidadãos unidos por laços pessoais de amizade e que exercem suas atividades por essa *koinonia*".[1] A cidade era uma associação religiosa e política cuja ordem era, portanto, cívica.[2] A *urbe*, como sua parte edificada, era o centro, o domicílio, o santuário da associação. Era a cidadela principal onde estavam localizadas as construções mais importantes, sedes dos cultos aos deuses protetores dos lares e das atividades propriamente políticas. O ordenamento, diferentemente dos dias de hoje, não era urbano, mas cívico. A *ágora* era o centro da palavra e, somente em segundo plano, do comércio. Em Atenas, o altar dos heróis *epônimos* das dez tribos primitivas ocupava o centro da vida cívica, onde se encontrava o *prinateu*, lar comum da cidade. Os sentimentos que os cidadãos mantinham entre si eram decorrência do *nomos* enquanto derivação do costume religioso. "O maior contributo da cidade é talvez o ter fornecido o modelo de uma soberania partilhada pelo conjunto dos seus membros".[3] Ao contrário, portanto, das identidades baseadas no lar, *oikos*, no ambiente privado, fechado em si mesmo e heterônomo, o sentimento essencialmente político seria a amizade, *philia*, que pressupunha uma abertura para fora, uma autonomia.[4] Aristóteles afirmava que o sentimento da virtude moral, adquirido pelo hábito, é o caminho que se dirige à felicidade e

(1) Jean-Pierre Vernant & Pierre Vidal-Naquet. *Trabalho e escravidão na Grécia antiga*. São Paulo: Papirus, 1989. p. 22.

(2) Fustel de Coulanges. *A cidade antiga*. São Paulo: Ed. da Américas, 1961. vol. I, p. 185. 2 vols.

(3) Jean-Pierre Vernant & Pierre Vidal-Naquet. *Mito e tragédia na Grécia antiga*. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 101-105.

(4) "O que distinguia a esfera familiar era que nela os homens viviam juntos por serem a isso compelidos por suas necessidades e carências. (...) Portanto, a comunidade natural do lar decorria da necessidade: era a necessidade que reinava sobre todas as atividades exercidas no lar. (...) A esfera da *pólis*, ao contrário, era a esfera da liberdade, e se havia uma relação entre essas duas esferas era que a vitória sobre as necessidades da vida em família constituía a condição natural para a liberdade na *pólis*. (...) O que todos os filósofos gregos tinham como certo, por mais que se opusessem à vida na *pólis*, é que a liberdade situa-se exclusivamente na esfera política; que a necessidade é primordialmente um fenômeno pré-político, característico da organização do lar privado; e que a força e a violência são justificadas nesta última esfera por serem os únicos meios de vencer a necessidade – por exemplo, subjugando escravos – e alcançar a liberdade. Uma vez que todos os seres humanos são sujeitos à necessidade, têm o direito de empregar a violência contra os outros; a violência é o ato pré-político de libertar-se da necessidade da vida para conquistar a liberdade no mundo. Esta liberdade é a condição essencial daquilo que os gregos chamavam de *eudamonia* – estado objetivo dependente, em primeiro lugar, da riqueza e da saúde. Ser pobre ou ter má saúde significava estar sujeito à necessidade física, e ser um escravo significava estar sujeito, também, à violência praticada pelo homem. Esta dupla 'infelicidade' da escra-

à constância, sendo a amizade um dos principais elementos constitutivos de sua ética. A unidade da cidade, da *polis*, decorreria de uma reciprocidade completa entre iguais, uma *simpatia* entre os cidadãos, e a implicaria.[5]

Entre os gregos também havia opacidades e estas foram tematizadas pela tragédia.[6] Segundo Aristóteles, a tragédia é a imitação de uma ação, *mimesis praxeos*. Ela apresenta personagens em ação, *prattontes*, e os coloca numa encruzilhada. Na perspectiva trágica, portanto, "agir tem um duplo caráter: de um lado, é deliberar consigo mesmo, pesar o pró e o contra, prever o melhor possível a ordem dos meios e dos fins; de outro, é contar com o desconhecido e incompreensível, aventurar num terreno que nos é inacessível, entrar num jogo de forças sobrenaturais sobre as quais não sabemos se, colaborando conosco, preparam nosso sucesso ou nossa perda". Por um lado, o cidadão grego se definia pela sua prática política, num espaço essencialmente ligado à cidade; por outro, essa prática não se descolou totalmente do passado arcaico ligado ao domínio do lar, do *oikos*, da privacidade e da privação. A tragédia, assim, refletiria uma nova situação histórica: a emergência de uma esfera pública própria da cidade, na qual as práticas jurídicas, da ordem do *logos*, passaram a ocupar espaço cada vez mais decisivo. Os poetas trágicos incorporaram, em suas obras, tanto os cultos adivinhatórios quanto o vocabulário técnico das leis e os fenômenos que suscitavam a intervenção do poder público, numa ordem ainda fracionada entre o mundo dos deuses e o mundo dos homens.[7] Nesse sentido, os poetas trágicos estavam pondo à prova a base da nova vida política e forçando seus limites ao extremo. As

vidão é inteiramente independente do bem-estar real e subjetivo do escravo." (Hannah Arendt. *A condição humana*. 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1989. p. 40.)

(5) Aristóteles. *Ética à Nicômaco*. São Paulo: Abril, 1979. p. 193-199. Coleção Os pensadores.

(6) Opacidades relacionadas ao próprio estatuto do espaço privado como sendo espaço de privação, onde se realizava a submissão da mulher e do escravo. Vale, aqui, lembrar a leitura da tragédia de Édipo, de Sófocles, feita por Michel Foucault. Segundo ele, a tragédia de Édipo demonstra o momento da passagem de um mecanismo de estabelecimento da verdade jurídica, baseado na prova e no *simbolom*, para outro, baseado no testemunho e na investida da razão (Michel Foucault. *La verdad y las formas juridicas*. México: Gedisa, 1983).

(7) "Os gregos não têm a idéia de um direito absoluto, fundado sobre princípios, organizado num sistema coerente. Para eles há como que graus de direito. Num pólo, o direito se apóia na autoridade de fato, na coerção; no outro, põe em jogo potências sagradas: a ordem do mundo, a justiça de *Zeus*. Também coloca problemas morais que dizem respeito à responsabilidade do homem. Desse ponto de vista, a própria *Dike* pode parecer opaca e incompreensível: comporta, para os humanos, um elemento irracional de força bruta. Nas *Suplicantes* também se vê a noção de *Kratos* oscilar entre duas acepções contrárias: ora designa a autoridade legítima, um domínio fundado juridicamente, ora a força bruta no seu aspecto de violência mais oposto ao direito e à justiça. Da mesma forma, na *Antígona*, a palavra *nomos* pode ser invocada pelos

práticas jurídicas sub-reptícias ao drama desvelam a inquietação dos poetas, e dos homens reais, em relação ao seu novo estatuto político e à legitimidade do seu julgamento.

Na Grécia clássica, ser autônomo significava não estar submetido ao comando de outros, mas também não ter carências. Isso se realizava apenas na esfera política. A igualdade significava uma vida *interpares*, e tinha como pressuposto a existência dos "desiguais", dos não livres, relacionados fortemente ao *oikos*. A igualdade não estava relacionada necessariamente à idéia de justiça, mas era o pressuposto central da liberdade.[8] O surgimento da cidade significou a compreensão de que o homem passou a ter uma *dupla determinação*, baseada na família e na *polis*. Na vida privada, sobressaíam o interesse e a violência, o *zôon*; na vida pública, o desinteresse e o diálogo, o *bios*. O sentido de *bios politikos*, de Aristóteles, parece ser a autonomia que a vida política plena reserva aos homens. Na experiência da *polis*, conseqüentemente, o *agir político* significava que as decisões e os conflitos deveriam ser mediados pela palavra e pela persuasão. Nesse contexto, ordenar ou utilizar a força bruta era considerado *arcaico*, pré-político. O poder que emerge da política, diferentemente daquele do *oikos despotes*, não podia ser considerado absoluto nem inquestionável, pois o domínio absoluto sobre alguém e a esfera política eram tidos como absolutamente excludentes. Para os gregos, portanto, a oposição fundamental era entre o privado e o público, conforme a clássica concepção de Aristóteles sobre a natureza ambivalente da *politeia*.[9]

diferentes protagonistas com valores exatamente inversos. O que a tragédia mostra é uma *dike* em luta contra outra *dike*, um direito que não está fixado, que se desloca e se transforma em seu contrário. A tragédia, bem entendido, é algo muito diferente de um debate jurídico. Toma por objeto o homem que em si próprio vive esse debate, que é coagido a fazer uma escolha definitiva, a orientar sua ação num universo de valores ambíguos onde jamais algo é estável e unívoco." (Jean-Pierre Vernant & Pierre Vidal-Naquet. *Mito e tragédia na Grécia antiga*. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 15-16.)

(8) Para uma visão mais detalhada sobre esse e outros aspectos da vida e da cultura gregas, ver Werner Jaeger. *Paidéia. A formação do homem grego*. São Paulo-Brasília: Martins Fontes/EdUnB, 1989.

(9) O *bios politikos* grego, diferentemente da participação política das sociedades modernas, abrangia somente a esfera dos assuntos humanos, cuja ênfase recaia na *praxis*. A vida doméstica e as atividades laborais eram tidas como impróprias para constituir um modo de vida autônomo; os indivíduos produtores, mesmo confeccionando objetos necessários e úteis à vida coletiva, não estavam livres das necessidades e das privações. A vida na *pólis* pertencia à esfera da livre escolha, mais do que uma atividade de manutenção da ordem social (Hannah Arendt. *A condição humana*. 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1989. p. 21-22; 33-36; 41-42). Esfera pública para os gregos significava liberdade e perenidade. Na idade clássica toma forma normativa, de *res publica*, em face da formação do Estado moderno e da sociedade civil (Juergen Habermas. *L'espace public: archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la societé bourgeoise*. Paris: Payot, 1986. p. 16).

3. Esfera pública e os direitos dos cidadãos em Locke

Enquanto titular de direitos, o indivíduo surgiu em meados do século XVII. O primeiro direito do indivíduo, como sujeito central da esfera política, foi o direito à vida.[10] Essa situação se estende ao reconhecimento do direito de propriedade. Nos séculos XVIII e XIX, a proteção pública da propriedade e da vida alarga-se, abrangendo novos direitos. Os direitos econômicos e sociais surgem como prolongamento natural dos direitos cívicos.[11] Na base desses direitos estão os conceitos de igualdade e de liberdade, que articulam nossa concepção de sociedade e de convivência social.

O surgimento de uma esfera pública política pode ser traçado na obra de John Locke. Em seu pensamento, o que separa o estado de natureza do governo civil é a garantia dada pelo último ao indivíduo à posse de si mesmo, à autonomia.[12] Antes da instauração do governo civil, a natureza está disponível igualmente para todos os homens, e o grau de enriquecimento e acúmulo de bens e propriedades depende da quantidade de trabalho que estes empregam para tornar úteis os produtos extraídos à natureza. As diferenças existentes entre os homens emergem daí: "é, na realidade, o trabalho que provoca a diferença de valor em tudo quanto existe". A riqueza, compreendida como propriedade daquilo que é útil e pode ser acumulado sem a ameaça da destruição, não está dada na natureza, mas decorre da interferência da atividade transformadora do trabalho humano. Desta forma não só o trabalho cria a propriedade, como é ele próprio considerado como propriedade. De forma axiológica, todos estão em iguais condições, no entanto, as condições históricas determinam diferenças, em parte provenientes da apropriação dos bens e da capacidade de cada um. Em Locke, portanto, pela primeira vez aparece a sociedade civil como união de indivíduos, mas a presença no contrato somente está garantida para aqueles que são considerados autônomos.

No esquema de Locke, a norma do contrato social é frágil porque não há mais um princípio transcendente que seja fundamento da moralidade. Neste sentido, a

(10) Para uma leitura instigante do surgimento e da importância do individualismo no mundo ocidental e sua comparação com o mundo oriental, veja-se Louis Dumont, *O individualismo. Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

(11) Pierre Rosanvallon. *La crise de l'Etat-Providence*. Paris: Seuil, 1984. p. 23.

(12) "(...) no estado de natureza todo o mundo tem o poder executivo da lei da natureza (...) Deus, com toda certeza, estabeleceu o governo com o fito de restringir a parcialidade e a violência dos homens. Aquiesço finalmente em que o governo civil é o remédio acertado para os inconvenientes do estado da natureza, os quais devem, com toda certeza, ser grandes se os homens têm de ser juízes em causa própria, pois é fácil imaginar que quem foi tão injusto, que se tornou capaz de causar dano a um irmão, raramente será tão justo que a si se condene por isso." (Locke. *Segundo tratado sobre o Governo*, parágrafo 13, p. 38.)

igualdade, como atributo abstrato decorrente da disposição de Deus em dar em iguais condições a vida na terra aos homens, não é normativa, ao passo que a hierarquia, que se estabelece entre os homens, em função da apropriação de bens, passa a orientar as ações do governo civil. O homem que não possui propriedade, que vive "da mão para a boca", é dependente de um outro homem; está no estado de natureza e não tem autonomia.[13] A propriedade da terra é fonte de poder, e quando essa propriedade passa a ser fonte de riquezas monetárias, a propriedade adquire o caráter de fonte de mais-poder, e, portanto, de diferenciação social.[14]

Não obstante, Locke funda na idéia de natureza o direito que todos os indivíduos têm à igualdade e à liberdade. Assim fazendo, permite que o governo civil decorra do livre consentimento dos indivíduos. O governo não teria, portanto, precedência perante os direitos dos indivíduos. Os indivíduos podem, quanto julgarem conveniente, dissolver um governo e instaurar outro. Ou seja, o governo é meramente fiduciário do consentimento privado, não podendo imiscuir-se nos

(13) "A pergunta quanto a saber quem Locke considerava como membros da sociedade civil parece admitir apenas uma resposta. Todos, tendo ou não tendo propriedade, no sentido comum, estão incluídos, como interessados na preservação das próprias vidas e liberdades. Ao mesmo tempo, apenas os que têm 'fortuna' podem ter plena cidadania, por duas razões, apenas esses têm pleno interesse na preservação da propriedade, e apenas esses são integralmente capazes de vida racional – aquele compromisso voluntário para com a lei da razão – que é base necessária para a plena participação na sociedade civil. A classe operária, não tendo fortunas está submetida à sociedade civil, mas dela não faz parte." (C.B. Macpherson. *Teoria política do individualismo possessivo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. p. 259.)

(14) "A mesma regra de propriedade, isto é, que todo homem deve ter tanto quanto possa utilizar, valeria ainda no mundo sem prejudicar a ninguém, desde que existe terra bastante para o dobro dos habitantes, se a invenção do dinheiro e o tácito acordo dos homens, atribuindo um valor à terra, não tivessem introduzido – por consentimento – maiores posses e o direito a elas": Parágrafo 36. "Aquele que toma posse da terra pelo trabalho não diminui, mas aumenta as reservas comuns da Humanidade. (...) Aquele que cerca um pedaço de terra e tem maior volume de conveniências da vida retirado de dez acres do que poderia ter de cem abandonados à natureza, pode dizer-se verdadeiramente que dá noventa acres aos homens": Parágrafo 37. "De tudo isso, é evidente que, embora a natureza tudo nos ofereça em comum, o homem, sendo senhor de si próprio e proprietário de sua pessoa e das ações ou do trabalho que executa, teria ainda em si mesmo a base da propriedade": Parágrafo 44. [No caso da coleta das coisas dadas em comum por Deus] "(...) era estrambótico, tanto quanto desonesto, guardar mais do que pudesse utilizar". [mas se o homem trocasse essas coisas] "por um bocado de metal" (...) "poderia acumular qualquer quantidade que quisesse desses objetos duradouros; não se achando o extremo dos limites da sua justa propriedade na extensão do que possuía, mas no perecimento de tudo quanto fosse inútil a ela": Parágrafo 46. (John Locke. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Abril, 1973.)

negócios e nos direitos individuais fundamentados na natureza. O pacto civil a partir do qual surge o governo é uma forma de tornarem públicas as prerrogativas individuais originárias do estado de natureza.

A igualdade e o pacto permitem criar um vínculo civil entre os interesses individuais, um padrão de equivalência que torna possível a relação entre interesses diferentes. Enquanto outros autores consideravam o poder do pai sobre os filhos como sendo ilimitado, Locke, ao contrário, julgava que o pai apenas cumpria o papel de velar pelo filho enquanto este não fosse considerado capaz de tomar decisões autônomas. Durante o período em que o pai detinha a tutela do filho, deveria zelar, pelo direito natural de sucessão, pela propriedade. Se a tutela filial não devia ser considerada arbitrária ou ilimitada, por extensão, não poderia ser ilimitado ou arbitrário o poder do soberano sobre o súdito. O poder público e o governo civil, enquanto originários de pactos privados, reproduzem o postulado moral subjacente às responsabilidades que o pai tem para com o filho. Enquanto os laços familiares, baseados em relações de obediência e mando, para os antigos, se mantinham definitivamente fora da esfera pública, para Locke havia uma *homologia* entre a vida privada e o governo civil.

A questão do duplo vínculo identitário do indivíduo foi posta de maneira diferente por Kant. Para ele o indivíduo possui uma *identidade privada* – inserção numa comunidade, que pode ser a igreja, o ofício, ou um cargo, a qual deve obediência; e uma *identidade pública* – inserção na sociedade política, onde pode exercer sua opinião pública, ou fazer o *uso público* e *livre* de sua razão em todas as questões.[15] O uso ou o agir políticos seriam condições da existência do "esclarecimento", ou seja, de uma esfera pública política.[16]

(15) Immanuel Kant. "O que é o esclarecimento". *Textos seletos*. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 106.

(16) "Mais ainda, a própria subjetividade nasceu dentro da esfera da família restrita, a partir da concepção do contrato livre entre indivíduos (humanidade) e da troca e do desenvolvimento das várias facetas e mínimas vibrações do eu expressos nas trocas de cartas. A subjetividade, portanto, é a parte mais íntima do domínio privado e é correlativa ao domínio público. A esfera pública aparece como prolongamento e complemento da esfera da intimidade familiar. As pessoas privadas que formam o público discutem em público o que lêem e beneficiam a razão, cujo progresso é objeto de seus esforços comuns. A sociedade burguesa faz uso público de sua razão, daí o sentido da palavra publicidade, em flagrante contraste com o poder real, que se exprime pelo segredo. Assim, a racionalidade, baseada na esfera pública, encontra sua expressão nas leis cujos critérios são a generalidade e a abstração. Como homem privado, o burguês representa duas pessoas em uma: proprietário de bens e de pessoas e homem entre outros. Uma vez desenvolvida, a esfera pública burguesa repousa sobre uma identidade fictícia de dois papéis representados pelas pessoas privadas constituindo o público, como bem formulou Immanuel Kant." (Juergen Habermas. *L'espace public: archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la societé bourgeoise*. Paris: Payot, 1986. p. 60-66.)

Mas, no pensamento de Locke, não fica clara a *natureza* das relações políticas que deveriam se estabelecer entre os indivíduos, pois o contrato consentido, embora pudesse ser refeito nos momentos em que houvesse o rompimento do pacto por uma das partes, não tem o caráter normativo encontrado em Kant. O espaço público restava, na concepção de Locke, vazio de significações.[17] A política acabava sendo mero instrumento de restabelecimento das vontades individuais, agora *representadas* coletivamente.

Nessa concepção, nem mesmo as leis instauravam a crença no valor de uma esfera pública. As leis eram expressão das regras costumeiras que garantiam o primado das vontades individuais. As leis protegiam a propriedade e não aceitavam a legitimidade da interferência do governo civil nos negócios dos indivíduos privados. O arbítrio e a contingência da ausência de regras coletivas eram problemas, mas somente na medida em que colocassem em questão as prerrogativas individuais. Parecia mais fundamental marcar a ilegitimidade da intervenção do Estado na propriedade individual, do que a definir uma esfera pública autônoma, exatamente o contrário do que ocorrera no pensamento grego clássico.[18]

O período revolucionário radicalizou as teses de Locke.[19] Os constituintes americanos estabeleceram uma relação necessária entre os direitos individuais e o bem-comum social. Os constituintes franceses procuraram afirmar a primazia dos direitos dos indivíduos.[20] A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo segundo, colocou que "o objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem". Mas, nesses direitos naturais, estavam incluídas a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. A Declaração considerava a igualdade sob dois aspectos, igualdade diante da lei e igualdade fiscal. Tratava-se, pois, de inscrever a igual-

(17) Mais tarde, durante o século XIX, o espaço público ganhou um sentido mundano, esvaziado das significações transcendentes, mas ainda fundamentado em posturas cuja origem deve ser buscada no sentimento religioso. Isso ocorreu após um amplo processo que desembocou no que Max Weber conscientemente chamou de *desencantamento do mundo*, em que se articularam a modernização econômica, a racionalização social e a secularização cultural. Esse desencantamento é responsável pelo crescente domínio da sociedade e da cultura sobre a natureza, da razão sobre a barbárie, do público sobre o privado. Mas também por uma sensação inefável de solidão e de incompletude, num mundo que perdeu o sentido de transcendência.

(18) Para uma leitura detalhada do processo histórico de emergência do *homos oeconomicus* e da determinação da vida econômica sobre os direitos políticos e sociais, ver Karl Polanyi, *A grande transformação. As origens da nossa época.* Rio de Janeiro: Campus, 1980.

(19) Para uma análise fina das afinidades eletivas existentes entre as idéias presentes no processo de independência dos EUA e as idéias dos revolucionários franceses, ver Marcel Gauchet, *La révolution des droits de l'homme*, Paris: Gallimard, 1989.

(20) Norberto Bobbio. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 90.

dade em uma norma jurídico-civil: "l'égalité de tous devant la loi"; ou em uma norma política: "le suffrage universel", o que, claramente, define a existência de uma íntima relação entre direitos individuais e participação política.[21] Mas essa participação foi possibilitada apenas àqueles que se realizavam privadamente, na medida em que se libertavam do mundo da necessidade, isto é, do trabalho. Durante toda a segunda metade do século XVIII, foram se estruturando as idéias de "igualdade geral" e de "livre acesso à esfera pública", cujo ponto de partida eram os logradouros públicos e cujo ponto de chegada era a publicação dos debates do parlamento, do judiciário e a generalização da imprensa.

Há um vínculo entre a ação essencialmente política, expressa no conceito de cidadania, sendo esta ação a "única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria", e a pluralidade, como condição e pressuposto de qualquer vida pública. Ou seja, o homem, considerado em seu caráter único, como *idion*, depende das relações que mantém com os outros, numa situação de convívio e de reconhecimento mútuo: "A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha existir".[22]

Mas, concomitantemente ao crescimento da economia capitalista, a ação política tornara-se instrumental, um meio para atingir objetivos políticos e econômicos.[23] Na sociedade burguesa, a atividade econômica, transformada em negócio privado, passou a se regular a partir da troca de bens ampliada e colocada sob o controle e a direção da esfera pública. As condições econômicas que a presidem

(21) Segundo Habermas, esse regime que institucionalizou a esfera pública política, procura, nela, atingir as seguintes funções: 1) uso da razão (liberdade de opinião, de palavra, liberdade de imprensa, liberdade de associação e de reunião) e funções políticas que as pessoas privadas assumem (direito de petição, direito de voto e direito à elegibilidade); 2) livre estatuto do indivíduo, fundado na esfera da intimidade (liberdade da pessoa, inviolabilidade do domicílio etc); 3) trocas entre proprietários, desdobramento da esfera da sociedade civil (igualdade diante da lei, proteção da propriedade privada etc.) Esses direitos garantem a esfera pública e a esfera privada (assim como seu núcleo: a esfera da intimidade); os órgãos do público (imprensa e partidos) e os fundamentos da autonomia privada (família e propriedade). A delimitação jurídica da esfera pública e de suas funções fez dela princípio diretor dos procedimentos no seio dos órgãos do Estado. Juergen Habermas. *L'espace public: archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la societé bourgeoise*. Paris: Payot, 1986. p. 93. Ver também Pierre Rosanvallon. *La crise de l'Etat-Providence*. Paris: Seuil, 1984. p. 36.

(22) Hannah Arendt. *A condição humana*. São Paulo: Forense Universitária, 1989. p. 15-16.

(23) Juergen Habermas. *L'espace public: archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la societé bourgeoise*. Paris: Payot, 1986. p. 13-15.

tornaram-se exteriores à economia doméstica, esta, na realidade, manifesta-se em termo de interesse geral. É exatamente isso que Hannah Arendt chamou de surgimento da esfera social: da economia para economia política. A economia moderna não era mais comandada pelo *oikos*, mas sim pelo mercado. O mundo privado passou a constituir o mundo público, para o qual o poder tornou seu olhar. A sociedade burguesa consolidou-se e delimitou um domínio privado. Mas também fez da reprodução da existência, liberada dos quadros do poder doméstico privado, um negócio de interesse público. É nesse espaço que o público passou a fazer uso de sua razão e a exercer sua crítica, revelando a importância do papel da imprensa.[24]

O Estado Moderno nasceu da confluência da afirmação dos direitos individuais e do reconhecimento da soberania popular.[25] A idéia de "securité" emergiu como reino da realização da liberdade individual, da participação política dos cidadãos e da legalidade. A esfera pública, surgida no processo revolucionário, permitiu algum grau de interpenetração entre privado e público, dando relevância ao segundo.

À medida que o Estado foi concentrando os meios para o exercício legítimo da força física, um novo ordenamento jurídico, calcado nos princípios universalistas e igualitários da liberdade e da igualdade, mas também de justiça, esvaziava as práticas, que predominaram até o final da Idade Média, de controle privado do uso de armas e de realização da justiça.[26] O Estado, portanto, por meio do discurso e das práticas jurídicas, emergiu como instância privilegiada do uso e da aplicação da força física, dentro de um determinado território.[27]

4. O declínio da esfera pública

Hannah Arendt representava o declínio da esfera pública como sendo um *lost treasure*, o fim de conceitos importantes como *public happiness* ou *public freedom*.[28] A igualdade, termo que une a felicidade e a liberdade pública, é um conceito político moderno, por excelência. Ela deveria ser o sustentáculo teórico-político de outros dois conceitos importantes: a cidadania e a civilidade. Cidadania entendida como a garantia da participação e dos direitos políticos dos indivíduos e civilidade enquanto sentido de pluralidade. Ou seja, a civilidade seria "a atividade que protege as pessoas umas das outras e ainda permite que elas tirem

(24) Idem, ibidem, p. 30-35.

(25) Norberto Bobbio. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 100.

(26) Norbert Elias. *O processo civilizador. Uma história dos costumes e formação do Estado e civilização*. Rio de Janeiro: Zahar, 1990-1993. 2 vols.

(27) Max Weber. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1984.

(28) Hannah Arendt. *Between past and future. Eight exercises in political thought*. New York: Penguin, 1993. p. 5.

proveito da companhia umas das outras. Usar máscara é a essência da civilidade. As máscaras permitem a sociabilidade pura, separada das circunstâncias do poder, do mal-estar e do sentimento privado daqueles que as usam. A civilidade tem como objetivo a proteção dos outros contra serem sobrecarregados por alguém".[29] Ainda mais, cidade e civilidade têm uma raiz etimológica comum. A cidade é esse estabelecimento humano no qual os estranhos devem provavelmente se encontrar. A geografia pública de uma cidade é a institucionalização da civilidade. Ao longo de todo o século XIX, o ideal de vida em público se efetivou e esse ideal visava a um distanciamento desinteressado, que permitia, em grau ampliado, a inter-relação de diferentes individualidades. Os indivíduos, por meio do contrato, mediado pela cultura e pelo diálogo, se conheciam e reconheciam no ambiente urbano, nas obras e produtos de sua cultura. Não é por menos que a grande literatura, os salões e os concertos, a imprensa e as atividades recreativas tiveram um florescimento espantoso, nesse período. Somente a crise política, a guerra e a emergência de novas intransparências colocaram em xeque esse modelo de uma cultura da civilidade, bem identificada por Raymond Wiliams.[30]

O declínio da esfera pública se deu no momento em que houve a diluição das fronteiras dos domínios público e privado. O poder público, por intermédio da figura do Estado, se colocou, por conseqüência, acima da sociedade. A generalização das trocas comerciais fez com que a esfera privada se transformasse em "autonomia privada". O Estado não somente operava "mais sobre a sociedade, nas formas tradicionais de controle da justiça, da polícia e da taxação de impostos, mas também através das ciências econômicas, dos seguros, das garantias dos resultados, do controle de mercados internos e externos, da econometria, do fluxo de dinheiro etc". A família desencarregou-se de suas funções econômicas e houve um processo paralelo de "desinteriorização" do indivíduo. Este passou a investir sua individualidade no espaço público. Assim, emerge a tendência moderna de a esfera pública deixar o espaço da discussão e assumir o local do consumo público.[31]

Após duas grandes guerras e após a guerra fria, o mundo privado passou a ser referência para a cultura e o individualismo, como substrato da civilidade e do culto público, passou a ser, em nossa contemporaneidade, narcisismo.[32] O

(29) Richard Sennet. *O declínio do homem público. As tiranias da intimidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 323-324.

(30) Raymond Williams. *O campo e a cidade, na história e na literatura*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

(31) Juergen Habermas. *L'espace public: archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la societé bourgeoise*. Paris: Payot, 1986. p. 149; 154-156; 164-167; 174.

(32) Narcisismo "como uma conseqüência da invasão da esfera de sociabilidade pública pela esfera do privado". Richard Sennet. *O declínio do homem público*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 323-324.

narcisismo investe a idéia de coletividade de um sentido particularista, o que faz com que os limites entre as esferas privada e pública sejam esboroados.[33] A política emergiu totalmente como mal necessário ou em seu caráter instrumental e o público sucumbiu diante da massificação da cultura e da proletarização do mundo.

Na contemporaneidade, portanto, há uma renovada desconfiança quanto à capacidade de gestão da coisa pública pelo Estado. Nas concepções neoliberais, atualmente reinantes, está implícita uma veemente crítica à atuação dos poderes públicos e sugerida a quebra do consenso em torno do investimento do Estado nas fontes econômicas e sociais da desigualdade.[34] Mais profundamente divisa-se a diminuição da força simbólica do contrato social, o que põe em xeque as concepções interdependentes da igualdade e da justiça. Como apontou Clauss Offe, percebe-se a erosão do bem público como valor universal que legitimava políticas estatais.[35] As regras de comensurabilidade entre os indivíduos, agora considerados não em sua igualdade diante de uma ordem humana universal ou, mais

(33) "O termo *Gemeinschaft* significava, originalmente, a total abertura de sentimentos diante dos outros; historicamente chegou a significar, ao mesmo tempo, uma comunidade de pessoas. Ambos os sentidos unidos fazem de *Gemeinschaft* um grupo social especial onde relações emocionais abertas são possíveis, em oposição a grupos onde prevalecem relações parciais, mecânicas ou emocionalmente indiferentes. (...) O que há de distintivo na *Gemeinschaft* moderna está em que a fantasia compartilhada pelas pessoas é o terem uma mesma vida impulsiva, a mesma estrutura motivacional. (...) As únicas ações sustentadas pelas comunidades são as da manutenção emocional da casa, purificando a comunidade daqueles que realmente não pertencem a ela, por não sentirem como as outras pessoas. A comunidade não pode fazer entrar, assimilar e se incrementar a partir do exterior, porque então se tornaria impura. Assim sendo, uma personalidade coletiva acaba por se colocar contra a própria essência da sociabilidade, o intercâmbio, e uma comunidade psicológica entre em guerra contra a complexidade da sociedade." A idéia de cidade é colonizada por uma comunidade destrutiva, "celebração do gueto", e a civilidade deixa de ter bases sociais de sustentação (Richard Sennet. *O declínio do homem público. As tiranias da intimidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 378-379 e 411).

(34) "La valeur égalité a fonctionné dans le domaine économique et social sur un tout autre mode que dans le domaine civil et politique. Elle a fonctionné négativement et non plus positivement. La démande d'égalité civile ou politique se traduit par la détermination d'une norme identique pour tous. L'Égalité se donne comme but l'abolition radicale des différences de statut civil ou politique. La demande d'égalité économique ou sociale se présente sous un autre mode: elle s'exprime comme volonté de réduction des inégalités. Les deux démarches ne sont pas symétriques: production de l'égalité identitaire dans un cas, réduction de l'inégalité de l'autre, sans fixation d'un objetif identitaire." (Pièrre Rosanvallon. *La crise de l'Etat-providence*. Paris: Seuil, 1984. p. 36-37.)

(35) Claus Offe. "A democracia contra o estado de bem-estar social". *Capitalismo desorganizado*. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 308.

especificamente, diante da lei, mas sim em suas diferenciações sócio-culturais, deixaram de ser perseguidas pelos poderes públicos. A política, ela própria, emerge como significação vazia. Os indivíduos não procuram sua satisfação no ambiente público, eles na verdade desconfiam do público e investem pesadamente em sua satisfação pessoal, que está desprendida, para o bem e para o mal, da felicidade geral da nação. O indivíduo nem mesmo se identifica com um ideal de nação, ele não se vê mais como parte de um todo. O indivíduo, no narcisismo, é "totalitário" e, para ele, sua felicidade sobrevirá à calamidade total dos demais. As drogas, legais e ilegais, o divã, as academias de ginástica, o sucesso nos negócios e no amor deixam de se referir a uma qualidade de vida coletiva para serem efeitos de uma trajetória pessoal bem-sucedida. Na ausência de uma esfera pública reguladora dos comportamentos humanos, a alienação parece servir como compensação.[36] De certa forma, o mundo global, ao deixar de dar ênfase ao Estado Nacional, passa a dar espaço para os movimentos de desagregação da cultura política e para direitos que seriam, em sua essência, globais, mesmo que não haja garantia para que os mesmos sejam realizados pelas ultrapassadas estruturas jurídicas dos estados nacionais. "Tudo que é sólido se volatiliza", na feliz expressão de Marx e Engels.

A *razão pública* desapareceu sob o peso da *mise-en-scène* dos interesses privados de grandes corporações internacionais. Essas corporações não têm mais compromissos com qualquer forma de civilização dos costumes. Elas apenas primam pela distribuição de lucros, não importando o grau de destruição ambiental ou social necessária para a realização do lucro de seus negócios. Os investidores estão pensando apenas no lucro certo e líquido, não importando se, lá na periferia do sistema, meninos ou meninas estão sendo explorados. Nesse sentido, a globalização traz em si a defesa de particularismos culturais e sociais que ganham forte expressão na liberdade de mercado, na livre negociação salarial e no pacto livre efetuado entre os interesses internacionais e os indivíduos, independentemente do estado no qual sua identidade nacional é construída. Essa situação é evidentemente dúbia, pois, ao mesmo tempo, sinaliza enormes avanços do ponto

(36) "A produção de mercadorias e o consumismo alteram as percepções não apenas do eu como do mundo exterior ao eu; criam um mundo de espelhos, de imagens insubstanciais, de ilusões cada vez mais indistinguíveis da realidade. O efeito especular faz do sujeito um objeto; ao mesmo tempo, transforma o mundo dos objetos numa extensão ou projeção do eu. É enganoso caracterizar a cultura do consumo como uma cultura dominada por coisas. O consumidor vive rodeado não apenas por coisas como por fantasias. Vive num mundo que não dispõe de existência objetiva ou independente e que parece existir somente para gratificar ou contrariar seus desejos. A identidade torna-se incerta e problemática, não porque as pessoas não ocupem mais posições sociais fixas (...), mas porque elas não mais habitam um mundo que exista independentemente delas." (Christopher Lasch. *O mínimo eu. Sobrevivência psíquica em tempos difíceis*. 5.ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 22-23.)

de vista da afirmação de direitos e enormes retrocessos nas condições objetivas de sua proteção. Como bem lembrou Norberto Bobbio, "o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexeqüibilidade".[37] A sociedade global canalizou seus sentimentos para as necessidades individuais de sobrevivência física e psíquica, num mundo cada vez mais marcado pela dissociação entre esfera pública e esfera do trabalho e voltado para as teatralizações privadas do eu. Contudo, o sentido abolicionista da igualdade, presente nos séculos XVII e XVIII, já não é mais claro para a consciência moderna, por demais seduzida pelo sucesso econômico, pela competição global, pelo localismo e pelos particularismos. A civilidade também parece ter sucumbido ante o peso da movimentação global e eletrônica de capital. A sociedade atual, ao enfrentar os novos problemas relativos à desagregação dos valores políticos, perdeu o sentido da igualdade e da civilidade como dinâmicas societárias fundamentais para a realização dos indivíduos. A questão que se coloca é como fazer com que a paixão pela igualdade possa construir uma nova esfera pública. Embora lembrando o aspecto cultural da democracia nos chamados países desenvolvidos, a democracia se realiza apenas na esfera pública, com a participação e com a distribuição dos benefícios proporcionados pelo capitalismo. Adicionalmente, uma dimensão ética do capitalismo deve ser valorizada no sentido de que as estruturas econômicas não se choquem com os valores democráticos e de respeito aos direitos. Um sentido de dignidade humana fundamental deve ser a base da luta política dos dias de hoje, na esfera privada (econômica) e na esfera pública (política). Como bem lembrou Norberto Bobbio, hoje, "o próprio conceito de democracia é inseparável do conceito de direitos do homem. Se se elimina uma concepção individualista da sociedade, não se pode mais justificar a democracia. (...) O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político".[38]

5. Brasil: segurança e espaços privados

Seguindo o esquema analítico proposto por Habermas,[39] um pouco diferente daquele proposto por Marshall,[40] sobre a emergência do Estado moderno e sobre sua capacidade de regulação das relações sociais, no ocidente, teria havido, em primeiro lugar, a generalização da *personalidade jurídica*, o indivíduo como por-

(37) Norberto Bobbio. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

(38) Idem, ibidem, p. 24 e 101.

(39) Jurgen Habermas. "Law as a Medium and as na Institution". In Gunther Teubner. *Dilemmas of law in the Welfare State*. New York & Berlin: Gruyter, 1988.

(40) T.H. Marshall. *Class, citizenship and social development*. Chicago: University of Chicago Press, 1950.

tador de direitos burgueses (direitos civis); em segundo, a regulação constitucional da autoridade executiva, sob o princípio da legalidade (mas sem a definição de direitos políticos); em terceiro lugar, a aquisição de direitos políticos; e, por último, o surgimento do *welfare state*, com os respectivos direitos sociais. Guillermo O'Donnell afirma que, no continente latino-americano, há uma dramática inversão desse esquema dos direitos, na medida em que, salvo exceções, a definição e a garantia dos direitos políticos se deram antes mesmo da universalização dos direitos civis.

Nos estados democráticos latino-americanos, a discriminação e a opressão dos pobres pela lei, a impunidade dos ricos, a burocracia como obstáculo ao acesso aos direitos, o não acesso à justiça, a não-eqüidade, a ilegalidade, a informalidade e os "privatismos" ainda seriam parte substancial da regra do jogo. O Estado, na América Latina, padeceria de uma incompletude fundamental em sua dimensão legal, que, paradoxalmente, teria aumentado durante o processo de redemocratização.[41]

O processo de democratização do Brasil teve seu apogeu com a promulgação da Constituição Federal, em 1988. Ela abrangeu um considerável elenco de direitos civis, políticos e sociais. Apesar da nova configuração político-institucional, baseada no reconhecimento e na garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, isto é, da democracia formal, os institutos jurídicos tradicionais do direito brasileiro e as práticas institucionais baseadas no Estado não sofreram mudança imediata. Ao contrário, durante mais de dez anos de exercício democrático, ainda subsistem práticas ilegais e violentas, promovidas pelos próprios mecanismos do Estado, e toda uma cultura autoritária, dispersa em nossa sociedade.[42] As instituições que mais ofereceram resistência à transformação democrática foram instituições judiciárias, correcionais e de segurança pública. Em grande parte, essa resistência pode ser definida em termos de uma baixa adesão aos valores democráticos e uma baixa abertura ao controle e críticas externos.

No mesmo período, a criminalidade violenta tornou-se mais grave, algumas vezes tendo como agentes membros das próprias corporações estatais responsáveis pela segurança pública. As mortes violentas, por exemplo, contam em parte com a participação de policiais, nos chamados grupos de extermínio ou de execução sumária. Somente para efeito de ilustração, as chacinas em São Paulo, desde quando a Secretaria de Segurança Pública passou a registrar esse fenômeno sepa-

(41) Guillermo O'donnell. "Polyarchies and the (Un)rule of law in Latin America: a partial conclusion". In Juan E. Méndez, Guilhermo O'donnell, Paulo Sérgio Pinheiro (Editores). *The (Un)Rule of Law & the Underprivileged in Latin America*. Indiana: University of Notre Dame Press, 1999.

(42) Nos últimos dez anos, a sociedade civil entendeu que não bastavam as garantias formais, era também necessário o aprofundamento da discussão sobre o funcionamento dos aparelhos de estado, bem como a criação de mecanismos efetivos de controle burocrático e democrático do cumprimento de seus mandatos.

radamente de outros crimes, vêm crescendo em proporções alarmantes: de 34 chacinas com 134 mortos, em 1994; passamos para 81 chacinas com 281 mortos, em 1999. Por último, segundo as notícias da imprensa escrita, as PMs em praticamente todo o país têm feito uso constante e excessivo da força física, com resultados preocupantes, inclusive mortes. Porém o Estado, diferentemente dos 21 anos de regime de exceção, não é mais o coordenador direto das ações de violência ilegal, embora, em parte, tenha enorme responsabilidade ao deixar de promover a integração do repertório constitucional às práticas policiais, judiciais e punitivas. As duas últimas décadas foram marcadas pela crescente insegurança social perante a criminalidade, que vem agravando a já complicada paisagem social brasileira.

A partir dos anos 90, novas apropriações do espaço mudaram o cenário urbano. O padrão tradicional centro-periferia, que ainda hoje permanece a marca distintiva de nossas cidades, aos poucos, estaria sendo mesclado a um padrão novo, segundo o qual se disseminam enclaves. Bairros antes considerados nobres, hoje, convivem com bairros degradados ou com favelas e loteamentos irregulares. Dessa proximidade, que desestrutura as regras de convívio tradicionais em que cada um permanecia e reconhecia seu lugar, emergiram os novos enclaves fortificados. A marca distintiva desse padrão pode ser encontrada nos condomínios fechados, mas a sua estética da separação bruta e concreta aparece em todo e qualquer lugar: muros, cercas elétricas, grades, dispositivos eletrônicos de vigilância, segurança privada, carros blindados, bloqueios eletrônicos, espaços fechados e multifuncionais, *shopping centers* etc. Essas novas dimensões redesenharam as antigas formas de segregação e devem ser consideradas dentro do quadro de degradação da vida na cidade, de desvalorização da esfera pública e de crítica à universalidade da lei.[43] O cenário urbano, portanto, é um *locus* de conflitos e contradições, que, dentro do quadro da redemocratização política do país, parece ter se radicalizado.

As funções policiais nunca foram, e talvez jamais sejam, atribuições exclusivas do poder público. A sociedade civil e, cada vez mais, as grandes corporações privadas estão interessadas em ampliar a vigilância, seja de suspeitos, seja de cidadãos comuns. Os governos dos EUA e do Canadá estabeleceram, nos últimos anos, sistemas de vigilância de indivíduos que cumprem regime aberto ou condicional, através de dispositivos eletrônicos com rastreamento por satélite. Um amplo mercado de segurança privada foi criado nos últimos 25 anos, fazendo com que o efetivo de seguranças privados se tornasse três vezes maior que o efetivo de policiais públicos. As indústrias de armas e de dispositivos de segurança nunca produziram e venderam tanto como hoje e os sistemas de câmeras estão em todos os lugares, de olho em pequenas atitudes incivilizadas. Em várias escolas de diferentes níveis, as câmeras e os detectores de metais estão fazendo parte do cotidia-

(43) Teresa Pires do Rio Caldeira. *Cidade de muros. Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Ed. 34/Edusp, 2000.

no dos estudantes, como faziam parte os professores, os livros e as lousas. As prisões de segurança máxima, as delegacias de polícia, os fóruns e os tribunais não somente têm tais câmeras como também, em muitos casos, transmitem as sessões em rede nacional. Em diversos estados norte-americanos, para qualquer indivíduo entrar em espaços como estes, é preciso portar um cartão eletrônico que franqueia o acesso. São os novos espaços públicos privados. Um recente filme de *hollywood* já imaginava um sistema de vigilância por meio de câmeras de alta precisão, em alguns casos funcionando com raios infravermelhos, que vigiavam uma cidade inteira em seus mínimos detalhes diuturnamente. A ficção científica já há algum tempo vem sonhando com a implantação de microchips no cérebro de condenados de maneira a controlar seus comportamentos. O que é o *projeto genoma* senão um panóptico que vasculha o infinitamente pequeno do corpo humano e flagra nele os pequenos desvios? Os novíssimos dispositivos panópticos, neste sentido, ampliam o campo da visibilidade clássica e colocam as teorias lombrosianas na pré-história da criminologia. Os novos elementos que são requeridos para o aparato policial, o novo tipo de policiamento comunitário ou eletrônico, os novos recursos tecnológicos são sobrepostos às funções que Foucault indicou na mecânica de vigilância da sociedade e da criação de uma delinqüência e na aceitabilidade dos ilegalismos das classes dominantes.

O processo de implementação dos direitos, dentro de uma ordem democrática, é extremamente lento e cercado de altos e baixos. Embora, nesse curto período, várias iniciativas tenham sido colocadas em movimento, sobretudo em termos de comissões e conselhos consultivos, muito há que ser feito em termos executivos. As instituições regulares do Estado devem, cada vez mais, incorporar, dentro de suas práticas, o repertório dos direitos, sobretudo as instituições do poder judiciário. Enquanto isso não ocorrer, várias dificuldades e problemas podem minar a expectativa de, num curto prazo, garantir o respeito aos direitos na sociedade brasileira.

Numa sociedade democrática, as funções e os deveres dos órgãos de aplicação da lei correspondem à manutenção da ordem pública, à prestação de auxílio e assistência em emergências e à prevenção e repressão ao crime. As instituições policiais – no caso do Brasil, a polícia federal, as polícias civis e militares – são órgãos tradicionais do Estado, dedicados à aplicação da lei e ao controle da esfera pública. Mas, no Brasil, assim como na América Latina, essas organizações sofreram forte influência das ditaduras militares e somente recentemente passaram a ser timidamente remodeladas pela democracia.[44] A literatura internacional especializada em polícia tem demonstrado com clareza que a existência de um sistema policial hierarquizado não representa, em hipótese nenhuma, um maior controle sobre a atuação do policial de rua. Ao contrário, o poder discricionário do

(44) Paulo S. Pinheiro. "O passado não está morto: nem passado é ainda". In G. Dimenstein. *Democracia em pedaços – Direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

policial, mesmo nestes sistemas, continua sendo amplo. Na verdade, a disciplina e a hierarquia rígida têm servido muito mais para aguçar o corporativismo e, assim, acobertar eventuais irregularidades do que controlar a ação policial. De toda forma, nas polícias, o processo de tomada de decisões ainda é feito de cima para baixo e seus objetivos institucionais continuam regressivos. As polícias procuraram aumentar sua influência política e institucional para clamar por mais verbas e, assim, os orçamentos e o *staff* policiais crescerem em proporções consideráveis. A capacidade das polícias em responder às novas demandas democráticas, em diversos países de novas democracias, está limitada a respostas padronizadas, que vão da violência física desnecessária à inação, passando pela corrupção. Essas instituições têm demonstrado pouca capacidade de antecipação de problemas, de planejamento técnico e de flexibilidade administrativa.[45]

Mais do que isso, as ações do poder público, na área criminal e de segurança pública, discriminam determinadas faixas da população ou determinados grupos sociais, na medida em que o seu alvo é a chamada criminalidade popular. Essa discriminação é denotada pela grande proporção de negros presentes nas delegacias, detenções e prisões e de negros e pobres nas estatísticas sobre letalidade nas ações da polícia. As políticas de segurança nos fazem crer que os jovens da periferia, desempregados, com baixa escolaridade e sem perspectiva de ascensão social, são potencialmente criminosos e, por isso, são presos ou mortos pelas instituições de segurança. As políticas de segurança têm insistido na repressão ao varejo da droga. Nesse sentido, têm estimulado uma ação de invasão de favelas e bairros periféricos como forma de "abafar" essa face do comércio ilegal. Os moradores, acostumados a todo tipo de violação de seus direitos, são colocados na mira das armas e da violência de policiais e de traficantes, e os cárceres ficam abarrotados de jovens provenientes das periferias. Como resultado disso tudo, além da evidente baixa capacidade de conter a criminalidade e de aumentar a eficiência do sistema de justiça criminal, a polícia conta com as piores avaliações na opinião pública, como demonstram várias pesquisas de opinião. Mais ainda, por intermédio das notícias veiculadas pela imprensa escrita, percebe-se que a violência policial tem estado presente no debate público, mas as soluções não têm acompanhado a intensificação dos debates.

A análise dos orçamentos dos departamentos de polícia das cidades americanas demonstra que boa parcela dos recursos públicos acaba sendo aplicada na repressão ao crime, com a criação de grupos especiais de investigação e combate ao crime organizado e com o maior investimento em equipamento e em técnicas de perícia.[46] Entretanto, é exatamente na repressão ao crime que as polícias têm

(45) Dominique Monjardet. "Questionner les similitudes: à propos d'une étude sur la police", *Sociologie du Travail* 2-89/193-204, 1989.

(46) David H. Bayley. *Police for the future*. New York: Oxford University Press, 1994.

sua eficácia e seu sucesso mais questionados. Os índices de solução de crimes estão abaixo do esperado em qualquer país; os recursos cada vez maiores dirigidos para a implantação de táticas para uma prevenção eficaz do crime também oferecem resultados pífios. Não há nenhuma prova de que o investimento em tecnologia tenha sido o principal responsável pela diminuição da violência policial ou da redução das taxas de criminalidade atualmente experimentada em importantes cidades norte-americanas.[47] Até o presente momento, as pesquisas indicam que, tanto nos EUA como no Canadá, o policiamento comunitário tem-se mostrado uma importante abordagem no aprimoramento das relações entre polícia e sociedade, aumentando, por conseqüência, a capacidade da polícia de prestar serviços de segurança para uma melhor qualidade de vida de toda a comunidade.[48] A experiência internacional em matéria de polícia tem se baseado no aprimoramento do serviço prestado à comunidade, na proteção das vítimas, na parceria com entidades da sociedade civil, na coleta, tratamento e divulgação de dados, no planejamento de ação, na compreensão trivial de que a segurança pública é construção complexa.[49] A sinalização que recebemos das democracias consolidadas é de que a polícia precisa tornar-se uma polícia cidadã, que promova a segurança de todos, respeitando direitos.

É preciso minimizar a concepção militar de defesa do Estado e democratizar internamente os canais de comunicação e o processo de promoção. Seria importante implantar um sistema de acompanhamento da eficiência dos investigadores, criando condições para que, inclusive, as perícias fossem feitas com mais presteza e de forma independente. Haveria que se implantar sistemas múltiplos de *accountability*, pelo Ministério Público, por Corregedorias independentes, por Ouvidorias com capacidade de atuação e com estrutura institucional mais sólida e por Conselhos populares. É importante ressaltar que é preciso contemplar processos de *feed-back*, entre as necessidades das ruas, a burocracia interna e as escolas de formação, inclusive estimulando que policiais façam cursos superiores. Os poderes públicos constituídos devem valorizar os controles democráticos e a transparência. Não há alternativas. Não há razão suficiente para retardar o processo de moralização do Estado e de aprofundamento da democratização da sociedade brasileira.

(47) David H. Bayley. *What works in policing. Readings in crime and punishment.* Oxford: Oxford University Press. 1998; e Jean-Paul Brodeur. "La police: mythes et réalités". *Criminologie. La police après 1984*, XVII (1) 9-41, Les Presses de L'Université de Montréal, 1994.

(48) Jerome Skolnick & David H. Bayley. *Community policing: issues and practices around the world.* Washington: National Institute of Justice, 1988.

(49) Jean-Paul Brodeur. "Police de proximité et citoyenneté en Amérique du Nord". *Les dilemmes de la proximité.* Cahlers de la Sécurité Intérieure, n. 39, premier trimestre, 2000.

6. Ponto de fuga: olhar para o futuro

A concepção individualista dos direitos, que acompanhou o processo de formação das sociedades ocidentais, sobretudo durante os séculos XVII e XVIII, ainda era percebida como desagregadora da ordem social constituída, que era centrada na figura do monarca absoluto. O individualismo constituiu a principal base filosófica da democracia, e, desde a Revolução Francesa, a base para a concepção universal dos direitos. Ele expressa uma contraposição às concepções holísticas e hierárquicas da sociedade e da história, que justificavam a centralização do poder estatal e a diferenciação social.

O fundamento que permite o reconhecimento dos direitos do homem, a partir do individualismo, reside na concepção de que o governo secular é um governo de homens baseado nas leis e no princípio da soberania popular. Portanto, no quadro de um Estado democrático de direito, o indivíduo passou a ter "não só direitos privados, mas também direitos públicos". O Estado de direito portanto é o Estado dos cidadãos e, assim sendo, ele prefigurou uma cidadania e direitos que ultrapassam os limites do Estado-Nação.[50]

O Estado e a sociedade civil devem recompor uma democracia fundada na revalorização da esfera pública, seja reinventando a cidade, seja aprimorando as políticas de segurança pública. O público, como diz Hannah Arendt, "transcende a duração de nossa vida tanto no passado quanto no futuro: preexistia à nossa chegada e sobreviverá à nossa breve permanência. (...) Mas esse mundo comum só pode sobreviver ao advento e à partida das gerações na medida em que tem uma presença pública. É o caráter público da esfera pública que é capaz de absorver e dar brilho através dos séculos a tudo o que os homens venham a preservar da ruína natural do tempo". Nos defrontamos, na atualidade, com a "destruição do mundo comum, da pluralidade humana". Somos prisioneiros da subjetividade de nossa "própria existência singular" e queremos proteger nosso patrimônio a despeito dos valores que nos tornaram o que somos.[51]

A democracia é o regime político que se fundamenta no princípio segundo o qual o indivíduo deve ser considerado titular de direitos. Toda a estrutura da administração pública, incluindo justiça e segurança, decorre, assim, de delegações precisas e restritas. É o indivíduo que deve ser protegido e ser alvo primordial das políticas públicas. O poder do Estado decorre da capacidade que esse Estado tem em controlar as fontes de violência e os conflitos existentes no seio da sociedade. Esse poder nunca pode ser ilimitado; ao contrário, o exercício das funções públicas demanda a existência de inúmeros controles institucionais, jurí-

(50) Norberto Bobbio. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 61.

(51) Hannah Arendt. *A condição humana*. 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1989. p. 67-68.

dicos e políticos.[52] A democracia pode ainda resgatar seu sentido original de libertação "dos grilhões de uma perpétua menoridade" desde que recomponha o sentido da vida pública, de uma esfera pública política e não somente no sentido restrito de segurança ou de ordem pública. Devemos fazer a opção entre criar um mundo de cercas e de controle, reais ou virtuais, ou um mundo no qual nossas mais preciosas qualidades e habilidades concorram para o crescimento e o bem-estar de todos.

Bibliografia

ADORNO, Sérgio. "Consolidação democrática e políticas de segurança pública no Brasil: rupturas e continuidades". In ZAVERUCHA, Jorge (Org.). *Democracia e instituições políticas brasileiras no final do século XX*. Recife: Bagaço, 1998.

———. "Violência e civilização". In SANTOS, José Vicente & GUGLIANO, Alfredo. *A sociologia para o século XXI*. Porto Alegre: SBS/Educat, 1999.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1989.

———. *Between past and future. Eight exercises in political thought*. New York: Penguin, 1993.

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. São Paulo: Abril, 1979. Coleção Os pensadores.

BAYLEY, David H. *Police for the future*. New York: Oxford University Press, 1994.

———. *What works in policing. Readings in crime and punishment*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRODEUR, Jean-Paul. "La police: mythes et réalités". *Criminologie. La police après 1984*, XVII (1) 9-41, Les Presses de L'Université de Montréal, 1994.

———. "Police de proximité et citoyenneté en Amérique du Nord". *Les dilemmes de la proximité*. Cahiers de la Sécurité Intérieure, n. 39, premier trimestre, 2000.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros. Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Ed. 34/Edusp, 2000.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo : Ed. das Américas, 1961. vol. 2.

DETIENNE, Marcel. *Os mestres da verdade na Grécia arcaica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

DUMONT, Louis. *O individualismo. Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador. Uma história dos costumes e formação do Estado e civilização*. Rio de Janeiro: Zahar, 1990-1993. vol. 2.

(52) Paulo S. Pinheiro. "O controle do arbítrio do Estado e o Direito Internacional dos Direitos Humanos". *Direitos humanos no século XXI*. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais/IPRI, Fundação Alexandre de Gusmão, 1998; e Sérgio Adorno. "Violência e civilização". In José Vicente Santos & Alfredo Gugliano, *A sociologia para o século XXI*. Porto Alegre: SBS/Educat, 1999.

ERICSON, Richard. *Reproducing order*. Toronto: University of Toronto Press, 1982.

FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas juridicas*. México: Gedisa, 1983.

GAUCHET, Marcel. *La révolution des droits de l'homme*. Paris: Gallimard, 1989.

GOLDSTEIN, Herman. *Problem-oriented policing*. Philadelphia: Temple University Press, 1990.

HABERMAS, Jüergen. "A nova intransparência". *Revista Novos Estudos* 18. São Paulo: Cebrap, 1987.

———. "Law as a Medium and as na Institution". In TEUBNER, Gunther. *Dilemmas of law in the Welfare State*. New York & Berlin: Gruyter, 1988.

———. *L'espace public: archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la societé bourgeoise*. Paris: Payot, 1986.

HOLLOWAY, Thomas H. *Policing Rio de Janeiro. Repression and resistance in a nineteenth-century City*. California: Stanford University, 1993.

JAEGER, Werner. *Paidéia. A formação do homem grego*. São Paulo-Brasília: Martins Fontes/EdUnB, 1989.

KANT, Immanuel. "O que é o esclarecimento". *Textos seletos*. Petrópolis: Vozes, 1985.

LASCH, Christopher. *O mínimo eu, sobrevivência psíquica em tempos difíceis*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

LIMA, Roberto Kant de. "Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial". *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 10/04, 1989.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Abril, 1973. Coleção Os pensadores.

MACPHERSON, C.B. *Teoria política do individualismo possessivo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MARSHALL, T. H. *Class, citizenship and social development*. Chicago: University of Chicago Press, 1950.

MINGARDI, Guaracy. *Tiras, gansos e trutas. Cotidiano e reforma na polícia civil*. São Paulo: Página Aberta, 1992.

MONJARDET, Dominique. "Questionner les similitudes: à propos d'une étude sur la police". *Sociologie du Travail* 2-89/193-204, 1989

O'DONNELL, Guillermo. "Polyarchies and the (Un)rule of law in Latin America: a partial conclusion". In MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guilhermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Editores). *The (Un) Rule of Law & the Underprivileged in Latin America*. Indiana: University of Notre Dame Press, 1999.

OFFE, Claus. "A democracia contra o Estado de bem-estar social". *Capitalismo desorganizado*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

OLIVEIRA, Luciano. "Sua excelência o comissário". Dissertação de mestrado. Recife, PIMES, 1984.

PAIXÃO, Antonio Luiz. "Crime, controle social e consolidação da Democracia". In REIS, Fábio Wanderley & O'DONNEL, Guilhermo. *A Democracia no Brasil. Dilemas e perspectivas*. São Paulo: Vértice-RT, 1988.

PINHEIRO, Paulo S. "O controle do arbítrio do Estado e o direito internacional dos Direitos Humanos". *Direitos humanos no século XXI*. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionai/IPRI, Fundação Alexandre de Gusmão, 1998.

———. "O passado não está morto: nem passado é ainda". In DIMENSTEIN, G. *Democracia em pedaços – Direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

POLANYI, Karl. *A grande transformação. As origens da nossa época*. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

REIS, Fábio Wanderley & O'DONNEL, Guilhermo. *A democracia no Brasil. Dilemas e pespectivas*. São Paulo: Vértice-RT, 1988.

ROSANVALLON, Pierre. *La crise de l'Etat-Providence*. Paris: Seuil, 1984.

SENNET, Richard. *O declínio do homem público. As tiranias da intimidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

SHEARING, Clifford. *Reflections on accountability for policing*. Paper apresentado na Conferência sobre polícia. São Paulo, 1998.

SKOLNICK, Jerome & BAYLEY, David H. *Community policing: issues and practices around the world*. Washington: National Institute of Justice, 1988.

SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general. Quinhentos dias no* front *da segurança pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

STENNING, Philip C. (Org.). *Accountability for criminal justice. Selected essays*. Toronto: University of Toronto Press, 1995.

VERNANT, Jean-Pierre. *Mito e pensamento entre os gregos*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

VERNANT, Jean-Pierre & VIDAL-NAQUET, Pierre. *Mito e tragédia na Grécia antiga*. São Paulo: Brasiliense, 1988.

———; ———. *Trabalho e escravidão na Grécia antiga*. São Paulo: Papirus, 1989.

VIDAL-NAQUET et alii. *Grécia e mito*. Lisboa: Gradiva, 1988.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1984.

WIEVIORKA, Michel. "O novo paradigma da violência. Tempo social". *Revista de Sociologia* 9/1, São Paulo: USP, maio 1997.

WILLIAMS, Raymond. *O campo e a cidade, na história e na literatura*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ZALUAR, Alba. "Um debate disperso: violência e crime no Brasil da redemocratização" *São Paulo em perspectiva*, vol. 13, n. 3, revista da Fundação Seade, jul.-set. 1999.

9. ANTIGÜIDADE DE DIREITO CRIMINAL

9.1

O PROCESSO JURÍDICO DA INCONFIDÊNCIA MINEIRA *

ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES

Considerações iniciais

Abrindo o prefácio da 1.ª edição dos *Autos de Devassa da Inconfidência Mineira*, Rodolfo de Garcia, Diretor da Biblioteca Nacional, assinalou que a Inconfidência Mineira de 1789 é um dos fatos da história do Brasil. Parodiando o ilustre historiador, registramos que o processo dos conspiradores é um dos fatos judiciários pátrios. Nele, a prova provada do martirológio de um punhado de homens comprometidos, alguns diretamente, outros indiretamente, com o primeiro movimento de idéias que tinha por objetivo liberar o Brasil do jugo da Coroa Portuguesa. Em suas páginas, fatos e personagens misturam-se despidos da fantasia em que os historiadores costumam visualizar os eleitos de sua preferência, para se mostrarem realisticamente.

Tentaremos, à moda de amostragem, dada a impossibilidade de resumir num ensaio o universo de fatos e de personagens que se movimentam nos refolhos dos autos, rever os episódios mais significativos e as personagens mais importantes desse movimento que se chamou de Inconfidência Mineira e que, duzentos anos depois, desperta a atenção da intelectualidade brasileira.

Posicionamento legal

O procedimento *inquisitório*, em vigor nos séculos XII e XVIII na Europa, foi o empregado no processo dos Inconfidentes. Extremamente arbitrário, à luz das concepções que vigem no moderno processo penal, anotam-se como defeitos:

a) inexistir a *denúncia*, portanto a defesa era sempre aleatória e difícil;

b) a tortura moral, obrigando à confissão, tida como a "rainha das provas", sendo o réu submetido ao juramento quanto à acusação que envolvesse terceira pessoa;

c) ausência do contraditório;

(*) Artigo publicado na *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, 1995, p. 105-129

d) falta de publicidade dos atos processuais;

e) falta de separação das funções de acusar e julgar. A concentração desses misteres nas mãos de um só juízo levaria a prevenções e a prejulgamentos.

Estas são algumas das características da legislação aplicada aos Inconfidentes, ou seja, o Livro V das Ordenações Filipinas. Substancialmente era uma lei feroz, confusa, na qual se misturavam "regras de direito, moral e religião".[1]

O rigor de suas disposições – a contemplar fartamente a pena de morte – era de tal sorte que dizem ter Luís XIV indagado do embaixador português em Paris se após a sua vigência restaria alguém vivo nas terras de Portugal.

Uma legislação que incriminava "a benzeção de cães", os "mexiricos", a "omissão no batizar escravos" etc. dá bem uma idéia de como seriam encarados fatos dirigidos contra a soberania do Reino.

O crime imputado aos conjurados era o de Lesa Majestade, conceituado "descritivamente", diz Basileu Garcia, para provocar terror:

"Lesa Majestade quer dizer traição cometida contra a pessoa do Rei ou de seu Real Estado que é tão grave e abominável crime, e que os antigos sabedores tanto estranharam, que o comparavam à lepra; porque assim como esta enfermidade enche todo o corpo sem nunca mais se poder curar, e empece ainda aos descendentes de quem a tem e aos que com eles conversam, pelo que é apartado da comunicação da gente; assim o erro da traição condena o que a comete, e empece e infama os que de sua linha descendem, posto que não tenham culpa."[2]

Por ele explicam-se as mensagens postas ao lado do "quartos" de Tiradentes: "Ninguém pode trair a Rainha, porque as próprias aves do céu se encarregarão de lhe transmitir o pensamento do traidor".[3]

As devassas

Para a apuração dos crimes foram abertas as Devassas, "que eram inquirições para informação dos delitos".[4]

Como os fatos se desenrolam no Rio de Janeiro e em Minas Gerais, foram "tiradas" duas Devassas, a de Minas, presidida pelo Des. Pedro José Araújo de Saldanha, e a do Rio, pelo Des. José Pedro Machado.

Foram ouvidas, entre réus e testemunhas, mais de cem pessoas. O material de prova "principal" foi colhido nas inquirições dos réus, "habilidosamente" conduzidas pelos inquisidores. Nas entrelinhas dos depoimentos percebe-se, to-

(1) Basileu Garcia, *Instituições de direito penal*, vol. 1, p. 39.

(2) Ibid., vol. 1, p. 117.

(3) Ibid., p.118.

(4) João Mendes, *Processo criminal brasileiro*, vol. 1, p. 143.

davia, algo mais do que a arte e a inteligência postas a serviço da apuração da verdade. Na inquirição de Tiradentes, a quarta, tomada no Rio de Janeiro, na fortaleza da Ilha das Cobras, em 18 de janeiro de 1790, colhe-se: "que ele até agora negou por querer encobrir a sua culpa, e não querer perder ninguém; porém que à vista das fortíssimas instâncias com que se vê atacado, e a que não pode responder corretamente senão faltando clara, e conhecidamente a verdade, se resolve a dizê-la, como ela é (...) E sendo instado a que dissesse a verdade, pois ainda que tenha dito algumas coisas, não tinha dito tudo, como devia (...)[5] e sendo instado que dissesse a verdade, a que parece ter faltado; porquanto sendo aquela ação a mais importante, ele Respondente não devia arriscar-se nela se não tivesse induzido ao seu partido alguns oficiais ou soldados, que devessem estar na Cachoeira para ajudar a ele Respondente no seu projeto?"[6]

E assim sucede-se, já monotonamente, a tática dos inquisidores de perguntar, reperguntar, insistir, forçar a que Tiradentes enredasse na trama os companheiros. Deus sabe se isto se fazia apenas no plano da inteligência.

Terminada a Devassa, foram os autos conclusos ao Des. Conselheiro Chanceler da Relação, Sebastião de Vasconcelos Coutinho pelo Des. Francisco Luís Álvares da Rocha, escrivão da Devassa, em 25 de outubro de 1791. Na mesma data, o Chanceler deu por *pronunciados* os réus, portanto finda a fase de formação da culpa e postos para julgamento os acusados: Tenente-Coronel Francisco de Paula Freire de Andrada, Coronel Inácio José de Alvarenga, Des. Tomás Antônio Gonzaga, Coronel José Aires Gomes, Sargento-mor Luiz Vaz de Toledo, Capitão José de Resende Costa, o Alferes Joaquim José da Silva Xavier, Capitão Vicente Vieira da Mota, Manuel da Costa Capanema, Faustinho Soares de Araújo, José Álvares Maciel, Domingos Vidal de Barbosa, Coronel Francisco Antônio de Oliveira Lopes, João da Costa Rodrigues, José Martins Borges, Tenente-Coronel Domingos de Abreu Vieira, com um escravo, José de Resende Costa, Capitão João Dias da Mota, Tenente Fernando José Ribeiro, Salvador Carvalho do Amaral Gurgel, Antônio de Oliveira Lopes, João Francisco das Chagas, Vitoriano Gonçalves Veloso, Alexandre Pardo, escravo do Padre José da Silva, Domingos Fernandes da Cruz, Manuel José de Miranda.

Três acusados faleceram ao curso da investigação: Capitão Manuel Joaquim de Sá Pinto do Rego Fortes, Cláudio Manuel da Costa e Francisco José de Melo.[7]

No dia seguinte, 26 de outubro, o Chanceler oficiava ao Conde de Resende indicando para comporem a Comissão julgadora ao lado dos designados pela Corte, vindos de Portugal, os Desembargadores José Antônio da Veiga, João de Figueiredo e João Manoel Guerreiro de Amorim, admitidos por despacho do Conde.

(5) "Autos de Devassa da Inconfidência Mineira", *Imprensa Oficial*, vol. 5, p. 31, 32 e 40.

(6) Ibid., 8.ª inquirição de Tiradentes, p. 58.

(7) Ibid., p. 135.

Em acórdão, lavrado em 31 de outubro de 1791, decidiu a Comissão assinar aos réus o prazo de cinco dias para "dizerem de fato e de direito" e nomear para defensor dos réus José de Oliveira Fagundes, facultado aos advogados que o quisessem ajudar na defesa dos réus, oferecendo alegações, "debaixo do sinal do advogado nomeado". Registre-se que nenhum advogado apareceu, ou, se apareceu ajudando na defesa, tudo foi feito sob a assinatura do Dr. Fagundes, único oficialmente designado para o *munus*.

Após isso, foram os acusados devidamente cientificados das acusações que se lhes imputavam pelo escrivão da Comissão, que o fez em visita às fortalezas da Ilha das Cobras e da Conceição, nas prisões do Palácio do Vice-Rei, nas casas da ordem Terceira de São Francisco e nas Cadeias da Relação. O Dr. Fagundes presta o juramento em 31.10.1791 e na data de 23 de novembro apresenta a sua defesa. A partir de sua apresentação, na data de 24 de novembro de 1791, trabalha a Comissão Julgadora dando a público na data de 18 de abril de 1792, numa demonstração de que não foi fácil julgar, o acórdão que decidiu a sorte dos réus.

Cientificado da decisão, o Dr. Fagundes requer vista dos autos e formula seus *embargos* à decisão, apresentando-os em 20 de abril de 1792. Na mesma data os juízes da Alçada decidem que:

"Sem embargo dos embargos que não recebem por sua matéria, vistos os autos, cumpra-se a sentença embargada e a seu tempo se deferirá a declaração dos réus e respeito dos quais se há de suspender a execução e paguem as custas."[8]

Nova vista foi pedida pelo Dr. Fagundes para oferta dos *segundos embargos*, possível para réus condenados à morte. O conselheiro Chanceler da Comissão assinou o prazo de meia-hora (*sic*) ao defensor, que os apresentou no prazo determinado, que vale transcrever na íntegra:

"Por via de segundos embargos de restituição de presos, dizem os RR. que se acham condenados à morte, por esta e melhor via de direito. E.S.N.

P. e não se havendo ainda de todo fechado aos RR. a porta deste Augusto Tribunal, onde preside com a justiça, a piedade e comiseração dos delinqüentes, tornam os RR. prostrados com o peso dos ferros que os oprimem, rompendo os soluços com que os sufoca o temor da morte, a clamar pela piedade de sua Augusta Soberana.

P. e não é a última pena a que nos delitos só pode servir de castigo, para que deva supor-se que os RR. de um crime grave infame e execrando ficam impunidos quando o não padecem, pois que também a conservação da vida, quando se escapa da morte por semelhantes crimes, serve de maior castigo aos delinqüentes; porque se a lembrança de ver perdida para sempre a honra, a liberdade, a fazenda, a pátria, os parentes, a mulher e filhos tiver poder pela continuação e

(8) "Autos de Devassa da Inconfidência Mineira", *Imprensa Oficial*, vol. 7, p. 263.

estrago do tempo, e pelo hábito de diminuir alguma parte dos sentimentos humanos, eles se não poderão evitar ao contínuo remorso da culpa, e ao bicho roedor da consciência.

P. que a prova desta verdade nos subministram as Sagradas Letras, porque Deus para a cruelmente castigar a Caim não lhe quis tirar a vida pelo fratricídio, mas impôs-lhe a pena de o seguir sempre seu delito; *si male egeris statim in foribus peccatum, adest*; Gines, 4.7. *id ut peccatti paena.* vetabl. Mercer; e com efeito logo que Caim cometeu o assassínio, ouviu contra si a sentença mais dura que a própria morte. *Quid fecisti? Vox sanguinis fratris tui clamat ad me de terra. Nunc igitur maledictus eris super terram.*

P. que o atual temor e pejo são mais cruéis que a mesma morte; *crudelius est quam mori semper timere mortem. Aut fuit, aut vencit, nihil sete presentis in illa; mors que minus paena quam mora mortis habet.*

P. que o sincero arrependimento da ofensa, a humilde deprecação do perdão, e a protestação da emenda sempre foram os últimos desejos e objetos do castigo, e o maior sacrifício com que o delinqüente pode expiar o seu crime com satisfação da república, emenda dos costumes, e fruto grande das leis criminais; os RR. se acham penetrados de dor que lhes permitirá respirar muito tempo por verem a soberania ofendida, e em termos de purgarem em um sanguinolento e fúnebre patíbulo as suas maledicências; eles sentem mais que a morte o escândalo que têm causado aos mais vassalos, desejam dar provas do seu arrependimento, ainda mesmo nas mais duras prisões, e nos degredos mais pestilentos, onde a impureza do ar, a corrupção dos alimentos lhes façam viva guerra contra a conservação da pesada vida .

P. que o cárcere tem sido dilatado, a prisão rigorosa; eles têm sido úteis ao Estado, uns na lavoura, outros nas letras, e outros nas armas. Estão prontos para continuar no serviço de Sua Majestade, e do Estado, em qualquer parte para onde forem mandados, e de qualquer modo que se julgar, em comutação da pena última, e para assim o conseguirem, imploram a piedade de Sua Majestade, e deste respeitável Tribunal.

P. que nestes termos, e nos de direito, os presentes embargos se hão de receber, e julgar provados, para comutar-se a pena imposta aos RR. em um degredo perpétuo, onde justifique a sua emenda, que protestam neste Tribunal, recebendo-se para esse fim e julgando-se provados os presentes embargos por ser da matéria deles.

F.P.

P.R. e cump. de Just. omn mel.

Jur. mod. Prot. ur.

José de Oliveira Fagundes."[9]

(9) "Autos de Devassa da Inconfidência Mineira", *Imprensa Oficial*, vol. 7, p. 265.

De novo a Alçada, sem "embargo dos embargos que não recebem por sua matéria", determinou que se cumpra o acórdão embargado (20 de abril de 1792).[10]

No mesmo dia (20 de abril) juntou-se aos autos a Carta Régia de D. Maria I, que abriu oportunidade ao Alçada, ao seu alvedrio, de confirmar e comutar penas.

Em acórdão da mesma data, os juízes do Alçada confirmaram a pena imposta a Tiradentes e comutaram as demais penas, assim:

"Acordam em Relação os Juízes de Alçada etc. Em observância da carta da dita Senhora novamente junta, mandam que se execute inteiramente a pena da sentença no infame réu Joaquim José da Silva Xavier, por ser o único que na forma da dita carta se fez indigno da real piedade da mesma Senhora; quanto aos mais réus, a quem deve aproveitar a clemência real, hão por comutada, a pena de morte na de degredo perpétuo, o réu Francisco de Paula Freire de Andrada, para a Pedra de Ancoche, o réu José Álvares Maciel, para Massangano, o réu Inácio José de Alvarenga, para Dande, Luiz Vaz de Toledo, para Cambambe, o réu Francisco Antônio de Oliveira Lopes, para o presídio de Machimba, Salvador Carvalho do Amaral Gurgel, para Catala, o réu José de Resende Costa, pai, para Bissau, o réu José de Resende Costa Filho, para Cabo Verde, o réu Domingos Vidal de Barbosa, para a Ilha de São Tiago, ficando em tudo o mais a sentença em seu vigor, e se voltarem a este domínio da América se executará em qualquer que transgredir a ordem da dita Senhora a pena de morte que lhe tinha sido imposta e declaram que o degredo dos três réus José de Resende Costa, pai, José de Resende Costa Filho e Domingos Vidal de Barbosa será somente por tempo de dez anos, ficando em tudo o mais que se contém neste acórdão a respeito destes três réus em observância. Rio de Janeiro, 20 de abril de 1792.

Vas.los
Gomes ribr°
Cruz e Silva
Veiga
Figd°
Guerreiro
Montr°
Gaioso"[11]

No dia seguinte, 21 de abril de 1792, executava-se, por enforcamento, a sentença de morte a Tiradentes, que deveria ser "morte natural para sempre, e que separada a cabeça do corpo seja levada a Vila Rica, onde será conservada em poste alto junto ao lugar da habitação, até que o tempo a consuma; que seu corpo seja dividido em quartos, e pregados em iguais postes pela estrada de Minas, nos

(10) Ibid., vol. 7, p. 268.
(11) Ibid., vol. 7, p. 271.

lugares mais públicos, principalmente no de Varginha e Cebolas; que a casa da sua habitação seja arrasada e salgada, e no meio de suas ruínas levantado um padrão em que se conserve para a posteridade a memória de tão abominável réu e delito, e ficando infame para seus filhos e netos, lhe sejam confiscados seus bens para a Coroa e Câmara Real."[12]

A 24 de abril de 1792 foram os réus intimados da nova decisão, tendo o Dr. Fagundes oferecido no dia seguinte novos embargos, sendo as penas reduzidas.

De novo, segundos embargos são deduzidos, em 04 de maio de 1792, no prazo de vinte e quatro horas, objetivando alterar local do degredo.

Esses embargos foram oferecidos pelo próprio Tomás Gonzaga,[13] peça que prima pela força de argumentação, pela lógica e erudição. Isto em vinte e quatro horas. Os demais réus embargaram via Dr. Fagundes.[14]

Em acórdão, sem qualquer fundamentação, com a linguagem usual, decidiu-se:

"Sem embargo dos embargos, que não recebem por sua matéria, subsista o acórdão embargado (09 de maio de 1792)."

Finalmente, a Comissão, na data de 20 de outubro de 1792, confirmava a pena de morte imposta a Tiradentes e comutava, em degredo, a pena dos demais réus. O acórdão registrava:

"Mandam que se execute inteiramente a pena da sentença no infame réu Joaquim José da Silva Xavier, por ser o único que na forma da dita carta se fez indigno da real piedade da mesma Senhora; quanto aos demais réus, a quem deve aproveitar a clemência real, hão por comutada a pena de morte na de degredo perpétuo (...)."[15]

Em certidão lavrada em 21 de abril de 1792, dava conta o escrivão, Des. Francisco Luiz Alvares da Rocha, que se cumpriram fielmente as determinações da sentença.[16]

A defesa

A defesa foi patrocinada pelo Dr. José de Oliveira Fagundes, nascido no Rio de Janeiro e formado em leis em Coimbra. As suas alegações de defesa[17] iniciaram-se por considerações de ordem geral, buscando incitar os juízes a julgarem presos aos sentimentos de humanidade, "que são inseparáveis dos Supremos

(12) "Autos de Devassa da Inconfidência Mineira", *Imprensa Oficial*, vol. 7, p. 282.

(13) Ibid., vol. 7, p. 319.

(14) Ibid., vol. 7, p. 332.

(15) Ibid., vol. 7, p. 271.

(16) Ibid., vol. 7, p. 283.

(17) Ibid., vol. 7, p. 143-187.

Tribunais". De modo extremamente hábil, invoca o advogado dos Inconfidentes o critério elogiável dos monarcas, progenitores da Rainha, de não só estimular o direito de defesa, como louvar os juízes que "escusassem os delinqüentes".

Procurou a defesa, corretamente, situar as diversas situações em julgamento, alguns "totalmente escusos e inocentes", e de "menor gravidade o fato praticado por outros".

Penetrando no exame dos autos, suscita, desde logo, a tese principal de defesa, isto é, a da ausência de caracterização do crime que se lhes imputa, porquanto, embora reconheça que houve "criminosas e pérfidas conversações", disso não passaram, pois inexistiu o início de execução, já que nenhuma prova foi feita no sentido de demonstrar que se ultrapassou a fase criminosa de excesso de loquacidade, e entretenimento de quiméricas idéias, que se desvaneciam logo que cada um desses RR. se separavam, prova evidente de não haver deliberação de ânimo para a execução da confederação e levantes que se lhes formou o sumário.

Passa o defensor a particularizar a situação dos que "assistiram às criminosas conversações" e os que, delas tendo ciência, "as não delataram", o que importa na sua não punição, como doutrina entre outros Agídio Boss.

"*Scias quod lice per praedicta decreta Judex possi imponere poenam corporalem, tamem, illam nunquam vidi imponi ex sola unfone alio malo nom secuto.*"[18]

Em apoio à sua argumentação, cita o advogado, ainda, a lição de Farinacius, um dos mais ilustres praxistas.

"*Non habere Locum paenam criminis Laesae Majestatis, etiam quod congregation, sen conventicula si facta ad effectum faciendi seditionem in Civitate si seditio sequnta non fuit, nec aliquem actum fuit deventum.*"

Prossegue o defensor a sua difícil tarefa, insistindo em dois pontos importantes, ou seja, reconhecendo que houve as conversas que ele chama de "sacrílegas e danadas conversações", mas que delas não resultaram qualquer "preparo e disposição".

Buscando apoio na legislação comparada, o advogado sustentou que em casos idênticos, em que as conversações não mais significaram do que "maledicência, falta de modéstia, leviandade e insânia", na esteira do que reconheceram os Imperadores Teodósio, Arcádio e Honório, não era de se ajuizar qualquer culpa.

Forçava o defensor uma interpretação favorável aos seus defendidos, trazendo ao debate especialmente os critérios das leis romanas, que entendeu passíveis de aplicação, à falta de impedimento na Ordenação Filipina, especialmente a L. Única Cód. Siquis Imperatori Maledixerit, que obrigava a distinção, para tratamento penal diverso, entre um e outro caso,

"(...) quanto vai da palavra à obra, da potência ao ato, da cogitação à consumação, do ficto ao verdadeiro, do abstrato ao concreto; e ainda que o temário,

(18) Titulo de Crim. Laesse Magestat, 29, ibid.

turbulento e imodesto se faça digno de castigo, é contudo menos execrando o seu delito, e mais digno de piedade a sua insânia e libertinagem, como tudo se reconhece na Lei 7.ª, parágrafo 3.º, *Ad Legem Juliam Majestatis*", em trecho que cita.

Rematando as suas considerações gerais, o defensor, após reiterar a necessidade de distinguir a forma de participação dos pronunciados, intenta nova defesa, no plano geral, usando a técnica utilizada desde o início, assinalando que "nem todos juntos eram capazes, pelo seu ânimo, opulência e costumes, de conseguir que se executasse o que se conversava nos conventículos por leveza, insânia, loquacidade, sem a mais leve esperança e fundamento de o verem praticado".[19]

A estratégia empregada é perfeita. Não podendo negar o inegável, sob o ângulo factual, assente em conversas e conciliábulos, o grande advogado buscava desmerecer a sua idoneidade, dando-os como incapazes de ultrapassarem o plano do ato meramente preparatório para correr pelo plano inclinado da execução, conduncente ao pretendido resultado.

Após, assim, situar a questão – que ele tem como incapaz de configurar o grave crime que lhes é atribuído – por imposição do dever de defesa, em face das distintas posições dos seus defendidos, passa a examinar particularizadamente a posição de cada réu, no universo dos fatos havidos como ofensa à soberania portuguesa.

Reabre o Dr. Fagundes a sua peça, examinando a situação do principal conjurado, Alferes Joaquim José da Silva Xavier. Seu articulado, para os que não detêm alguns segredos da dialética posta a serviço do direito de defesa, poderia soar como algo profundamente ofensivo aos brios e pundonor daquele que, tendo plantado a primeira semente de liberdade no solo escravizado da pátria, se ergueu à condição indiscutível de herói nacional.

Ocorre que outra não poderia ser a estratégia, em um caso em que todos os indícios sugeriam, já pela demonstração em atitudes da Coroa e de seus representantes, haver um prejulgamento, senão a de esmaecer *au grand complet* a imagem do homem apontado como sendo o principal artífice do fracassado levante. Daí o desmerecê-lo, para o almejado objetivo, chamando-o de "loquaz, sem bens, sem reputação, sem crédito para poder – sublinhe-se o que se segue – sublevar tão grande número de vassalos quantos lhe seriam indispensáveis para o imaginário levante contra o Estado, e alto poder de sua Majestade, em uma Capitania de Minas Gerais, cercada de outras grandes e extensas povoações, cujos habitantes e vassalos se honram do nome português, e de serem legítimos descendentes dos que, na paz e na guerra, foram sempre fiéis executores das reais ordens".

Ao acentuar que a sua pregação se fazia em "quiméricas idéias que a sua libertinagem lhe subministrava" e que "(...) tudo o que ele cogitava e proferia a respeito do levante era um furor do entendimento", terminava o defensor dos

(19) "Autos de Devassa da Inconfidência Mineira", *Imprensa Oficial*, vol. 7, p. 148.

Inconfidentes por requerer em seu favor o que determinava a Lei 7, parágrafo 3.°, *Ad Legem Juliam Majestatis*, para o fim de "perdoar ao temerário como insano".

Do ponto de vista da técnica de defesa, nada mais apropriado e perfeito. O dever lhe impunha lançar mão de todos os argumentos válidos para tentar salvar da morte quem, ele certamente o sabia, estava, previamente, designado para morrer.

Assim, e demonstrando o seu talento, podia pôr-se em defesa dos demais réus, esforçando-se por contornar os problemas trazidos por posições que se conflitavam no tecido da prova.

Impecável, sob o aspecto formal e lógico, o arrazoado em favor do Ten. Cel. Francisco de Paula Freire de Andrade. Consentindo em que ele deveria ser julgado com severidade superior à dos demais, dado o posto que ocupava na Capitania de Minas Gerais (Comandante do Regimento de Cavalaria), traça o defensor em seu prol considerações que abalam o juízo de culpabilidade que, pela sua especial situação no quadro da Conjuração, contra ele se formou. Indo à prova dos autos, mostrou que nela "não se encontra uma só testemunha que jure haver o infeliz réu convidado para o imaginário levante um indivíduo dos muitos de que se compunha o regimento que comandava".

A propósito das conversas que teria ouvido e as atividades a que teria assistido, sobretudo as protagonizadas por Tiradentes (codinome que o defensor não usou, em nenhuma passagem de sua defesa), desmereceu-as, "porque as reputou ociosas, e que nunca por elas se seguiria prejuízo ao Estado", fazendo referência – enfatiza – à "impossibilidade de se poderem verificar em um país onde quase todos os vassalos que o habitam são legítimos portugueses, e descendentes dos que o vieram povoar a mandado pelo Senhor Rei, D. Manuel, e seus augustos sucessores, desde que se descobriu esta América".

Alude o defensor a um importante contra-indício em favor deste seu defendido, qual seja, o de que, fosse culpado, vendo desencadear-se o processo investigatório, não se ocultou, nem fugiu, "porque se não há remorso, o coração não teme, o que pelo contrário sucede no criminoso, a quem sempre acompanha o susto, enquanto lhe dura a vida".

E a temática posta em favor de Tiradentes, para demonstrar que ela era uma estratégia de defesa e não uma apreciação verdadeira do desvalor do mártir da Independência, foi repetida, registrando, quanto ao comandante, "ser ele frouxo e brando, e os bens que possuía tão diminutos quanto manifesta o seqüestro (...)", "(...) o que tudo concorre para ser compreendido no número daqueles RR. imodestos e ignorantes e insuficientes para a execução da leviandade e insânia, reconhecida na citada Lei Única".

A defesa de Inácio José de Alvarenga segue a mesma estratégia, via da minimização dos fatos que lhe foram imputados como inidôneos ao fim a que se propunham, dizendo quanto às conversas que assentiu em ouvir – sobretudo de Tiradentes – que o fez "só para mofar das idéias com que se entretinham os que as

promoviam, ridicularizando umas, satirizando outras, e fazendo-se por este modo, igual a inadvertidamente cúmplice sem ânimo de rebelião e de inconfidência".

Em seguida, registrando que o réu "não praticou ato algum dos que em direito se chama remoto, ou próximo ao delito", sustenta que "dos autos não consta de forma alguma que o réu fosse capaz de patrocinar a execução daquelas conversações e idéias suscitadas só pelo réu Joaquim José da Silva Xavier (...)".

Alternando argumentos jurídicos com outros de índole sentimental, fecha o Dr. Fagundes a sua peça de defesa em favor de Alvarenga, chamando a atenção para os filhos menores que possui, em número de 4, o mais velho com 12 anos de idade.

Na defesa de José Álvares Maciel vai fundo na prova, procurando invalidar depoimentos que o davam como importante partícipe da Conjuração, terminando por invocar, usando a mesma técnica de defesa posta em favor dos outros réus, a *Lex Julia Majestatis*.

Procede o advogado à defesa de Tomás Antônio Gonzaga, na mais longa alegação do processo. Herculano G. Mathias assinala que a defesa de Tomás Gonzaga foi, sem dúvida, feita por ele mesmo.[20] A forma redacional do documento, os ataques feitos à prova, a argumentação deduzida e o fecho do arrazoado não deixam dúvidas quanto à autoria de Gonzaga. Com efeito, a invocação da *Lex Julia Majestatis* e o apelo à piedade da Rainha são uma constante nos arrazoados de Fagundes, o que não ocorre no elaborado favor de Gonzaga.

Curiosamente, a defesa do Cap. Vicente Vieira da Mota e José Pires Aires Gomes leva o mesmo estilo da produzida em defesa de Gonzaga, pela argumentação deduzida e o seu fecho, podendo indiciar também a ajuda de Gonzaga na sua elaboração.

Não é necessário ir mais longe. O que se viu basta à demonstração de que não se fez uma defesa formal, apenas. Discute-se se terá sido válida a defesa, ou se terá sido mera peça de ornamentação, coonestando uma farsa, em um jogo de cartas marcadas. Se é certo que, antes da sentença, já os juízes da Comissão conheciam o teor da Carta Régia, que punha ao alvedrio dos seus integrantes a sorte dos acusados, impondo as penas que melhor lhe parecessem, não menos certo é que a defesa terá feito *refletir* para uma exata diferenciação das responsabilidades.

Impressiona profundamente a defesa articulada em favor dos Inconfidentes, conceituável como excelente, sobretudo se se verificarem as suas dificuldades, os conflitos que teve de contornar, a harmonia que procurou dar à quase impossibilidade de conciliação de posições, quando se percebe que a prova de sentença residia fundamentalmente nas informações dos próprios réus, que, em fogo cruzado, deram à Devassa os necessários elementos de prova, para assentamento do juízo de decisão.

(20) "Autos de Devassa da Inconfidência Mineira", *Imprensa Oficial*, vol. 7, p. 159.

A decisão

Visto o acórdão[21] sob o ângulo de sua tessitura lógico-probatória, pode-se conceituá-lo de adequado e perfeito. E não poderia ser de outro modo. Durante meses, homens de sólida formação jurídica, como deveriam ser magistrados portugueses a serviço da Coroa, trabalharam a peça decisória, cuja leitura ocupou o tempo de mais de duas horas de leitura.

Iniciou o acórdão por fixar-se no plano genérico do movimento conjurado, no qual alguns vassalos da Rainha, "animados do espírito de pérfida ambição, formaram um infame plano para se subtraírem da sujeição e obediência (...)", devidas à mesma Senhora, "pretendendo desmembrar e separar do Estado aquela capitania, para formarem uma república independente, por meio de uma formal rebelião (...)".

Em seguida, o acórdão passa a individualizar as responsabilidades de cada conjurado, descendo a Comissão julgadora ao exame das provas com a precisa indicação das folhas dos autos da Devassa.

O que se pode, numa visão moderna do que foi colhido, é criticar o peso que os julgadores deram a palavras e atos, que ao menos isoladamente não poderiam representar perigo às "instituições", como bem ponderou o advogado José de Oliveira Fagundes, incapaz, portanto, de realizar sequer o início de configuração do gravíssimo crime de Lesa Majestade.

Joaquim José da Silva Xavier, visto pela sentença como "chefe e cabeça da conjuração" e "o primeiro que suscitou as idéias da República", mereceu a mais extensa fundamentação condenatória, seguindo-se a destinada a Tomás Antônio Gonzaga. Explica o tratamento quase idêntico de um condenado à morte e outro condenado ao degredo não só a posição social de Gonzaga, Desembargador e Ouvidor, mas o fato de sua defesa, seguramente feita por ele próprio, ter exigido ao seu esboroamento enorme esforço intelectual dos Juízes do Alçada.

O certo é que Gonzaga, que o *decisum* considerou como "(...) geralmente reputado por chefe da conjuração, como o mais capaz de dirigi-la, e de se encarregar do estabelecimento da nova república", jogou a Comissão contra a parede, oferecendo cerrada argumentação, com o necessário travejamento probatório, à dura acusação que se lhe formulava. Curvou-se a Comissão julgadora à sua demonstração (quanto ao fato de não ser um dos chefes do levante), mas, afirma a sentença, "não pode o réu considerar-se livre de culpa pelos fortes indícios que contra ele resultam (...)". Fixou-se o juízo de decisão no fato de que, sendo o "lançamento da derrama", base para o levante "pelo descontentamento que supunham que causaria no povo, Gonzaga transformou-se em um acérrimo perseguidor do Intendente procurador da Fazenda, para que requeresse a dita derrama e parecendo-lhe talvez que não bastaria para inquietar o povo o lançamento pela

(21) "Autos de Devassa da Inconfidência Mineira", *Imprensa Oficial*, vol. 7, p. 198-253.

dívida de um ano, instava ao mesmo intendente para que a requeresse por toda a dívida dos anos atrasados".

Gonzaga, na sua impugnação à sentença, feita com altivez, assinalou que:

"Nunca persuadiu ao intendente que foi da Vila Rica, Francisco Gregório, a requerer semelhante derrama; e o que fez somente foi dizer-lhe que, se a derrama se lançasse, temia alguma desordem do povo."[22]

Isto está conforme à sua informação no auto de seu interrogatório.

Sobre o fundamental aspecto de que teria Gonzaga feito um comentário de que a suspensão da derrama teria feito perder a ocasião do levante, respondeu ele que, primeiro, o fato não constitui verdade e, segundo, ainda que fizesse "o comentário", seria normal que dissesse "que se tinha perdido a ocasião para um levante, sem ser sabedor do que se passava dele, guiado só pelas luzes da razão, e pelos conhecimentos que ministram as histórias".[23]

O exame da prova convence de que, se houve condenação injusta, ela seguramente alcançou a pessoa de Tomás Gonzaga, situado entre os condenados mais para escarmento dos letrados do que pela apuração de culpa.

Chamam atenção, pela força do raciocínio, duas deduções do *decisum* em oposição a sólidos argumentos em favor de alguns réus, a saber:

O primeiro, a frontalizar o argumento dos que disseram não terem denunciado a conspiração porque a julgaram débil e sem força para criar qualquer perigo ao Estado. Isto seria desculpável se o "perigo fosse próprio de cada um, que tem obrigação de cuidar da sua conservação e segurança (...) mas não quando o perigo é o do Estado, cuja conservação e segurança estão incumbidas às pessoas encarregadas do governo dele, a quem compete pesar o risco e providências sobre ele, e aos réus só competia delatá-lo".[24]

O segundo, habilmente posto na defesa dos Conjurados, de que se o movimento estava ajustado para o tempo da derrama, tendo sido esta suspensa, risco algum correu o Estado, pois estavam "desvanecidos os ajustes da conjuração".

Registra o acórdão que "nem os réus tinham certeza de que estivessem desvanecido esses ajustes, como com efeito não estavam, o que si mostra pelas diligências que os conjurados continuaram a fazer, nem ainda quando estivessem desvanecidos, livravam-se os réus de culpa, porque deviam delatar logo sem demora o que sabiam entre o ajuste da rebelião e a suspensão da derrama mediaram muitos dias, além do que a mesma suspensão foi já por efeito da denúncia que deu Joaquim Silvério dos Reis, que se guardasse o mesmo segredo como estes réus, executariam os conjurados o motim e levante por eles concertado".[25]

(22) "Autos de Devassa da Inconfidência Mineira", *Imprensa Oficial*, vol. 7, p. 321.

(23) Ibid., p. 324.

(24) Ibid., p. 234.

(25) Ibid., p. 325.

A decisão, individualizando a pena à luz da contribuição de cada um ao idealizado evento, sem considerações que avançariam ao plano pessoal, condenou à morte doze réus, ao degredo cinco réus, um ao açoite e ao degredo, dois ao exílio e um às Galés. Os demais, absolvidos. Posteriormente, tiveram comutadas as suas penas de morte para degredo, por tempos variados, baseados na Carta Régia, com exceção de Tiradentes.

O que se pode entender desta posição dos juízes é que se quis alcançar dois objetivos: infundir o terror da morte aos condenados à mesma, objetivando tirar deles, em definitivo, qualquer resquício de rebeldia institucional e mostrar ao súditos o espírito de clemência da Rainha. Isto porque, ao lavrar o acórdão, era a Comissão sabedora dos termos da Carta Régia.

A Devassa sob a ótica moderna

O processo da Inconfidência Mineira por óbvio não pode ser focado sob a ótica do direito moderno. Se o fosse, estaria *nulo*, pois ao menos seis graves irregularidades foram cometidas:

a) houve cerceamento do direito de defesa, pois a prova foi colhida sem a presença da defesa;

b) à evidência, os réus foram constrangidos a deporem, contra si e contra terceiros (relativamente a estes sob juramento);

c) não puderam arrolar testemunhas;

d) a defesa só foi oferecida depois de o processo estar pronto;

e) houve prejulgamento. As manifestações dos que iriam julgar assim como a definição de D. Maria I, a Rainha, considerando que haveria culpados, assinaram a sorte da maioria dos réus, antecipadamente;

f) houve conflito de defesa, portanto outra forma de cerceamento. Não poderia o Dr. Fagundes ter sido nomeado para patrocinar defesas conflitantes, como *ex gratia* a dos que mutuamente se acusavam.

À vista disso, poder-se-ia, em um exercício de imaginação, pensar-se em uma *revisão criminal* para restituir juridicamente a Tiradentes o seu *status dignitatis*, posto ao chão pela sentença. Mas isso torna-se desnecessário, posto que o "padrão" erguido como símbolo da infâmia transmudou-se em hermas e estátuas, a representarem a homenagem do povo ao seu herói.

Considerações finais

Acabada a leitura dos "Autos de Devassa", algumas idéias-força ocorrem necessariamente ao espírito do leitor, a saber:

a) o movimento conjurado não foi uma conversa de falastrões ou uma ideação de visionários irresponsáveis. Foi um movimento sério, e não é preciso muito

esforço dialético para demonstrá-lo. Basta dizer que ele provocou a vinda à colônia de desembargadores da metrópole, para integrarem o Tribunal de Alçada. Não é à toa que se fazem ao oceano, em viagem de meses, homens da posição dos que vieram d'além mar com suas famílias.

b) A defesa dos inconfidentes, sob o patrocínio do advogado José de Oliveira Fagundes, sem embargo dos vícios já apontados, sobretudo quanto à impossibilidade material de efetiva conciliação das defesas, foi hábil, talentosa e eficiente.

Nas circunstâncias em que trabalhou, sob a pressão do tempo, sem ter acompanhado o desenvolver do processo, sem condições de orientar as defesas, produziu articulados dignos de figurar nos registros dos grandes momentos da advocacia brasileira.

As críticas que lhe fazem de haver deixado mal o Tiradentes, ou se haver posto, de modo humilde, perante a Rainha, não têm razão de ser, dentro da estratégia do possível. O advogar é sempre um exercício da arte de realizar o razoável e o possível, pondo-se os profissionais de modo realístico e não idealístico diante das questões que lhes estão afetas. O Dr. Fagundes cumpriu exemplarmente a difícil missão que lhe jogaram sobre os ombros. Razão há Ricardo A. Malheiros Fiuza quando, concluindo excelente estudo sobre a Inconfidência Mineira, assinalou:

"Por tudo isso, vê-se que o Doutor José de Oliveira Fagundes, brasileiro, profissão advogado, exerceu com habilidade, inteligência, propriedade, ética e honestidade o difícil mandato que lhe fora outorgado pela Alçada Régia, merecendo, pois, um lugar de destaque na grande epopéia da Inconfidência Mineira."[26]

Seus articulados não sugerem uma participação sua como mero instrumento de ornamentação, a fim de adoçar a pílula amarga do julgamento e da condenação. Fagundes revelou-se conhecedor dos praxistas da Idade Média, citando-os em latim, adequadamente. Em Beccaria, embora não o cite, foi buscar inspiração para, corajosamente, sustentar doutrina até então esotérica de que "o rigor do suplício não é que previne os delitos com maior segurança, porém a certeza da punição, o zelo vigilante do juiz e essa severidade inalterável que somente é uma virtude do magistrado quando as leis são suaves".[27]

O rigor do castigo – di-lo Fagundes – não causa maior efeito no coração humano do que a duração da pena, porque o homem mais facilmente se move com o menor mal sendo reiterado, do que com o mais cruel sendo momentâneo.[28]

Lutou o advogado, sem esmorecimentos, pela salvação da vida e da liberdade dos conjurados, e o fez com coragem, dignidade e altivez. Nada menos do que oitenta e seis páginas foram escritas na defesa dos réus.

(26) "Inconfidência Mineira: a luta da defesa nos Autos da Devassa", *Revista da Amagis* 20/164.

(27) Beccaria, *Dos delitos e das penas*, Hemus, p. 56.

(28) "Autos de Devassa da Inconfidência Mineira", *Imprensa Oficial*, vol. 7, p. 256.

c) O principal artífice da Conjuração foi indiscutivelmente Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, apesar da tentativa de muitos historiadores de descaracterizar a sua imagem de herói e de mártir.

De todos os que andavam na cena de insurreição e do descontentamento, mais letrados e mais preparados (Tomás Gonzaga, Cláudio Manuel da Costa, Pe. Rolim etc.), indiscutivelmente quem tinha mais sensibilidade para perceber – e disso deu inúmeras demonstrações – a crueldade do jugo que se impunha aos brasileiros, talvez mais explorados pelos que detinham posições aqui do que d'além mar, era indiscutivelmente o Alferes Tiradentes. E o único modo de conscientizar pessoas, criando o clima da rebeldia, só podia ser por meio da pregação. Ele pregava entre pessoas que ele julgava ou amigos ou, como ele, também descontentes. Não era, portanto, uma pregação suicida, sendo o risco assim provavelmente calculado. O que talvez não contasse era com a traição, mais de que traição, com a ambição dos que denunciariam o movimento.

O principal agente da subversão não era um pau mandado, um menino de recado. Ele é quem se movimentava, quem lia, quem se deslocava à Capital para tramar. Ele foi visto no Rio de Janeiro, onde, aliás, foi preso. Tudo indica que queria mascarar a sua atividade francamente sediciosa, com as de reivindicante de solução para problemas pessoais. Submetido à Devassa, revelou a sua nenhuma loucura. A coragem de Tiradentes ressuma do próprio e natural ânimo de se escusar até quando possível. Não é o herói louco. O é de carne e osso. Não o ser acima das humanas possibilidades. A propósito, a minha visão do protomártir da Independência, colhida nos bancos escolares, e depois em conferências, cerimônias e em coisas semelhantes, era uma visão dourada, romanceada, em que eu não acreditava.

Após a leitura dos Autos de Devassa, pude formar a verdadeira imagem do homem normal, comum, com os seus defeitos e as suas virtudes, mesclando coragem e medo nas atitudes.

Esta visão faz a verdadeira identidade do herói, sem necessidade de ficções, grandioso enorme, quase inimaginável na cena em que se movimentou, em época de delações, de terror, vigendo uma legislação terrível, em que a quase tudo se punia com a morte.

A atitude heróica de Tiradentes entremostrou-se desde a fase dos seus interrogatórios. A revelação de fatos e nomes só ocorreu após a ciência dele de que vários outros conjurados já haviam confessado. Apesar de moralmente abalado, pois há vários meses incomunicável, inquirido fortemente, dias seguidos, o que se percebe foi o seu esforço hercúleo de não dizer nada mais do que estava apurado, deixando de revelar, ainda, fatos possivelmente indiciantes de inúmeras outras participações – o que levaria a engrossar o elenco de conjuradores. Diversos nomes foram trazidos ao seu conhecimento, a provocarem a sua informação, sabendo a Comissão de fatos que os incriminavam, mas a firmeza de Tiradentes em não denunciá-los deixou-os fora do processo. Daí por que ao assumir, ao final, a culpa por tudo nenhuma novidade oferecia, pois nos porões da Devassa já

ele assim se comportava. É difícil imaginar uma tal força moral, naquelas circunstâncias.

A propósito, tenho por certo que a confissão de Tiradentes o perdeu para a vida, mas salvou a vida dos demais. Se negasse, certamente outros seriam levados ao cadafalso. Esse homem, assim visto, cresce no quadro da historiografia da Inconfidência, por força da atividade que desenvolveu em favor da liberdade da Pátria. Tiradentes foi, sem dúvida, o primeiro semeador das idéias que pouco depois levariam o Brasil à Independência...

10. JURISPRUDÊNCIA

10.1

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

10.1.1

MOVIMENTO SOCIAL REIVINDICATÓRIO NÃO SE CONFUNDE COM QUADRILHA OU BANDO

DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR

QUADRILHA OU BANDO. Inocorrência. Invasão de propriedades rurais com a finalidade de pressionar as autoridades a dinamizar a reforma agrária. Ato que não configura o delito de esbulho possessório.

Ementa: A invasão de propriedades rurais com a finalidade, ou sob o pretexto, de pressionar as autoridades a dinamizar a reforma agrária não configura o delito de esbulho possessório, porque ausente o elemento subjetivo do tipo, sendo assim, não se pode alegar que da associação dos agentes naquele sentido caracterize o crime de quadrilha ou bando para a prática de delitos.

ApCrim 272.550-3/0 – 5.ª Câm. Crim. – TJSP – j. 26.10.2000 – rel. Des. Dante Busana.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCrim 272.550-3/0, da Comarca de Andradina, em que é apelante a Justiça Pública, sendo apelados Lourival Plácido de Paula ou Lourival Plácido da Silva, Renier Emmanuel Antonietta Gertrudis Parren ou Renier Emmanuel Antoinetta Gertrudis Parren, Élson Pereira da Costa, Sebastião Teixeira, Valdecir Alves de Miranda ou Valcenir Alves Miranda, Valdelino Prado, Geraldo José da Silva, Sílvio Tomaz dos Santos, Valdir Alves Meira ou Loro Alves Meira, Manoel Messias ou Manoel Messias Merquíades da Silva e Antonio Marcos de Siqueira ou Antonio Marcos Siaveira.

Acordam, em 5.ª Câm. Crim. do TJSP por votação unânime, negar provimento ao apelo.

1. Apela a Justiça Pública da r. sentença que absolveu Lourival Plácido de Paula, Renier Emmanuel Antonietta Gertrudis Parren, Élson Pereira da Costa, Sebastião Teixeira, Valdecir Alves de Miranda, Valdelino Prado, Geraldo José da Silva, Sílvio Tomaz dos Santos, Valdir Alves Meira, Manoel Messias e Antonio Marcos de Siqueira da acusação de haver infringido os arts. 288, par. ún., e 155, § 4.º, IV, c/c o art. 29, *caput*, todos do CP, postulando a integral procedência da denúncia.

Argumenta, em resumo, ser induvidosa a existência do chamado "Movimento dos Sem Terra-MST", cuja estratégia de invasão de propriedades rurais com a prática dos crimes de esbulho possessório, dano, furto etc. é por demais conhecida, de sorte a tipificar o crime de quadrilha ou bando, imputável a todos os réus, associados e mentores do movimento; no que tange ao delito de furto qualificado, o réu Antonio Marcos de Siqueira foi visto conduzindo as

reses depois abatidas, cuja carne acabou distribuída aos invasores, estando, assim, provada a autoria do crime, bem como o concurso dos demais acusados.

Contrariado o apelo, subiram os autos ao E. TACrim, que declinou de sua competência e determinou fossem remetidos a esta Corte.

A ilustrada Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento.

2. Pese o louvável esforço do Dr. Promotor de Justiça apelante, que recebeu o valioso apoio da Procuradoria de Justiça, a bem lançada sentença, da lavra do Juiz Dr. Antonio Conehero Júnior, merece confirmada por seus fundamentos.

2.1. Para a configuração do crime de quadrilha é indispensável a associação de mais de três pessoas "para o fim de cometer crimes", ou seja, "é preciso que o acordo verse sobre uma duradoura atuação em comum, no sentido da prática de crimes não precisamente individuados ou apenas ajustados quanto à espécie, que tanto pode ser única (ex. roubos) ou plúrima (exs. roubos, extorsões, homicídios) – (Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 1. ed., Forense, 1958, vol. IX, p. 178). Na precisa lição de Manzini, "qualquer outro fato de associação, *ainda que perigoso à ordem pública e ainda que ocorra para fim juridicamente ilícito ou imoral*, não constitui o delito em exame, mas pode configurar um delito diverso, se como tal expressamente previsto pela lei" (Vicenzo Manzini, *Tratatto Di Diritto Penale Italiano*, UTET, 1950, vol. VI, p. 170 – destaques da transcrição).

Ora, a prova não convence da associação dos réus para a prática dos delitos de esbulho possessório, furto e dano.

A invasão de propriedades rurais com a finalidade, ou sob o pretexto, de pressionar as autoridades a dinamizar a reforma agrária, expediente que tangencia a guerra revolucionária, perturba a ordem pública e importa em ilícito civil, mas não configura o delito de esbulho possessório, porque ausente o elemento subjetivo do tipo.

No mais completo comentário sobre o delito, ensina Magalhães Noronha que "o esbulho possessório definido nesse inciso" (o inc. II do § 1.º do art. 161 do CP) "não é o esbulho possessório do direito civil. Neste, para que haja esbulho é de rigor perca o possuidor a posse, dela seja desalojado. Mas à luz da lei penal, basta ser esse o fim do delinqüente: não é necessário perder de fato a vítima a posse do imóvel. É suficiente que essa perda da posse – o esbulho do direito civil – seja o fim, ou o propósito do agente. Não é também a turbação possessória do direito civil, conquanto no seu aspecto formal, a lei com ela se satisfaça" (Edgar Magalhães Noronha, *Código Penal brasileiro comentado*, vol. 5, "Crimes contra o patrimônio", Saraiva, 1948, 1.ª parte, p. 356).

Sem que haja o fim de esbulho, sem a ocupação *ut dominus*, sem "a intenção dirigida a um evento futuro posto além do conteúdo objetivo do delito" (Roberto Von Hippel, *Manuale Di Diritto Penale*, Jovene, 1936, nota 2 do trad. ital., p. 193), inexiste o crime do inc. II, § 1.º, do art. 161 do CP – "Não tendo o agente esse escopo" – retornamos à lição de Magalhães Noronha – "falta um dos elementos para que o delito se complete, conquanto em seu aspecto exterior seja ele perfeito" (op. cit., p. 378).

Insculpido para a tutela do patrimônio individual, o delito em estudo não abarca a conduta direcionada a turbar a posse como forma de contestar o direito de propriedade e quebrar a tranqüilidade das relações fundiárias, mas sem a finalidade do desapossamento da terra e constituição de posse própria em substituição à alheia. Se o fenômeno deve merecer tratamento penal – ao juiz não cabe indagá-lo – ao legislador cumpre criar os tipos necessários. Ao aplicador da lei penal é que não é dado desvirtuar-lhe o sentido e fazê-la alcançar fatos que transcendem o seu âmbito.

Focalizando expressamente a ação dos integrantes do "Movimento do Sem Terra"

à luz do delito de esbulho possessório, escrevem Celso, Roberto e Roberto Delmanto Júnior: "é nossa opinião que essa conduta não configura o crime do art. 161, § 1.º, II, constante do Capítulo III do Título II do CP, que trata dos crimes contra o patrimônio. Com efeito, inexiste o elemento subjetivo exigido pelo tipo, ou seja, a intenção de tomar a propriedade alheia, apropriando-se da terra. Nestes termos, não há confundir-se a turbação e o esbulho da posse, previstos no Código Civil (art. 499 e segs.), com o crime de esbulho possessório aqui tratado que exige o referido elemento subjetivo" (*Código Penal comentado*, 5. ed., Renovar, 2000, p. 339).

Se as invasões que os sem terra denominam eufemisticamente de "ocupações", não constituem o crime de esbulho possessório, impossível também falar em quadrilha ou bando tendo em vista os delitos de dano e furto.

Embora esses crimes possam ocorrer no curso das invasões (os pequenos danos descritos às f. estão ínsitos na turbação da posse segundo o *id quod plerumque accidit*), nada – absolutamente nada – permite afirmar que os réus se associaram para cometê-los. E o delito de quadrilha, já se disse, é a associação de três ou mais pessoas *para cometer crimes* e não a associação para outro fim, da qual resultem ou possam resultar crimes.

3. O abate de sete cabeças de gado bovino, que a denúncia tipificou como furto e não como dano, não pode, sem mais aquela, ser atribuído a todos os que promoveram, organizaram ou quiseram a invasão. Uma coisa é querer turbar a posse como forma de agitar o campo e contestar sua estrutura jurídica e outra bem diversa responder por todo e qualquer ato que os invasores (cerca de setecentas pessoas) venham a praticar, ainda que previsível. O furto é crime doloso e por ele só respondem os que quiseram a subtração.

No particular, irretocável a colocação da r. sentença apelada:

"Todavia, estes crimes não podem ser atribuídos genericamente àqueles que se encontram à frente dos movimentos populares pela reforma agrária. Nosso ordenamento jurídico não abriga a responsabilidade penal objetiva. Incumbe à acusação, diante da existência de um crime, demonstrar circunstanciadamente a autoria. Os dirigentes de 'um movimento popular não podem ser incriminados por delitos cometidos por integrantes do grupo senão quando provado que também concorreram para o crime, na qualidade de co-autores ou partícipes'."

Só Antonio de Freitas, administrador da propriedade invadida, assistiu ao abate dos animais, mas não foi capaz de identificar os autores, por estarem com os rostos ocultos por panos (f.), como, aliás, se vê das fotografias de f.

Devair José da Silva e José Martins Romeira viram – é certo – o réu Antonio Marcos de Siqueira e outras cinco pessoas conduzindo algumas reses na direção de fazenda vizinha (f.). Não souberam informar, porém, quantas cabeças eram conduzidas e se eram as mesmas que foram sacrificadas, o que parece pouco provável, pois o abate ocorreu na Fazenda Anhumas e não na propriedade lindeira.

A prova da autoria do furto é nenhuma no que tange aos demais réus e não autoriza, quanto a Devair, mais do que simples suspeita, insuficiente para lastrear a pretendida condenação.

Participaram do julgamento os Desembargadores Denser de Sá (presidente, sem voto), Celso Limongi (revisor, com declaração de voto) e Gomes de Amorim.

São Paulo, 26 de outubro de 2000 – DANTE BUSANA, Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR – O crime de quadrilha ou bando não está caracterizado na espécie.

O tipo penal exige que a associação tenha por finalidade o cometimento de cri-

mes e, na universalidade ou pluralidade de pessoas que compõem o Movimento Sem Terra, falta o elemento subjetivo do tipo, a vontade de associar-se para praticar delitos.

O esbulho possessório retira a disponibilidade física do bem. Os institutos de direito não devem conceituar-se diferentemente em cada ramo do direito. E o esbulho possessório, como é conceituado na doutrina do Direito Civil e do Processo Civil, significa a perda da posse, mesmo contra a vontade do possuidor.

O esbulho possessório, isto é, a perda da disponibilidade física do bem, caracteriza o tipo penal descrito no art. 161 do CP, o qual exige seja a invasão realizada "mediante violência a pessoa ou grave ameaça...".

O Movimento Sem Terra invade áreas improdutivas ou que, de acordo com o entendimento de seus integrantes, não estão cumprindo a função social de propriedade.

Em sua tese de livre-docência à USP, Maurício Ribeiro Lopes situa a Constituição como "instrumento mediatizador de um conceito de bem jurídico". Para Luiz Régis Prado, está na lei fundamental "o ponto jurídico-político de referência" para um "indispensável liame material entre o bem jurídico e os valores constitucionais". Ou seja, está rompido aquele debate interno, e qualquer investigação sobre conteúdo e limites do bem jurídico afetado pelo delito não pode ser desenvolvida sem vinculante consulta ao Direito Constitucional. Dessa forma, toda apreciação jurídico-penal das ocupações de terra precisa inicialmente perguntar à Constituição o que é o bem jurídico *propriedade*.

Em recente matéria publicada no *IBCCrim*, n. 95, de outubro de 2000, o penalista Nilo Batista analisou, com profundidade, o conceito constitucional de garantia da propriedade, nos seguintes termos:

"Se o jurista da Constituição Imperial de 1824 tinha que resignadamente incluir os escravos na propriedade garantida 'em toda a sua plenitude' pelo art. 179, XXII, seu descendente que hoje vê no mesmo inc. XXII, agora, porém do art. 5.°, a propriedade erigida à condição de direito público subjetivo deveria extrair, como primeira conclusão, que todos os brasileiros têm direito à propriedade; da generalização conaturada à condição de garantia individual deriva, portanto, a primeira limitação do conceito constitucional de propriedade. A situação exemplar em que um só brasileiro fosse proprietário de todas as terras integrantes do território nacional colidiria acintosamente com o dispositivo constitucional.

Trata a Constituição, em seguida – e a circunstância topológica de fazê-lo no inciso imediatamente subseqüente é relevante – de ressaltar que a propriedade deve atender a uma função social (art. 5.°, XXIII, CR). Tal função social, para a propriedade rural, vem prudente mas explicitamente definida: seu aproveitamento deve ser 'racional'; e deve ela favorecer 'o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores' (art. 186, I e IV, CR). O que importa, aqui, é constatar que a propriedade desprovida de tais características não corresponde à propriedade constitucionalmente garantida, o que pode ensejar sua negação máxima, a desapropriação (art. 5.°, XXIV, CR).

Além disso, cabe observar o privilegiado fomento da Constituição quanto à 'pequena propriedade rural familiar'; impenhorável pelos credores e com desenvolvimento financiado (art. 5.°, XXVI, CR). Tal fomento significa que este modelo da pequena propriedade rural familiar inscreve-se no horizonte da reforma agrária que o constituinte prometeu ao povo brasileiro."

De qualquer modo, o Movimento Sem Terra, como se percebe, invade imóveis rurais, mas sem esbulhar a posse: limita-se a perturbar a posse, sem retirar do possuidor a disponibilidade física do imóvel.

A perturbação da posse não caracteriza, de tal arte, o delito de esbulho possessório. E, em conseqüência, os integrantes do

Movimento Sem Terra não se associam para praticar crimes, já que perturbar a posse não é o mesmo que esbulhar a posse. Falta, pois, o elemento subjetivo do tipo descrito no art. 288 do CP, a vontade de associar-se para a prática de crimes.

Em suma, o Movimento Sem Terra não pratica esbulho possessório, nem seus integrantes se associaram para a prática dessa espécie de crime. E, pois, não se caracterizam os crimes de esbulho possessório e quadrilha.

Constitui-se, aliás, imperdoável erro científico analisar o Movimento Sem Terra pela ótica penal, ao invés de fazê-lo sob o enfoque social.

Eis, pois, as razões pelas quais acompanho o brilhante voto do eminente relator, Des. Dante Busana.

CELSO LIMONGI.

COMENTÁRIOS

Considerando a progressiva exclusão social que atinge vastas camadas da sociedade brasileira, a luta pela reforma agrária – com cem anos de atraso relativamente aos países do primeiro mundo[1] – se exaspera.

Protagonistas desta luta, membros de movimentos sociais, particularmente do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST, são apontados, na imprensa e em processos judiciais, como integrantes de movimento subversivo, atentatório à lei, à ordem, à democracia.

Tais apontamentos são precipitados, fruto de interpretações formais e arcaicas do direito, afinadas com ideologias tendentes a conservar desigualdades sociais, que negam o *vir-a-ser* que constitui a experiência jurídica ou, em outras palavras, subvertem o conteúdo transformador da realidade social que é uma das características do direito em nosso tempo.

O acórdão que ora se comenta traz contribuição importante para a compreensão técnica e política do assunto em pauta.

Revela que no TJSP ainda há juízes que não abdicaram de seu papel de julgar.

(1) A Lei de Terras dos EUA, que impedia a concentração da posse da terra, limitando-a a um máximo de 60 acres, é de 1862. Na mesma época, no Brasil, vigorava a Lei 601, de 18.09.1850, que consagrava, ao contrário, a grande propriedade (*Retrato do Brasil*, Ed. Política, 1984, vol. II, p. 490). O tráfico de escravos fora abolido duas semanas antes. A Lei 601 – que encerrou o regime jurídico das posses advindo do instituto das sesmarias e armou o país de um instrumental jurídico para a perfeita regularização do regime fundiário –, "talhada sob o figurino dos novos senhores do Império e mais tarde senhoras da República", os cafeicultores de São Paulo, elevou o preço das terras e criou "o instrumento básico de que careciam os latifundiários (...) para importar trabalhadores europeus em larga escala" (Alberto Passos Guimarães. *Quatro séculos de latifúndio*. Fulgor, 1964, p. 197, apud José Gomes da Silva. *A reforma agrária no Brasil*. Zahar, 1971. p. 108).

É importante que se destaque isto porque muitos juízes, hoje, lamentavelmente, têm se distanciado do ideal de justiça, realizando aplicação formal de leis em resposta a pleitos emocionais de cunho autoritário que emergem confusamente da sociedade e, sobretudo, da imprensa, que deu de "criminalizar" algumas condutas próprias de movimentos sociais e prejulgar outras, como se fosse juiz da causa e com base exclusiva em argumentos acusatórios.

Pois bem. No caso em foco, de ocupação de propriedade rural por membros do MST, acusados de infringir os arts. 288, par. ún., e 155, § 4.º, IV, ambos do CP, a questão foi bem analisada e dirimida.

O relator, Des. Dante Busana, fazendo uma análise técnica precisa da questão, concluiu que não se podia falar em crime de quadrilha porque a finalidade para a qual os réus estavam associados não era criminosa.

Afirmou, com apoio na doutrina de Magalhães Noronha e Von Hippel, que "a invasão de propriedades rurais com a finalidade, ou sob o pretexto, de pressionar as autoridades a dinamizar a reforma agrária, expediente que tangencia a guerra revolucionária, perturba a ordem pública e importa em ilícito civil, mas não configura o delito de esbulho possessório, porque ausente o elemento subjetivo do tipo".

E, por outro lado, que pequenos danos ocorridos no curso da ocupação, inclusive abate de cabeças de gado, não podem ser atribuídos a todos os componentes do grupo porque nosso ordenamento jurídico não abriga a responsabilidade penal objetiva.

O revisor, Des. Celso Limongi, acompanhando-o no resultado, foi além.

Partindo dos valores constitucionais e da adequada conceituação do bem jurídico *propriedade* no direito pátrio, concluiu que não se podia falar em formação de quadrilha ou bando porque "o Movimento Sem Terra não pratica esbulho possessório, nem seus integrantes se associam para a prática dessa espécie de crime".

Segundo ele, constitui "imperdoável erro científico analisar o Movimento Sem Terra pela ótica penal, ao invés de fazê-lo sob o enfoque social".

Efetivamente, a ocupação pacífica de áreas rurais que não cumprem sua função social, com a finalidade política declarada e clara de pressionar o governo a adotar políticas públicas tendentes à reforma agrária, não constitui crime.

Trata-se, ao contrário, de atividade que se ajusta ao direito.

Vejamos.

O Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, do qual o Brasil é signatário, prevê em seu art. 11 que:

"1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua em suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para

assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os Estados-partes no presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para:

a) melhorar os métodos de produção, conservação e de distribuição de gêneros alimentícios (...);

b) assegurar uma repartição eqüitativa dos recursos alimentícios (...)."[2]

Por outro lado, o Estado Brasileiro, recriado da luta contra a ditadura militar, tem como fundamentos, segundo o art. 1.º da CF: I – a soberania; II – a cidadania; III – a *dignidade da pessoa humana*; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

E o art. 3.º da Carta assenta os objetivos fundamentais da República: I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Conclui-se, de tudo, que o Brasil tem um "programa" a cumprir. Os agentes políticos do estado só podem desenvolver políticas voltadas para a consecução deste programa, que se completa com os demais dispositivos constitucionais garantidores de direitos fundamentais.

A população pode cobrar isto dos dirigentes até perante o Judiciário, mas, também, por meio de lutas políticas e sociais, como se dá no caso.

A função social da propriedade (art. 5.º, XXII, da CF) constitui um dos princípios que orientam a ordem econômica do País (art. 170 da CF). No caso da propriedade rural, a própria Constituição, em seu art. 186, dá o conceito de função social: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Assim é que a primeira objeção à denúncia que inaugurou a ação penal na qual foi prolatado o acórdão comentado está relacionada com a própria noção de

(2) Ratificado pelo Brasil em 24.01.1992, com *status* de norma constitucional por extensão, à vista do contido no art. 5.º, § 2.º, da CF.

Sobre o assunto, *vide*: Dyrceu A. D. Cintra Junior, "O Judiciário brasileiro em face dos Direitos Humanos", *Justiça e Democracia*, publicação oficial da Associação Juízes para a Democracia, n. 2, 1996, p. 10; Sylvia Steiner, "A universalidade dos Direitos Humanos", *RBCCrim* 10/44, abr.-jun. 1995; "Entrevista do Professor Antonio Augusto Cançado Trindade", *Justiça e Democracia* 1/7, 1996.

bem jurídico protegido pelo direito penal, aspecto este bem lembrado pelo Des. Celso Limongi em seu voto.

De fato, como observa Nilo Batista, com o apoio de doutrina de Francesco Palazzo, quer pela adoção do princípio da lesividade como um dos eixos do direito penal, quer pela progressiva constitucionalização das relações jurídicas, o bem jurídico deve ser "deduzido diretamente da Constituição".[3]

Ora, o bem jurídico *propriedade* só existe enquanto bem constitucionalmente garantido – um direito público subjetivo – se cumprir sua função social. Não a cumprindo, fica autorizada sua negação máxima, a desapropriação por interesse social, para fim de reforma agrária, nos termos do art. 184 da CF. Em tal situação – conclui Nilo Batista –, ela "não supre as exigências que a Constituição formula, e portanto não constitui o bem jurídico propriedade", o que "teria o efeito técnico de converter numa espécie de crime impossível (tentativa inidônea de esbulho possessório) toda ocupação de terras sob tais pressupostos".[4]

Mas não é só. Há um segundo aspecto, relacionado com a dogmática penal.

O tipo do art. 161, § 1.°, II, do CP (esbulho possessório para o qual teriam os réus se associado em quadrilha ou bando segundo a denúncia) exige não apenas o dolo, mas, também, o específico ânimo do agente de se apropriar do bem como se fosse seu. Exige, em suma, o *fim especial de agir* identificado com o desapossamento da vítima,[5] ou, segundo a doutrina tradicional, o *dolo específico*.[6]

A jurisprudência e a doutrina são concordes em que, não havendo fim de esbulho, a mera turbação, ainda que pela *invasão* de terreno alheio, não caracteriza crime.[7]

(3) Nilo Batista. "Ocupações do MST e propriedade", *Boletim do IBCCrim* 95/7, out. 2000. Sobre a necessidade de reconhecimento constitucional de um bem para que ele se torne um bem jurídico-penal, *vide*, também: Santiago Mir Puig. *El Derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, p. 163; José Miguel Zugaldia Espinar. *Fundamentos de Derecho Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993. p. 233-235; Luiz Regis Prado. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 1996. p. 69; Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: RT, 2000. p. 380.

(4) Nilo Batista, artigo citado.

(5) Celso Delmanto. *Código Penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Renovar, p. 288; Alberto Silva Franco et alii. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: RT, p. 2.087; Álvaro Mayrink da Costa, op. cit., t. II, p. 247.

(6) E. Magalhães Noronha, op. cit., p. 310.

(7) Celso Delmanto, op. cit., passim; Álvaro Mayrink da Costa, op. cit., t. II, p. 245; HC 117.648, TACrimSP, 5.ª Câm., rel. Juiz Silva Franco, j. 19.10.1982, *RT* 570/327; Queixa-crime 260.381, TACrimSP, rel. Juiz Wilson Castejón, j. 18.08.1981, *JUTACrim* 70/213; TACrimSP, Recurso, rel. Juiz Oliveira Costa, *RT* 547/351.

No caso, nem de invasão se trata. É incorreta a utilização do verbo *invadir*, coincidente com o núcleo do tipo do delito mencionado, para se referir às ações dos sem-terra, que melhor se identificam com o verbo *ocupar*.

Neste ponto, inaceitável a assertiva do desembargador relator no sentido de que chamar de *ocupações* o que seriam *invasões* de terras seria eufemismo.

Trata-se, sim, de situações nitidamente distintas, inclusive sob a angulação civil: uma é ilegal (*invasão*); outra, legal (*ocupação*).

Pelo mesmo motivo, tem-se por equivocada a posição do relator – certamente não compartilhada pelo revisor, que deu contornos mais abrangentes à decisão absolutória – de que a atividade do movimento social em exame, embora não configure crime, "perturba a ordem pública e importa em ilícito civil".

Ora, não se concebe considerar perturbadora da ordem pública uma atividade reivindicatória legal e constitucional. Pode ser perturbadora de governantes que não conseguem equacionar o problema fundiário ou de titulares de título de domínio que não imprimem função social às terras que detêm, não, porém, da *ordem pública* de um país democrático.

A intenção reiteradamente proclamada por grupos que ocupam terras que não cumprem sua função social é justamente pressionar o governo a desapropriá-las para fim de reforma agrária. Tudo é feito às claras, com aviso prévio, comunicação à imprensa e busca de apoio da população. Não poderia ser de outra forma, já que se trata exatamente de focar aquele pedaço de chão, apontando-o como enquadrável nos critérios legais permissivos da expropriação.

A prática se identifica com a tradição da desobediência civil,[8] a ser respeitada no regime democrático.

Ajusta-se ao ordenamento jurídico, sendo "expressão do direito de cidadania", como anteriormente proclamado em diversos votos pelo Min. Luís Vicente Cernicchiaro, no STJ.[9]

É claro que pode haver crime durante o ato de ocupação como pode haver crime em muitas situações da vida. Mas a ilicitude, aí, não estaria no ato coletivo e sim na ação individual de quem porventura desborde da finalidade manifesta do grupo que ocupa, protesta ou reivindica direitos.

Importa destacar, por fim, que o acórdão comentado, sobretudo pelo conteúdo do voto do Des. Celso Limongi, reitera uma lição que precisa ser divulgada mais e mais: é equivocado considerar *casos de polícia* – vendo ilegalidades sob a angulação da lei penal – conflitos informados pela questão agrária, não enfrentada pelas políticas públicas.

(8) José Carlos Garcia. *De sem-rosto a cidadão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 84.

(9) HC 5.574-SP, STJ, 6.ª T., julgado reproduzido por Roberto Delmanto Junior no artigo citado; HC 4.399-SP, STJ, 6.ª T., *DJU* 08.04.1996, em *Justiça e Democracia*, publicação oficial da Associação Juízes para a Democracia, n. 2, RT, 1996, p. 322.

10. JURISPRUDÊNCIA

10.1

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

10.1.2

O PRECONCEITO

RANULFO DE MELO FREIRE

TESTEMUNHA. Homossexual. Impossibilidade de restrições.

Ementa: A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor de engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merecer o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose de Costa Rica.

REsp 154.857/DF – 6.ª T. – STJ – j. 26.05.1998 – rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – *DJU* 26.10.1998.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da 6.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por maioria, conhecer do recurso, nos termos do voto do senhor ministro relator. Vencido o Sr. Min. Vicente Leal. Votaram com o senhor ministro relator os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Anselmo Santiago. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Min. William Patterson.

Brasília, 26 de maio de 1998 – ANSELMO SANTIAGO, Presidente – LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro* (relator): Recurso especial interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, inconformado com v. acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assim ementado:

"Recurso em sentido estrito. Homicídio qualificado. Indícios de autoria e materialidade. Pronúncia. Recursos. Pretendida despronúncia. Alegada falta de provas. Decisão que se louvou em único testemunho suspeito. Despronúncia. Recursos providos. Unânime. Não pode considerado indício o testemunho de pessoa declaradamente suspeita, com evidente interesse na condenação dos réus." (f.)

O recorrente alega negativa de vigência aos arts. 203 e 408 do CPP. Sustenta:

"O recorrente, ao contrário do v. aresto impugnado, sustenta a inadmissibilidade de tal procedimento, seja porque o dispositivo processual incidente (CPP, art. 408) requer apenas indícios de autoria, seja porque o anunciado 'desvio' ético e moral da testemunha e mesmo a intimidade desta com a vítima não conduziriam, automaticamente, à proibição do compromisso (CPP, art. 203), jamais impediriam o respectivo depoimento e não seriam, por si só, motivo de desprezo do quanto neste contido." (f.)

Contra-razões às f.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo provimento do recurso (f.).

Recurso especial admitido por força de provimento a agravo de instrumento (f.).

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro* (relator): A Constituição da República autoriza a produção de provas exaustivamente. Há apenas o obstáculo de obtidas por meio ilícito (Constituição, art. 5.°, LVI).

A história das provas orais evidencia evolução, inclusive no sentido de superar preconceitos com algumas espécies, de que é exemplo o depoimento testemunhal efetuado por certas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade (ao menos plena) a pessoas recebidas com restrição na sociedade. Exemplos: escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Esse período histórico projeta a época (ainda não totalmente superada) de o processo judicial ser expressão de classe social, econômica e política. Os romanos fizeram delituosa distinção entre patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor de engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. *Casa grande e senzala*, relativamente ao Brasil, na espécie, é leitura obrigatória.

Hoje, juridicamente, a distinção está sendo afastada. Todavia, mais no plano formal do que da efetiva isonomia material. A pouco e pouco, o acentuado desnível vai desaparecendo.

Os Direitos Humanos buscam afastar, quanto possível, as causas que a sociedade foi levada a distinguir pessoas, gerando a categoria de *excluídos* vale dizer, marginalizados. Em substância, têm como causa a condição econômica da pessoa. Daí, certos estilos de vida serem estigmatizados, com rejeição a indivíduos, embora, formalmente, outra seja a causa aparente. Assim, a mulher que se entrega *a tous les passant*, compõe categoria de pessoas rejeitadas socialmente. O mesmo comportamento, ou semelhante, em ambientes considerados socialmente elegantes, não recebe a mesma rejeição. Busca-se conciliação. Diga-se o mesmo de pessoas do sexo masculino; integrantes de ambientes humildes, são estigmatizados por qualificação grosseira e tantas portas se lhes fecham. O mesmo comportamento em salões elegantes, embora percebidos, não gera a mesma reação: finge-se não perceber e os comentários se fazem discretos.

O final do século XX precisa caracterizar-se como reação aos estereótipos que mantêm os excluídos em situação marginalizada.

Não faz sentido projetar, em nossas dias, tais estigmas.

O v. acórdão, é certo, fala em interesse da testemunha. Em se analisando, contudo, o texto sistematicamente, percebe-se, a reação, a causa imediata de rejeição ao depoimento foi a testemunha ser homossexual.

A propósito, reporto-me a trabalho escrito – *Homossexual testemunha* –, que integra a fundamentação do voto:

"O homossexual, porque homossexual, a 'garota de programa', porque garota de programa, assumem o risco da reação das normas de cultura. Cumpre, no entanto, não afastá-los da proteção da órbita jurídica quando se faz esforço para a isonomia não ser meramente formal. Cumpre realizá-la. Impossível deixar de conferir crédito a de-

poimento dessas pessoas pela opção de vida. Enquanto não incursionarem no âmbito do ilícito jurídico, são iguais a qualquer outra, cuja conduta segue (ou dá a entender seguir) os padrões aprovados pela sociedade.

A testemunha exerce importante papel no processo. É a pessoa que traz, de viva voz, a versão dos fatos. Reproduz, com fidelidade, o acontecimento, projeta, no presente, o que aconteceu no passado. Contribui de modo eficaz para evidenciar a *verdade real* cuja revelação, sem exagero, é o fim do processo. Somente assim, evitar-se-á injustiça de uma pessoa ser condenada (ou não ser) pela sua conduta e respectivas circunstâncias.

O homossexual tem o direito-dever de ser testemunha. E, o que é importante, ser ouvido. E mais. Sua palavra ser levada em conta como acontece com a pessoa cuja vida sexual se desenvolve conforme recomendações predominantes da sociedade. Somente uma causa se justifica para afastar uma pessoa como testemunha: evidenciar interesse no desfecho do processo; vale dizer, não se apresenta isenta, o que é essencial para orientar decisão justa.

O tema ganha expressão significativa com a Constituição de 1988; consagrou literalmente no art. 5.º: 'são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos'. Vale dizer, as demais são consentidas. Conseqüência lógica: devem ser ponderadas. Tenho como de duvidosa constitucionalidade dispor que a prova de tempo de serviço rural não possa ser feita apenas por testemunha; ainda – a exigência de não ser suficiente a prova testemunhal relativa a contrato de valor superior, conforme redação anterior do Código Civil. O 'bóia fria', por sua condição econômica, se vê compelido a sucumbir a todas exigências do patrão. Certamente, se pretender 'carteira assinada' não será aceito para trabalhar. Ele não tem como resistir às forças do empregador!

A Corte Constitucional italiana (14.03. 1980, *Rivista Penale*, 1980, p. 986) *Il nuovo Codice di Procedura Penale*, Piacenza, Editrice la Tribuna, 1991, p. 648-649, decidiu: 'La vigente legislazione processuale há soppresso ogni limite alla capacità giuridica ad essere testimone, sotituendovi il criterio della maggiore o minore creditibilità della persona chiamata a testimoniare'.

Essa conclusão, face à nossa Carta Política, precisa ser recepcionada por nossa jurisprudência.

O atual Código de Processo Penal português ao disciplinar a *prova testemunhal* descreve quem tem capacidade e dever de testemunhar. O art. 131.º, I, é categórico: qualquer pessoa que não se encontrar interdita por anomalia psíquica tem capacidade para ser testemunha e só pode recusar-se nos casos previstos na lei. A vedação só ocorre quando houver interesse de favorecer (ou prejudicar) uma das partes da relação processual.

O nosso Código de Processo Penal é explicito, no art. 202: Toda pessoa poderá ser testemunha. Em conseqüência, nenhuma restrição que não seja o interesse no desfecho do processo será idônea para impedir o depoimento e, o que é mais significativo, não levá-lo em conta.

O Pacto de San Jose de Costa Rica, ao tratar das Garantias Judiciais, é incisivo: 'Direito da defesa de perguntas às testemunhas presentes no tribunal e de solicitar o comparecimento, como testemunhas ou perito, de outras pessoas que possam esclarecer os fatos' (art. 8, *f*).

Requisito moderno, assim, para ser testemunha é a pessoa ter ciência dos fatos relevantes para o processo. Insista-se: a nacionalidade, naturalidade, religião, profissão, conduta moral são irrelevantes. Dessa forma, o homossexual não pode ser recusado como testemunha. E o seu depoimento tem o mesmo valor jurídico do heterossexual.

O Direito moderno precisa libertar-se de normas que traduzem, e tantas vezes não percebemos, restrições decorrentes de distinções sociais, ou de estereótipos decor-

rentes de diferenças impostas pela classe dominante. Tais classes determinam o modo de ser, de agir, de comportamento a outras classes sociais. A isto o Direito precisa reagir. Caso contrário, a isonomia tantas vezes repetida continuará a ser mera retórica. A magistratura, tenho sublinhado, precisa estar atenta a esses pormenores. Caso contrário, chancelará, fará coisa julgada, a imposição do homem contra o homem.

Os romanos faziam distinção entre patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor de engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. *Casa grande e senzala*, na espécie, é leitura obrigatória.

Os Direitos Humanos buscam afastar, quanto possível, as causas que a sociedade foi levada a distinguir pessoas, gerando a categoria de *excluídos* vale dizer, marginalizados.

O final do século XX precisa caracterizar-se como reação aos modelos que mantêm os excluídos em situação marginalizada. Não faz sentido projetar, em nossos dias, tais estigmas."

Conheço do recurso especial.

VOTO VENCIDO – *O Exmo. Sr. Min. Vicente Leal*: Estou de pleno acordo com a tese no seu contexto, mas como se trata de matéria penal, estamos decidindo o fato. É certo que o depoimento de uma pessoa de pouca qualificação moral não retira a sua validade. Todavia, trata-se de uma situação particular que me leva a prestigiar o acórdão. Em face desse estigma, não tem valia o testemunho como prova, seja, a relação de intimidade que tinha com a vítima. Se as testemunhas não podem prestar depoimento a favor de amigo íntimo ou de parente consangüíneo, porque esse testemunho é desvalioso, entendo que está situado o fato. O acórdão negou validade à prova testemunhal sob enfoque. Ora, tratava-se de um amigo íntimo da vítima, com quem mantinha convivência íntima, uma vida a dois, o que desmerece, por completo, a validade da prova testemunhal. E se já há uma certa cautela no que se chama de testemunha única, aí temos uma única testemunha, a relação de afetividade e de intimidade que mantinha com a vítima manifesta, certamente, um interesse no sentido de punir alguém que lhe era desafeto.

Peço vênia a S. Exa., embora no contexto do voto esteja de pleno acordo, entendo que aí o acórdão situou a matéria no campo da desvalia da prova testemunhal em razão da relação íntima entre a vítima e essa única testemunha.

Assim, não conheço do recurso.

VOTO VOGAL – *O Exmo. Sr. Min. Fernando Gonçalves*: Senhor presidente, se entendi bem, o réu e a vítima, não obstante homens, eram amantes. A testemunha era o quê?

O Exmo. Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (aparte): A testemunha era o companheiro, o amante da vítima (lê):

"Não posso considerar como indício o testemunho de uma pessoa declaradamente amoral, amiga íntima da vítima, com a qual vivia sob o mesmo teto."

O Exmo. Sr. Min. Vicente Leal (aparte): Essa única testemunha, em que se fundou o decreto de pronúncia, era amante da vítima.

O Exmo. Sr. Min. Fernando Gonçalves: E com isso, tinha interesse em incriminar o réu!

O Exmo. Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (aparte): Aqui, não diz haver interesse em incriminar.

O Exmo. Sr. Min. Vicente Leal (aparte): O juiz considerou, o Tribunal é que afastou.

O Exmo. Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro: O Tribunal entendeu que, sendo homossexual, seu valor como testemunha há de ser repelido. Mas diz o seguinte (lê):

"Como penso, não se deve aceitar compromisso de honra."

Nega até que seja prestado compromisso de testemunha.

O Exmo. Sr. Min. Fernando Gonçalves: Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, seria melhor deixar o júri verificar se a testemunha é idônea ou não, e qual a profundidade do seu depoimento.

Estou de acordo com V. Exa.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 6.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por maioria, conheceu do recurso, nos termos do voto do senhor ministro relator. Vencido o Sr. Min. Vicente Leal.

Votaram com o senhor ministro relator os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Anselmo Santiago.

Ausente, por motivo de licença, o Sr. Min. William Patterson.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 26 de maio de 1998.

COMENTÁRIOS

Este é desses processos em que se julga o réu, o juiz e quem se dê ao esporte aventuroso de comentar o julgamento.

Como se verá a tempo, o que está no banco dos réus é o preconceito. E este tem variada modalidade.

Não há melhor ilustração que invocar um episódio de barbárie que é objeto – hoje e ontem – de uma boa safra de análises.

A história era jejuna num plano diabólico semelhante ao que se convenciona chamar holocausto, seja a versão de Goldhagen (*Hitler's Willing Executioners*), seja a análise a que Peter Novick vem procedendo (*The Holocaust in American Life*) – relevem-me a sapiência fajuta, pois essas obras, "li-as" somente nos jornais (*Folha de São Paulo* de 12.05.1996 e 08.04.2001).

Mas não se trata de uma única insânia coletiva.

Para não ir longe, tome-se a escravidão negra no Brasil.

Pensar que pessoas normais (normais?), gente de missa e comunhão, padres que rezavam missa aceitavam a escravidão, ou melhor, usufruíam da escravidão!

Mas holocausto, escravidão não são a História. A História é a superação do preconceito em que eles se arrimam. Há que contar, porém, que há sucessos recidivos. E umas tantas de metástases. Bem por isso, não é difícil conceber que o país de Lincoln e Luther King houvesse gerado a Klu Klux Klan, uma súcia de encapuzados a imolar pessoas de outra cor. E que, na terra de Tiradentes, Castro Alves, meninos de boas famílias também se dêem a esse esporte: lançar fogo às vestes de pobres coitados que dormem na rua!

O preconceito racial é uma doença que dura a vida toda; os outros preconceitos dessa área (sexual, social), uns são desvios que a burrice acalenta, outros são azares emersos da cultura.

Uma gama de gente que sofreu pra burro o preconceito foi a prostituta. Eu, jovem, não entendia por que, em Passos, a mulher da vida só podia ir ao cinema na sessão das dez. Não havia proibição, mas era assim. Mulheres bem vestidas, beiços pintados, ruge e aquela sensação gostosa que deixava no ar a *água de cheiro*!

Pode ser por ser um retorno aos tempos dessoutra idade ou (quem sabe?) um halo daquela água de colônia que restou, na memória, como um perfume francês – tenho de espichar o fio da conversa.

O leitor – talvez – ainda não leu a *Barra do Poté*, de Oswaldo H. Gusmão.

Há um episódio que deixa a gente de cabelo em pé.

Um padre bandalho e carolas frustradas concebem o plano de incendiar as casas das pobres mulheres que os homens de "bem" fizeram prostitutas. O Major João Batista fora, a mulher, Don'Anna, resolveu sozinha: trouxe todas elas para casa. O marido veio e completou: dirigiu-se, de imediato, à Igreja, advertiu o Padre de que aquele plano não era obra de Deus. O Padre respondeu, ameaçando-o de excomunhão. E não lhe deu ouvidos. E o que viram o Padre e os seus, com suas tochas de fogo, quando chegaram às casas das mulheres? O Major postado em frente ao cabaré, a espingarda no colo, o revolver no coldre, a faca na bainha. Ainda não entenderam o recado; deram de avançar e assistiram a um espetáculo inédito: os rostos que eram vistos nas janelas das casas não eram bem os das mulheres que estavam acostumados a ver; e via-se, sem maior esforço, o cano das espingardas na mão dos camaradas do Major.

Enquanto aquela gentalha (Dona Bila, Padre Franco) fugia desmoralizada, uma mulher de bem e de bom nome dividia o café e o afeto com as prostitutas da cidade.

As coisas mudaram. Afortunadamente, as coisas mudaram. Mulher trabalhando fora, freqüentando escola, participando de política, a pílula: os valores mudaram. O sexo deixou de ser pecado; ficou mais fácil ir pro céu.

O sexo passou a ser conversa de salão: o Relatório Hite; sexólogas ocupando a televisão para explicarem, sem rodeios, o universo sexual; a expressão "fantasias sexuais" a compendiar o casuísmo que enriquecia a linguagem e talvez os hábitos femininos.

Ganhou a moral com a quebra do preconceito: os casais, *que eram casados*, continuaram casados; os outros, esses foram perdendo a inibição de freqüentar uma segunda cama; foram perdendo, também, a inibição de confessá-lo na imprensa *especializada*.

No caso específico da prostituição, encontrou-se, em "meninas de programa", a opção vocabular. Mas – graças a Deus – já não há mais clima para essas cruzadas dos Padres Francos, das Donas Bilas.

A novela de televisão saiu à frente. E serviu de mostrar o quanto havia de postiço na moral oficial. Em *Hilda Furacão*, por exemplo, não se feriu o casamento verdadeiro, o celibato sadio: os maridos que se mancomunavam com esposas histéricas para acabar com a zona de Belo Horizonte eram os que iam ali refestelar-se às escondidas; e não era religioso verdadeiro o padre de batina e tonsura que se prestou ao triste papel de açular os desordeiros contra as "mulheres do pecado". E a Capitu, de recente novela, não se encastelou na tarja dos "olhos de ressaca" da Capitu de Machado. Homens, mulheres, as chamadas famílias de bem, todos a sabiam uma "menina de programa". E ninguém lhe bateu a porta na cara.

O "pudor" havia mudado.

E foi bom.

Haverá menos doenças para tratar: moças de bem se casando virgens; moças de bem se casando, sem que o estivessem, mães solteiras orgulhosas do filho e ambos bem aceitos na sociedade.

Há, hoje, o risco de um novo preconceito: o viés autoritário que quer transformar em regra a opção de cada um.

Mas, o que se vê é claro: moças da roça, moças da cidade, moças da universidade, moças em geral – só uma impossível estatística dirá quantas estarão, na noite de núpcias, experimentando o sexo pela primeira vez.

Esse censo não tem a mais mínima importância. E não vamos cultivar essa imbecilidade, o preconceito de que casar virgem é caretice.

O preconceito de cariz sexual – na modalidade de ódio ao homossexual e que se expressa, até, no assassínio – é matéria, talvez, para a psicanálise.

O machismo aí – antípoda do comportamento masculino sadio – só se explica em termos de conflitos sexuais que não foram normalmente solucionados. O ódio ao homossexual pode ser a reação despropositada a desejos incubados (sodomia, às vezes). Mortes, aqui e ali, não são esporádicas (*Folha de São Paulo* de 15.02.2001), retratada, uma delas, e de modo feliz, na pena do Juiz Paulista Luís Fernando Camargo de Barros Vidal: "Dois homossexuais têm o direito de andar de mãos dadas nas ruas tanto quanto dois carecas com suas cabeças raspadas, roupas e bijuterias exóticas".

E chegamos, um pouco cansados, ao processo, cujo acórdão se comenta (rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

Há pouco que falar, porque o importante é o acórdão, a filosofia que ele esposa.

Alberto Silva Franco não cansa de nos ensinar que devemos ler a lei (e o mais que se lhe assemelha) pela gramática da Constituição.

É o que fez o acórdão, alimpando dos autos o ranço preconceituoso que teima em macular (em afronta ao item IV, art. 3.º, da CF) o testemunho de pessoas que a raça, ou o sexo, ou a cor, ou a idade, ou o *status* social ou o comportamento

sexual (caso da prostituta pobre, do homossexual pobre) não se quadrem com o estilo de vida da maioria das pessoas.

E trata-se de uma decisão unânime, em termos de filosofia: O ministro, que dissentiu, não o fez por menoscabo à palavra de um homossexual; votou vencido por entender que a relação de intimidade e de afetividade fazia suspeito o testemunho.

Numa linguagem de jurista, mas que não esconde o aporte que advém do trato com outras áreas das Ciências Sociais, o ministro relator definiu, precisou o papel da testemunha, afastando, com base na Constituição, as restrições que os privilégios sociais geraram ao longo do tempo: "Requisito moderno, assim, para ser testemunha é a pessoa ter ciência dos fatos relevantes para o processo. Insista-se: a nacionalidade, naturalidade, religião, profissão, conduta moral são irrelevantes. Dessa forma, o homossexual não pode ser recusado como testemunha. E o seu depoimento tem o mesmo valor jurídico do heterossexual".

É acórdão que engrandece o Judiciário por constituir um anátema aos que mentem à Constituição – quando não lêem por ela as leis que existiam antes dela e não conferem com ela a floração legislativa que enxameia a Imprensa Oficial.

O texto com que o relator encorpou o acórdão é coisa para ser levada às escolas, até porque o moço é gente melhor que nós para entender Ética, Democracia, Direito.