

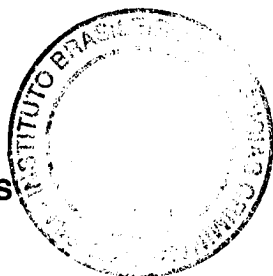
REVISTA BRASILEIRA DE **ciências criminais**

34

Ano 9 • abril-junho de 2001

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS



ISSN 1415-5400

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

Trimestral • Ano 9 • n. 34 • abril-junho de 2001

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

© Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua do Bosque, 820 • Caixa Postal 678

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

CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

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

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

***Diretor Responsável:* CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO**

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

Diagramação eletrônica e revisão: Microart Com. e Editoração Eletrônica Ltda. ME.
CNPJ 03.392.481/0001-16

Impressão: IBS - Indústria Brasileira de Software e Informática Ltda.
CNPJ 57.502.395/0006-52

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

A Diretoria do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais orgulha-se de fazer publicar o n. 34 da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, após mais de oito anos de trabalho ininterrupto, sempre voltado à divulgação do que há de mais atual na doutrina nacional e estrangeira e na jurisprudência dos tribunais brasileiros.

A reforma penal e processual penal, por sua importância e atualidade, continua a ser tema de destaque na Revista.

Após publicar os anteprojetos da reforma processual penal, no n. 33, a Revista traz, agora, o anteprojeto de reforma da Lei de Execução Penal apresentado, em janeiro deste ano, pela Comissão nomeada pelo Exmo. Ministro da Justiça; e, ainda, proposta de lei estadual, elaborada por grupo de juristas de renome nacional, disciplinadora do trabalho prisional no Estado do Rio de Janeiro.

No campo da reforma processual, a investigação criminal é assunto versado na doutrina nacional e internacional, dada a sua relevância, bem como ao destaque que tem merecido nas discussões envolvendo a atividade de investigação e de instrução preliminar no processo penal.

O leitor encontrará outros excelentes artigos nacionais e estrangeiros, que abordam diferentes aspectos sobre Direito penal; Criminologia; Infância e juventude, Direito penal especial, Sociologia jurídica, Direito processual penal, sem se falar nas tradicionais seções de Polícia e Direito, Antiguidades de direito criminal e Jurisprudência organizada e comentada, contendo acórdãos sempre recentes, sobre os mais variados temas atinentes às Ciências Criminais.

A diretoria da Revista não pode prescindir da colaboração da comunidade científica, daí por que congratula todos aqueles que contribuíram para a publicação deste número, possibilitando, assim, dar seqüência ao trabalho que vem desenvolvido pelo Instituto na divulgação de seus ideais, voltados, precipuamente, à existência de um Direito penal de cunho garantista e de intervenção mínima.

Conselho Diretivo da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	3
COLABORADORES	7
1. DOUTRINA INTERNACIONAL	
1.1 O fenómeno da globalização e o direito penal económico – JOSÉ DE FARIA COSTA	9
1.2 La instrucción del proceso penal en España y los derechos del imputado – JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER	26
2. DOUTRINA NACIONAL	
2.1 Crime de omissão de socorro: divergências interpretativas e observações críticas – JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS	45
2.2 A investigação criminal na reforma do Código de Processo Penal: agilidade e transparência – PETRÔNIO CALMON FILHO	63
2.3 A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ao direito brasileiro: a questão da prisão do depositário infiel – SILVANA SAMPAIO ARGUELHO	107
3. DIREITO PENAL ESPECIAL	
3.1 A atual política brasileira de drogas: os efeitos do processo eleitoral de 1998 – SALO DE CARVALHO	129
4. INFÂNCIA E JUVENTUDE	
4.1 Menores infractores-víctimas ante las Naciones Unidas y el Consejo de Europa – ANTONIO BERISTAIN	147
5. CRIMINOLOGIA	
5.1 La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “victimo-dogmática” – JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ	163
6. POLÍCIA E DIREITO	
6.1 Política Anti-Sequestro no Rio de Janeiro: 1995-1998 – CESAR CALDEIRA	195
7. PARECERES E TRABALHOS FORENSES	
7.1 Efeito devolutivo do recurso especial. Tipicidade e possibilidade jurídica. Teoria da asserção. Retorno do processo ao Tribunal <i>a quo</i> para julgamento do mérito – ADA PELLEGRINI GRINOVER	223
8. SOCIOLOGIA JURÍDICA	
8.1 As implicações do aprisionamento materno na vida dos(as) filhos(as) – CLAUDIA STELLA	237
9. ANTIGÜIDADE DE DIREITO CRIMINAL	
9.1 Ruy Barbosa, o júri e a responsabilidade penal dos juizes (O crime de hermenêutica). Em homenagem ao sesquicentenário de Ruy Barbosa – CÉSAR DE FARIA JÚNIOR	265

10. JURISPRUDÊNCIA**10.1 Jurisprudência comentada**

- 10.1.1 Maus antecedentes e elevação da pena – ADAUTO ALONSO S. SUANNES 285

- 10.2 Ementário de Jurisprudência – ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO 302**

11. LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

- 11.1 Anteprojeto de lei com vistas a reger o tratamento dispensado ao acusado preso em consonância com a Constituição da República, com o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos de Nova Iorque e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – ROBERTO DELMANTO JUNIOR 327
- 11.2 Anteprojeto de Lei que disciplina trabalho penitenciário no Estado do Rio de Janeiro – relator JUAREZ TAVARES 334
- 11.3 Projeto de lei que altera dispositivos da Lei 7.210, de 11.07.1984 que institui a Lei de Execução Penal 340

12. RESENHAS

- 12.1 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nueva formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos* – Resenha por RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA 363
- 12.2 GARAPON, Antonie. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. de Maria Luiza Carvalho – Resenha por DÉBORA ALVES MACIEL 365

- ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 369**

COLABORADORES

ADA PELLEGRINI GRINOVER

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

ADAUTO ALONSO S. SUANNES

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Advogado criminal em São Paulo. Diretor Consultivo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

ANTONIO BERISTAIN

Diretor do Instituto Vasco de Criminologia San Sebastián.

CESAR CALDEIRA

Mestre em Direito pela Yale University (EUA). Professor da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade do Rio de Janeiro (Uni-Rio) e da Universidade Candido Mendes-Ipanema (Ucam-Ipanema).

CÉSAR DE FARIA JÚNIOR

Advogado criminal. Professor de Direito Processual Penal na Universidade Federal da Bahia. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, ocupante da cadeira n. 4, cujo patrono é o imortal Ruy Barbosa.

CLAUDIA STELLA

Mestre em Psicologia Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Psicóloga. Consultora de projetos sociais.

DÉBORA ALVES MACIEL

Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutoranda em Sociologia pela FFCLH/USP. Professora da Escola de Sociologia e Política de São Paulo. Membro do Instituto de Estudos em Direito, Política e Sociedade.

FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

Advogado em São Paulo.

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Direito Penal. Diretor do Centro de Estudos Jurídicos e Formação Especializada da Generalitat de Catalunya.

JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS

Professor aposentado de Direito Penal da Universidade Federal de Santa Catarina.

JOSÉ DE FARIA COSTA

Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER

Catedrático de Direito Processual na Universidade "Jaime I" de Castellón (Espanha).

JUAREZ TAVARES

Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procurador Regional da República.

PETRÔNIO CALMON FILHO

Procurador de Justiça do Distrito Federal. Membro da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal.

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Advogado em São Paulo. Pós-graduando em Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

Advogado Criminal em São Paulo. Membro do Conselho Diretivo da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Mestre e Doutorando em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo.

SALO DE CARVALHO

Advogado. Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Penal na Graduação da Unisinos/RS e de Criminologia no Mestrando da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

SILVANA SAMPAIO ARGUELHO

Assessora da Des. Federal Suzana Camargo – TRF da 3.^a Reg. Mestranda em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo. Membro do Conselho Editorial do *Jornal do Direito*.

LEIA NA**REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais**

n. 35 • julho-setembro • 2001

- **Protagonismo de las victimas en la ejecución penal
(hacia un sistema penitenciario Europeo)**

Antonlo Berlstain

- **Sobre a fundamentação político-criminal
do sistema jurídico-penal**

Claus Roxln

- **La eficacia de la investigación penal en el Estado de Derecho**

José I. Cafferata Nores

- **Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória**

Maria Lúcia Karam

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1

O FENÓMENO DA GLOBALIZAÇÃO E O DIREITO PENAL ECONÓMICO*

JOSÉ DE FARIA COSTA

Resumo: O autor, de modo crítico, analisa a influência da globalização no direito penal, em especial no direito penal económico. Questiona a prevalência, em face da globalização, dos princípios de direito penal: legalidade e irretroatividade da lei penal. Indaga, também, qual o fundamento e qual a legitimidade de um direito e de um processo penal internacionais penais.

Palavras-chave: Globalização – Direito penal – Direito penal económico – Princípios fundamentais do direito penal – Territorialidade – Legalidade – Irretroatividade da lei penal – Lavagem de dinheiro – Processo penal internacional.

1. A chamada globalização¹ ou, de forma ainda mais correcta, a semi-globalização² constitui, hoje, o pano de fundo para tantas explicações, que deve ser regra de cautela elementar apreciá-la através de critérios apertadíssimos porquanto,

(*) Este estudo foi também elaborado com a explícita finalidade de fazer parte do livro em Homenagem ao Sr. Prof. Dr. Rogério Soares.

(1) Quando se fala em globalização, os primeiros segmentos da realidade que afloram ao nosso espírito prendem-se, indesmentivelmente, com o mercado financeiro e ainda com a informação. Não querendo fazer extrapolações desadequadas ou até não sustentadas em razões plausíveis consideramos, todavia, que o fundamento para a globalização ter aparecido, primeiramente, naquelas áreas se deve procurar em dois pontos essencialíssimos. Em primeiro lugar, a tecnologia (a informática) que permitiu, através de um *hardware* cada vez mais barato, que a informação circulasse em tempo real e se espalhasse em rede à qual potencialmente “todos” os cidadãos do mundo poderiam ter acesso. Em segundo lugar, a própria “natureza volátil” das matérias que se consideram. Na verdade, quer o mercado financeiro, quer a própria informação, sobretudo a veiculada pelos próprios meios de comunicação social, já eram, muito antes da chamada globalização, considerados como núcleos de matérias “voláteis”. Para uma aproximação inicial à chamada globalização nos domínios económicos veja-se a obra *Handbook on the Globalization of the World Economy* (edited by Amnon Levy-Livemore), Cheltenham: Edward Elgar, 1998, enquanto para o mundo da informação e comunicação é obra de referência BALLE, Francis, *Médias et Sociétés (De Gutenberg à internet)*, 8^e édition, Paris, Montchrestien, 1997.

(2) Esta correcção foi-nos sugerida – se bem que prendendo-se unicamente ao plano económico mas que consideramos poder estender-se também a todos os outros domínios – por Emilio Gerelli em agudíssimo estudo (GERELLI, Emilio, “Il fantasma della globalizzazione e la realtà. Dei sistemi tributari negli anni 2000”, *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1997, p. 451-4 s).

por muito importante e profundo que seja o fenómeno, em caso algum pode ele ser panaceia analítica e compreensiva para tudo, ou quase tudo, o que se passa, neste momento, no mundo e, por conseguinte, também no universo do direito penal. Há, sobretudo, que tentar perceber que, se uma tal fenomenalidade se antolha tão global e se espalha por todos os interstícios da realidade, seria, então, também verdade que se intrometeria na própria análise ou investigação que sobre ela se opera.³ De sorte que, se se não pode controlar o nível e os graus de intromissão e de múltipla interferência, parecerá que o rigor analítico está à partida absolutamente prejudicado. Digamo-lo por outras palavras: a nossa investigação, por mor daquele pecado original da globalidade, estaria sempre e necessariamente a ser levada a cabo dentro do paradigma da globalidade.⁴ O que, bom é de ver, nos acorrentaria à própria mundividência explicativa que, justamente, se quer estudar.⁵ Cremos, contudo, que, por mais global que seja a realidade em que vivemos, é possível, sem falsos formalismos ou estiolantes rupturas, detectar e determinar zonas ou áreas onde o particular possa ter lugar como *topos* argumentativo e analítico.⁶ Quer isto também

(3) Sobre os problemas epistemológicos aqui só aflorados – ou até menos que aflorados – é de considerar a posição de Samir Amin, sem, contudo, esquecer que os pressupostos donde parte este autor estejam longe, muito distantes mesmo, daqueles que consideramos como mais pertinentes em ordem a uma correcta apreciação do problema (AMIN, Samir, *Capitalism in the age of globalization*, London/New Jersey: Zed Books, 1997, p. 134 s).

(4) Não se pense que o que se acaba de dizer não tem razão de ser. Com efeito, se se conceberem os bens do espírito como bens, já não de uma natureza tendencialmente nacionais, mas antes se os virmos ou valorarmos como expressões de um bem, comum, global (transnacional), dúvidas não há de que se estará perante uma “produção” global do pensamento; BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización? (Falácias del globalismo, respuestas a la globalización)*, Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 1998, p. 45. Refira-se, a propósito, que a mobilidade dos bens espirituais, dos bens culturais – não enquanto expressões dos objectos propriamente ditos mas antes enquanto manifestações das ideias que sustentam a sua concreta realização – constituiu sempre um ponto referencial daquilo que apelidamos de civilização. Por isso há que ter alguma cautela e não pensar que só agora é que existe essa mesma mobilidade relativamente aos chamados bens culturais com o sentido que lhe demos. Pensar desse jeito seria cometer um erro palmar.

(5) Para o bem ou para o mal. Isto é: o que se quer evitar neste tipo de reflexão é a assunção de uma posição ideológica (que quer ter a característica da neutralidade científica) que passe, por exemplo, por afirmações como a seguinte: “I maintain that globalization via the market, is a reactionary utopia” [Defendo que a globalização através do mercado é uma utopia reaccionária], AMIN, Samir, op. cit., [n. 3], p. 5. A este propósito é interessante sublinhar dois aspectos. Primeiro, este tipo de proposição marcadamente ideológica – e que simultaneamente o não quer ser – em nada ajuda a perceber, correctamente, o fenómeno da globalização. Segundo, é difícil conceber em termos analíticos e lógicos uma utopia reaccionária. Efectivamente, se a utopia é a “realização” de uma ideia ou de um projecto *sem lugar* – logo inatingível – como se pode, então, classificar e colocar, desde logo, essa ideia ou projecto à “direita”? No lugar da direita. Manifesta *contradictio in adjecto*.

(6) Uma atitude crítica à aceitação, amiúde acrítica, do fenómeno da globalização – em consonância, pois, com o nosso ceticismo moderado – pode ver-se, ainda que essencialmente centrada nas áreas económicas, em HIRST, Paul/THOMPSON, Graeme, *Globalization in question*, Cambridge: Polity Press, 1996.

significar – agora naturalmente em sentido inverso – que não devemos menosprezar nem sequer desatender à própria ideia de globalidade na medida em que é, ela própria, o centro sobre o qual giram, em primeiríssima aproximação, as nossas preocupações e para o qual se dirige a nossa intencionalidade analítica. O que se pede e o que se exige, nesta circunstância, mais não é do que a manutenção e utilização de todo o *instrumentarium* que faz do pensamento um raciocínio de rigor. Finalmente, convém ainda tornar claro que a ideia de fundo que perpassa já por estas reflexões iniciais se pode detectar na seguinte proposição: se todo o comportamento, quer individual, quer colectivo, está inexoravelmente determinado pelo fenómeno da globalização, então, os comportamentos criminais, também eles não podem deixar de ser determinados por essa mesma realidade.⁷ Daí que o direito penal e, neste caso, o direito penal económico se tenham de confrontar com esse novo e vertiginoso dado.

2. Tentemos, no entanto, fazer uma primeira aproximação a uma noção de globalização a partir de instrumentos teóricos que se baseiem na análise e na definição. Fundamentalmente, poder-se-á dizer que a globalização se recorta como “mecanismo” social hiperdinâmico que torna globais os espaços económicos, culturais e informativos que antes se estruturavam, primordialmente, a um nível nacional. Logo, a pedra de toque desta abordagem inicial está na percepção diferenciadora de uma realidade que já não tem, definitivamente, a marca do Estado nacional. Não é que os fenómenos transnacionais fossem desconhecidos. A internacionalização dos mercados, da cultura e também da informação era uma realidade que fermentava e se constituía já como um insuperável segmento do tecido social. Sucede, porém, que, apesar de tudo, eram relações *inter nationes*. Era, digamo-lo de forma seca, o resultado de negociações ou projecções que partiam de países e chegavam a países. Ou, se se quiser – para se dizer de forma mais abstracta e com uma maior amplitude –, entre unidades sociais claramente recortadas e definidas em um certo tempo e um determinado espaço e que assentavam o seu sentido de perpetuidade em um território. O que hoje acontece é já coisa diversa. Esse de tipo de relações mudou radicalmente e apresenta-se, agora, como uma força – sustentada em uma comunicação que se opera em tempo real – que passa por cima dos países e que parece não ter lugar nem tempo.⁸ Ora, é este o ponto fulcral da presente problemáti-

⁽⁷⁾ Ideia de fundo que perpassa ou é mesmo ponto fulcral de tantos e tantos trabalhos de análise empírica – e não só – sobre esta presente problemática (cf. van DUYNE, Petrus C., “Organized crime markets in a turbulent Europe”, in: *Crime and political economy*, (edited by Ian Taylor), Dartmouth: Ashgate, p. 451 e s).

⁽⁸⁾ O caso mais paradigmático e impressionante prendeu-se, todos o sabem, a partir dos anos oitenta, com a designada globalização do mercado de valores mobiliários (a “bolsa”). Deu-se não só uma alteração da mentalidade, mas, sobretudo, operou-se a queda de vínculos normativos (“desregulação”). Contudo, tudo isso acontece, não por relação directa e imediata com aqueles dois fenómenos, que serão até mais efeito do que causa, mas porque se pode sustentar em uma tecnologia informativa que permite uma difusão global da informação e uma homogeneização das técnicas de investimento. Por isso, é, hoje, prática usual e comezinho trocar acções vinte e quatro sobre vinte e quatro horas sem limite de espaço ou de tempo.

ca. Vale por dizer: a globalização mais não é, nesta lógica das coisas, do que a expressão da expansão em rede e em tempo real de informação automatizada.

Pura e simplesmente o que é que aquilo que se acaba de perceber traz de diferente – e de diferença radical – ao nosso modo de ser colectivo? Por outras palavras: em que é que a comunidade politicamente organizada – o Estado⁹ – é influenciada? Em que é que ela se transforma? Quais as suas novas linhas de força? Quais as novas legitimidades que se podem perceber? Quais os traços que podem caracterizar essa nova realidade social? Eis um conjunto de perguntas fundamentais que viabilizam a procura de respostas adequadas à percepção de um modelo operatório para o direito penal e, muito particularmente, para o direito penal económico.

3. As interrogações formuladas, em momento imediatamente anterior, pretendiam ser, como se disse, o ponto de partida apropriado para uma maior densificação daquilo que se quer estudar. No entanto, é óbvio que esse estudo deve ser olhado não como objecto principal deste trabalho, mas antes como horizonte compreensivo crítico e integrador, dentro do qual emergem ou se reflectem as principais linhas do actual direito penal económico.

Assim, dentro deste quadro, urge perceber que, se a noção de Estado nacional entrou em crise,¹⁰ por tantos lados,¹¹ é, então, imperioso não nos esquecermos de

⁽⁹⁾ Uma apertada síntese, talvez demasiado apertada em nosso juízo, sobre o feixe de consequências que o fenómeno da globalidade acarretou para a própria noção de Estado pode ver-se em ANDERSON, Peter J., *Política global do poder, justiça e morte*, Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 103 s.

⁽¹⁰⁾ O modelo de Estado nacional de raiz democrática assentava e assenta ainda os seus fundamentos nos seguintes princípios: *participação, solidariedade, justiça e bom governo*. Ora, que saibamos, nenhum destes princípios parece, pelo menos por ora, irromper no horizonte ético-político da chamada globalização. Daí que se esteja em uma situação em que o Estado nacional já não é detentor, nem de longe nem de perto, das prerrogativas com que foi construído e pensado mas, por outro lado, não se vislumbram ainda os recortes nítidos de uma qualquer outra instituição que substitua ou faça as vezes do Estado. Por isso se fala, hoje, com razão, na óptica de que vivemos já em um tempo pós-Westphalia (ver HIRST, Paul/THOMPSON, Grahame, op. cit., [n. 6], p. 170 s). Como se sabe, os Tratados de Westphalia, concluídos em 1648, vieram pôr termo à Guerra dos Trinta Anos. É a partir deles que os chamados Estados ganham um estatuto de Estado nacional e se caracterizam pela liberdade de religião e ainda pelo direito de aliança com o estrangeiro. Ora, o reconhecimento, entre outras coisas, daquele direito de aliança mais não é do que a afirmação implícita do correspondente direito de não-ingerência. É óbvio que o rigor definitório com que apresentámos agora, quer o direito de aliança, quer o direito de não-ingerência nos assuntos internos do Estado nacional não surgiram com uma tal força logo a partir do momento da conclusão dos tratados aqui em análise. Tudo isso passou por uma prática e por uma sedimentação que só os séculos posteriores permitiram. No entanto, e foi o que se quis sublinhar, o embrião de uma tal forma de perceber o Estado nacional esteve ali.

⁽¹¹⁾ De forma sintética poder-se-á sustentar, sem quebra de rigor analítico, que a noção de Estado e as suas específicas funções de soberania entraram em crise não só por força de

que essa mesma crise se repercute, indesmentivelmente, sobre o próprio direito penal. Digamos as coisas de forma breve e salientando só pequenos apontamentos.

A resposta à criminalidade, desde a génese do “actual” Estado moderno, tem sido encabeçada unicamente pela própria estrutura e intencionalidade jurídico-política decorrentes, precisamente, desse mesmo Estado moderno. Sucede, porém, que a criminalidade económica – e só dessa agora curamos¹² – tem cada vez

circunstâncias exógenas mas também por mor de condições endógenas. Ou seja: por força de pressões internas e externas que, todavia, parecem todas confluir no sentido da desarticulação e desagregação do Estado, tal como o temos concebido até aos nossos dias. Assim, externamente é cada vez mais puxado para espaços políticos supranacionais (veja-se o que se passa, por exemplo, na União Europeia). Espaços políticos supranacionais muitíssimo mais vastos onde as decisões que se reflectem nos diferentes Estados nacionais são tomadas por estruturas ou órgãos de decisão de escassa legitimidade democrática e que, para além disso, se encontram afastadíssimos da realidade específica e concreta de cada País. É bem verdade que para combater esta voragem centrípeta das estruturas ou órgãos supranacionais se defende o princípio da subsidiaridade. Mas não é também menos verdade saber-se da pouca eficácia de um tal princípio em uma época de indefinição ou de indecisão como a que se vive. Depois, internamente, o Estado sofre o desgaste de todos os movimentos de regionalização e autonomia – o constante aumento dos chamados poderes sub-estaduais – que se têm acentuado ultimamente. Sofre, para além de tudo – sendo esta, talvez, a característica mais saliente de todo este processo –, a privatização de um conjunto de tarefas e funções que eram até então tidas como pilares sacrossantos do Estado. Pense-se, nomeadamente, na saúde, na educação, nas telecomunicações etc. E se a segurança interna e a defesa, chamemos-lhes nucleares, é ainda tarefa do Estado, já se vêem proliferar formas privadas de segurança e propugnar-se até, por exemplo, não a compra de material bélico mas antes a *efectivação* de contratos *leasing* sobre esse mesmo material bélico. O que tudo mostra, se necessário fosse, o acerto da posição analítica de todos os que sustentam e seguem o discurrir que se acabou de proceder.

⁽¹²⁾ É, todavia, importante ter presente que a criminalidade que se elevou a um estágio global, a maior parte das vezes, não nos aparece na limpidez de um só segmento de ilícito. Bem ao contrário. Tudo nos surge amalgamado. Vale por dizer: a criminalidade económica mistura-se com actuações de tráfico de droga e de armas, prostituição etc., não se sabendo qual a actividade que deva ser considerada como preponderante. O que se nota – e é esse um elemento comum que todos estão de acordo em sublinhar –, é que um tão desmesuradamente grande fluxo ilícito de capitais não pode subsistir se não tiver na retaguarda apoio no próprio sistema bancário (PASSAS, Nikos, “Structural sources of international crime: policy lessons from the BCCI affair”, in: *Crime and Political Economy* (edited by Ian Taylor), Dartmouth: Ashgate, 1998, p. 473 s). Para se ter uma ideia dos montantes que efectivamente acompanham estas actividades criminosas fixemo-nos, a título exemplificativo, tão-só no tráfico de drogas. Assim, um tal negócio movimenta, anualmente, 500 biliões de dólares com lucros iguais aos do tráfego de armas e maiores do que os que provêm do negócio do petróleo. Para além disso, a população dos Estados Unidos gasta mais em drogas, sua prevenção, reabilitação e educação do que com os gastos relativos à defesa nacional (PICKARD, Daniel, “When does crime become a threat to international peace and security?”, *Florida Journal of International Law*, 12 (1998), p. 13).

menos um espaço, um território nacional, onde se desenvolva e perpetre. Efectivamente, se até aos anos oitenta essa mesma criminalidade já tinha plúrimos territórios onde se desenvolvia, hoje, está, cada vez mais, em lugar nenhum. De sorte que, não obstante o efeito desvalioso se produzir, é certo, em um ou em vários territórios nacionais, é indiscutível que procurar ou destrinçar quem é quem, por exemplo, na cadeia de autoria se torna, não só tarefa labiríntica mas também atitude ou empenhamento, por banda da Polícia, Ministério Público e Juízes, que tem muito de exasperante síndrome de Sísifo. Neste sentido, poder-se-á dizer – utilizando propositadamente uma linguagem simplista mas que pretende ser impressiva – que o tipo de criminalidade com o qual nos temos que debater tem a qualidade ou característica de *não ter locus delicti*, pelo menos na interpretação clássica que a dogmática nos dá de local do crime.

Efectivamente, se pensarmos – atendo-nos a uma trágica ilustração dos nossos dias – nos biliões de dólares que provêm do tráfico de droga¹³ urge perceber que esse dinheiro tem de entrar no circuito normal, isto é, tem de ser lavado ou reciclado.¹⁴ Imaginemos, agora, uma rede de narcotraficantes. A droga tem de ser comprada, transportada e distribuída. Ora, durante todas essas fases, uma pluralidade quase infinita de crimes é praticada. É evidente que cada uma dessas infracções tem um lugar onde foi praticada mas a rede de narcotraficantes, *em si mesma*, verdadeiramente não tem lugar. É, pois, neste preciso sentido, que salientamos a qualidade da inexistência do local do delito. Repare-se ainda que o fenómeno ganha uma maior acuidade quando olhamos para o momento da distribuição. O que conta, o que é verdadeiramente importante, é, pode afirmar-se sem reboço, a distribuição de centenas de milhar de doses. Todavia, como se sabe, cada acto de distribuição, cada uma dessas condutas é que constitui uma infracção com tempo e lugar. Porém, fácil é de perceber que não é isso que é relevante. Não é isso que pode frenar o fenómeno da proliferação global da droga.

Ainda dentro desta problemática geral decorrente da actual crise do Estado cumpre salientar um outro ponto de particular relevância. É do conhecimento comum, mesmo para o mais incipiente dos juristas, que o direito – independentemente da concepção que dele tenhamos –, em uma percepção sociológica, actua sempre como resposta a solicitações problemáticas – isto é, de conflito – que o real verdadeiro ininterruptamente lhe põe. Actua, por conseguinte, sempre em um momento posterior ao problema. Há todo um processo de ponderação e de reflexão mesmo institucional que, pela própria natureza das coisas, se postula lento. Tudo isto sai ainda mais reforçado quando olhamos para a lei incriminadora. Aquela que constitui e deve continuar a constituir a pedra angular de todo o siste-

⁽¹³⁾ Veja-se o que se disse na nota 12.

⁽¹⁴⁾ Sobre o branqueamento de capitais veja-se o nosso estudo “El blanqueo de capitales (Algunas reflexiones a la luz del derecho penal y de la política criminal)”, in: *Hacia un derecho penal económico europeo: Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 655 s.

ma penal. Só através de uma lei penal incriminadora, legitimamente construída, temos um *tipo legal de crime*. O que implica, bem o sabemos, que só a partir da existência de um tipo legal de crime é que qualquer conduta pode ascender à discursividade penal. Só a partir desse momento genésico é que o ilícito penal se concretiza na sua refração mais funda de ilícito ético-socialmente desvalioso, isto é, de ilícito-típico penal. Acontece que todo este processo legiferante é também, ninguém o desconhece, lento, às vezes penosamente lento. A legitimidade originária – e bem – do *ius puniendi* está nos parlamentos democraticamente eleitos e as instituições parlamentares têm um nível de produção legislativa que se apresenta, não só demorado – devido aos diferentes momentos por que tem de passar a actividade legiferante para assim se não violarem as regras elementares de um procedimento democrático – mas também baixo. E se isto já era, por vezes, incompreendido ou mal percebido pela comunidade em geral, então, face a uma sociedade que cada vez mais valoriza o fazer, o movimento, a constante informação em tempo real,¹⁵ a lentidão das instituições democráticas entra em manifesta ruptura com a vertigem da exigência de respostas rápidas e eficientes – e, portanto, também respostas rápidas e eficientes contra a criminalidade – que a mundividência actual, um pouco frivolamente, erigiu como modelo de actuação quer do nosso modo-de-ser individual, quer do nosso modo-de-ser colectivo.

Ora, se as coisas se passam deste jeito mesmo dentro das chamadas comunidades nacionais – em que há uma tradição e um saber comum amalgamados por uma legítima identidade de desígnios e vontade nacionais de combate à criminalidade – que resposta podemos esperar da chamada comunidade internacional cujos mecanismos de decisão são, indiscutivelmente, bem mais demorados? Eis um dos pontos nevrálgicos deste reflectir sobre as questões de enquadramento, sendo certo que a primeira e legítima resposta àquela interrogação vai no sentido indesmentível de que as coisas ainda se passarão bem mais lentamente se as enquadrarmos no âmbito da chamada comunidade internacional. Repare-se que, aqui e agora, só nos referimos a um aspecto lateral – o que não significar menor importância – do combate à criminalidade. Vale por dizer: interrogamo-nos sobre a celeridade dos tempos de ataque ao fenómeno da criminalidade. É evidente que deixámos em aberto toda a questão central e essencial que é a da legitimidade. Problema esse que se estrutura em dois momentos essenciais intrínseca e reciprocamente implicados. Um que reside em saber a quem pertence a legitimidade para desencadear e conduzir todo o procedimento de luta para com a criminalidade.¹⁶ Outro cujo núcleo essencial está em encontrar a legitimidade que se centra na determinação e construção de todo o ordenamento

⁽¹⁵⁾ Para uma análise deste importantíssimo ponto de reflexão veja-se o nosso estudo “Os novos horizontes sobre os meios de comunicação social e a justiça (ou a vertigem de Hermes)”, in: FARIA COSTA, José de, *Direito penal da comunicação*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 121 s.

⁽¹⁶⁾ Este tem a ver com o procedimento, o modo de realizar a prossecução da justiça penal. Modo que tem também ele de ser democraticamente fundamentado.

penal.¹⁷ Por outras palavras, e pondo as coisas de uma forma acintosamente clara, perguntemo-nos: qual o órgão internacional – e com que legitimidade – que pode criar normas incriminadoras (internacionais)? Continuarão a ser princípios fundamentais e inarredáveis do direito penal os axiomas axiológicos da legalidade,¹⁸ da irretroactividade da lei penal e da ofensividade a bens jurídicos, para só enunciarmos alguns dos mais emblemáticos? De que maneira e segundo que critérios se podem organizar legitimamente os tribunais aplicadores de tais leis? Que polícias é que perseguem os crimes? Que Ministério Público ou órgão equivalente deduz acusação? Em suma: qual o fundamento e qual a legitimidade de um direito e de um processo internacionais penais? Este é o núcleo essencial do problema. Dele se não pode fugir se se quiser, com honestidade e clareza intelectuais, tentar solucionar muitas das actuais efémeras efervescências doutrinárias. Esse nódulo problemático é, por conseguinte, um ponto inarredável, não só para a correcta compreensão do problema mas também para uma sua eventual superação.

Todos temos consciência de que a realização de tal tarefa – isto é, a tarefa de se encontrar um fundo comum na comunidade internacional que permita chegar à efectivação da resposta adequada ou possível àquelas perguntas – se é certo que se não antolha provável em um horizonte temporal de médio prazo mais improvável se mostra, é evidente, no quadro da necessária resposta imediata. A história política, mesmo quando aparentemente anda muito depressa, na verdade move-se, ao fim e ao cabo, em cadência bem mais lenta e compassada.

Ora, a aceitação deste insofismável dado lança-nos para um complexo problema. Se, por um lado, se sente e pressente que o Estado nacional se esgaça e rompe e com ele e por ele se não consegue estancar o fenómeno crescente do aumento da criminalidade, por outro, sabe-se que a luta contra a criminalidade é uma constante de qualquer sociedade organizada por mais incipiente que se apresente. De sorte que o que se tem de encontrar é um precário ponto de equilíbrio que consiga, temporariamente, ligar as diferentes pontas da questão com que nos debatemos sem que se rompam ou violem, precisamente, aquele conjunto de valores axiomáticos que constituem a matriz de um direito penal civilizado e moderno. Tentar perceber o fenómeno da criminalidade transnacional, não como um qualquer bizarro fenómeno social, mas antes como uma decorrência da própria ideia de globalização. Perceber esse fenómeno, não como exaltação de uma visão conspirativa da

⁽¹⁷⁾ Este lado da legitimidade já não toca no seu sentido instrumental mas antes na definição sustentadora de todo o ordenamento jurídico-penal. Isto é: na sua substância mais íntima.

⁽¹⁸⁾ Uma refracção do princípio da legalidade pode detectar-se, entre tantos outros, no princípio da determinação dos elementos do tipo. Não deixa de ser interessante pressentir uma certa agitação doutrinária, no que a este aspecto se refere, no mundo do pensamento penal alemão (MÜLLER-DIETZ, Heinz, "Abschied vom Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht?", in: *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München: Beck, 1998, p. 179 e s). Esperemos que se não deslize perigosamente para interpretações menos consentâneas com um claro e firme princípio da segurança jurídica.

história da sociedade, mas antes como actuação racional¹⁹ de homens que agindo, se bem que no campo do ilícito penal, pretendem, sobretudo, captar o maior benefício ilícito que as novas possibilidades de um mercado global lhes propicia.

Neste sentido é de todo o interesse perceber a estrutura organizatória deste tipo de criminalidade transnacional e que muitos não deixam de caracterizar como *macro* ou *megacriminalidade*.²⁰ A teia criminosa que se tece para que se consiga um fluxo criminoso que possa desencadear lucros fabulosos não é uma programação artesanal mas antes um projecto racionalmente elaborado que passa, sobretudo, por três grupos, de certo modo independentes, mas que, é evidente, têm também pontes ou conexões entre si.

Fundamentalmente, os diferentes três grupos assumem-se funcionalmente da seguinte maneira: o grupo central ou nuclear tem como finalidade principal levar a cabo o aprovisionamento, o transporte e a distribuição dos bens ilegais. Ligam-se, aqui claramente, coacção e corrupção para expansão de poder e de lucro. Um outro grupo tem como propósito primordial servir de protecção institucional a toda a rede ou teia. É a tentativa de chamar à organização, de forma subtil ou directa, a política, a justiça e a economia, as quais, através do estatuto dos seus representantes, permitem criar bolsas ou espaços onde a actuação criminosa se torna possível. Finalmente, surge um terceiro grupo que tem como fim primeiro estabelecer a lavagem de todo o dinheiro ilegalmente conseguido. Operam-se, por conseguinte, ligações com instituições bancárias, com casinos e ainda com outras sociedades legalmente constituídas. É grupo que funciona como placa giratória entre o mundo criminoso e o normal e comum viver quotidiano.²¹ O que tudo demonstra a forma particularmente racional e elástica deste tipo de organização. Tão elástica e tão fluida que o facto de algumas vezes se destruir um grupo não quer de modo algum significar que toda a rede tenha sido afectada. Esta rede ou teia onde nos surgem três cabeças – também elas se assumem aqui com carácter mais de representação simbólica do que como pessoas reais e visíveis ou claramente identificáveis – tem muito – deixando de lado o carácter mitológico que aqui se torna bem patente – da capacidade de remoçamento da Hidra de Lerna.

(19) Esta tónica de que os crimes – sobretudo os praticados em uma escala de tendência globalizante – são perpetrados por pessoas que actuam, em termos estritamente racionais de custos/benefícios é salientada pela mais recente e importante pesquisa criminológica (van DUYNE, Petrus C., op. cit., [n. 7], p. 452). Na verdade, mais claro não podia ser van Duyne quando afirma: “a maior parte dos empreendedores [*sic*] criminosos não são os diabólicos génios criativos descritos pelos meios de comunicação social de massas mas antes homens, com grande mobilidade, que assumem riscos que respondem às oportunidades em mutação e à aplicação judicial da lei tendo em conta a própria variável do erro” (ibidem).

(20) SCHNEIDER, Hans Joachim, *Kriminalpolitik an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1998, p. 51 s.

(21) Esta tripartição organizatória fomos buscá-la em SCHNEIDER, Hans Joachim, op. cit., [n. 20], 53.

Por conseguinte, perceber as coisas deste jeito – isto é, admitir, sem transigências, que se está a lidar com tipo de criminalidade determinada por critérios de pura racionalidade de custos/benefícios (económicos) – é o primeiro passo para que outras formas de ataque à criminalidade se não imponham. Urge, por isso, que nos detenhamos, por breves momentos, no aprofundamento analítico dos actuais comportamentos criminosos que se assumem com um carácter ou tendência globalizante.

A primeira nota que importa sublinhar neste contexto é a de que justamente porque se está perante uma criminalidade desse tipo é que podemos contar, em certas circunstâncias, com uma actuação violentíssima porquanto, se este for o preço a pagar para que o “negócio” continue, evidente é que a fria racionalidade *calculatrix* impõe que aquelas actuações criminosas de violência se tenham de operar sem qualquer transigência moral ou ética. Por outras palavras: à determinação do lucro – com os riscos inerentes a este tipo de actividade – não se pode opor qualquer outra lógica. Longe vão, por conseguinte, os tão celebrados – sobretudo por uma visão romântica que algum cinema exaltou – “códigos de honra” que algumas organizações criminosas no seu seio estabeleciam. Contudo, não se pense, porque seria incorrecto – e o pior que pode acontecer ao investigador nestas matérias é deixar-se condicionar por pré-compreensões não subjectivas –, não se pense, dizíamos, que em certos momentos históricos esse tipo de código não existiu. O que se quis aqui salientar é que as próprias organizações criminosas se deixaram elas próprias, adaptando-se aos tempos, de se moverem dentro desses “códigos de conduta” e se assumem como autênticas empresas de alto risco cuja actividade fundamental é a prática organizada de actuações criminosas possibilitadora de lucros fabulosos. Neste sentido, aqui, a relação capital/lucro é quase infinitamente favorável no sentido do lucro. Isto é: ao investimento de um capital relativamente pequeno há a forte expectativa de um lucro fabulosamente alto. O que acontece é que hoje o investimento – devido a uma forte concentração de capital neste campo como em tantos outros – é também, logo ele, à partida, enorme, o que impõe a nascença de um ciclo infernal ou vicioso de produção de capital. Vale por dizer: grande capital que gera lucro incomensurável que, por seu turno, se afirma como capital incomensurável que vai determinar um lucro para o qual já nem sequer temos qualificação. E assim sucessivamente.

Ora, todos perceberão, perante a magnitude e as implicações do fenómeno, a preocupação dos Estados nacionais, dos elementos da sua massa crítica, da população em geral e ainda de todos aqueles que especificamente se preocupam de tais matérias enquanto seus cultores. Daí que se se não encontram formas eficazes, mas eivadas dos princípios fundamentais de um direito penal liberal-social, outras maneiras, outras atitudes, outros fundamentos serão excogitados e não faltarão argumentos para os legitimarem quando eles se afastarem mesmo daquilo que é tido pelo comum das pessoas como razoável. Esse outro modo de pensar o direito penal, bem o sabemos, surgirá com a maior das facilidades se nada fizer. E se isso acontecer – isto é, se aqueles que defendem um direito penal liberal-social nada fizerem – seguramente que a luta contra este tipo de criminalidade será levada a cabo por um direito penal que se pautará por princípios que estão muito

longe – é preciso afirmá-lo para que tudo fique claro – desse traço comum material que tem norteado um direito penal humanizado de raiz iluminística.

4. Assim, dentro da lógica prospectiva que se enunciou no momento anterior, urge trazer à discussão algumas eventuais linhas de força que permitam, com critérios de razoabilidade mas também de eficácia, uma luta capaz contra a criminalidade, contra a criminalidade económica, que este fim de século e de milénio nos coloca.

4.1 O primeiro ponto que gostaríamos de salientar é o de que, queiramo-lo ou não, o Estado nacional é ainda a pedra de toque essencial para um tal combate. Tentar esvaziar as funções do Estado sem haver uma sua alternativa válida é criar as condições mais do que propícias para que o desnorte e a ineficácia dominem a luta contra a criminalidade, a qual, como se sabe, é particularmente sensível e aproveitadora de vazios normativos ou de inibições ou incertezas no que toca à efectiva e real aplicação atempada da lei penal. Pressupor o que se acaba de afirmar não quer minimamente significar o não reconhecimento de muitas das actuais debilidades na conformação daquilo que deve ser essencial para a compreensão de uma correcta e adequada política criminal dentro dos próprios Estados nacionais. Pense-se, sobretudo – e agora falamos tendo unicamente como pano de fundo o caso português mas que, como se sabe, não é caso isolado na cena europeia, bem ao invés –, na importantíssima questão de saber qual deva ser o grande princípio reitor na prossecução da acção penal: princípio puro da legalidade, princípio da oportunidade ou a eventual criação de um princípio misto? É manifesto que esta salutar discussão pública – e salutar em termos democráticos e de aprofundamento da própria democracia material – possibilita alguma desatenção – talvez melhor, faz baixar momentaneamente as guardas avançadas da luta contra a criminalidade – no que toca à contínua e diuturna prossecução da acção penal. Todavia, assim o impõem os mais latos interesses de uma democracia participada, a passagem por esse momento de diálogo público, sobre a coisa pública que é, em definitivo, a política criminal, logo política no seu mais nobre e lúdimo sentido, não pode ser afastada.

4.2 Contudo, a aceitação e a defesa de que é ainda a partir do Estado nacional que se deve centrar a articulação da luta contra a criminalidade (económica) de entono global não implica, bom é de ver, que se não deixem de operar tarefas e de realizar projectos que passem por uma efectiva e real cooperação entre os Estados. Cooperação, por conseguinte, dos Estados entre si e destes com as organizações internacionais (v.g., ONU) que visam o combate à criminalidade (global). As formas da cooperação que aqui se pressupõem pode dizer-se que arrancam desde a cooperação no âmbito da troca de informações no que se refere à específica e pura actividade de controlo, de investigação e de prossecução da acção penal, passam por uma maior elasticidade dos mecanismos legais no que toca, seja à transferência dos arguidos de um Estado para outro Estado,²² seja à transferência

(22) Pressupondo, obviamente, que cada um desses Estados – isto é, qualquer dos Estados requisitantes –, quer pela sua jurisdição, quer pela sua lei penal seja efectivamente competente. Digamo-lo ainda de uma maneira mais simples e cortante: há que tornar o

do material probatório e terminam na possibilidade do reconhecimento, quase que *de plano*, das sentenças estrangeiras, bem como na mobilidade dos condenados entre os diferentes Estados. Por outras palavras: a cooperação tem de fazer-se, sem o mínimo de transigências, a montante do fenómeno criminal – aí actuam as polícias no seu sentido mais lato norteadas e estribadas por uma articulada e firme política criminal –, a meio – aqui a cooperação é já *intrajudicial*, opera-se no campo das próprias magistraturas – e a jusante – ou seja, um certo acompanhamento, um *follow-up* da situação, que vai dar retorno de informação ao primeiro momento, fechando-se, também aqui, o círculo. O que faz desta estratégia – que não pode deixar de ser de geometria variável – um modo de perceber as coisas também ele global. Mas que nunca por nunca se pode sequer conceber como minimamente fechado. É, por consequência, nesta óptica uma globalidade circunstancial daquilo que se pode considerar um subsistema.

4.3 Bem mais difícil é encontrar questões ou pontos doutrinários que permitam uma luta mais eficiente e dogmaticamente consequente contra este tipo de criminalidade. Pensamos, todavia, que uma reflexão aprofundada em torno de duas ou três específicas matérias pode trazer alguma clarificação a esses precisos campos normativos. Vejamo-las.

4.3.1 Fácil é de perceber que a criminalidade económica, quando levada a cabo dentro de um espaço económico global, tem o seu primeiro ponto de contacto com a dogmática penal²³ – vale por dizer: a primeira matéria a ser chamada a debate – através da aplicação da lei penal no espaço.

O princípio da territorialidade constitui, dentro da nossa actual civilização jurídico-cultural, a pedra de toque de toda a problemática da aplicação da lei penal no espaço. Bem sabemos que este axioma é integrado por outros princípios – v.g., defesa dos interesses nacionais, do pavilhão, da nacionalidade, do princípio da aplicação universal – o que permite que, mesmo quando não possa funcionar o princípio da territorialidade, a lei penal nacional se aplique, desde que se verifique um conjunto de circunstâncias consagrado explicitamente pelo legislador. Aumenta-se, assim, de uma maneira particularmente interessante o âmbito da lei penal nacional. Respondendo, também deste modo, a duas atitudes essenciais que se devem ter nesta área: a) punir ou expulsar (*punire aut dedere*); e b) evitar a todo o custo que uma infracção fique sem punição.

Dentro da lógica que se acaba de enunciar é nossa convicção que se deveriam aumentar os casos em que funcione a cláusula complementar que se sustenta no princípio da aplicação universal. O código penal português – como aliás tantos

regime da extradição muito mais flexível, sobretudo, por exemplo, dentro do espaço da União Europeia.

(23) No raciocínio que se acaba de fazer dá-se por adquirido que o comportamento que se analisa apresenta fortes indícios da prática de uma infracção. Isto é: essa conduta preenche, em princípio, um tipo legal de crime.

outros – baseia a aplicação deste princípio complementar ou adjuvante do princípio da territorialidade na ideia força de que as infracções que a ele são chamadas devem pertencer todas ao próprio Código Penal. Ora, julgamos que as coisas se não têm de passar desta maneira. Nada há, em verdadeiro rigor, que impeça que sejam também consideradas infracções que integram o princípio da aplicação universal todas aquelas que o legislador julgue, em bom rigor, merecerem essa dignidade e que, todavia, pertençam ao direito penal acessório, ao direito penal secundário.²⁴

4.4 Um outro segmento potenciador da maior eficácia punitiva no que se refere a este tipo de criminalidade económica, sobretudo quando ele assume uma tendência tentacular globalizante, liga-se já não ao direito penal substantivo mas antes ao direito penal processual. E dentro deste, para sermos ainda mais precisos e directos, no âmbito do chamado direito probatório. O que se tem vindo a afirmar, se bem que de forma larvar e pouco convincente, é que, no que toca precisamente à criminalidade económica ou à criminalidade altamente organizada, deve o legislador permitir que se inverta o ónus da prova. Vale por dizer: seria o arguido que deveria ter o ónus de provar a proveniência dos bens, a proveniência do capital, e não, para o dizermos de maneira simplificada, a acusação. Olhemos, por conseguinte, primeiro para este problema.

4.4.1 Uma das múltiplas conquistas que ficámos a dever à Revolução Francesa foi a consagração da presunção de inocência, proclamando o art. 9.º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão que “Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi”. E os reflexos práticos deste singelo enunciado são, na verdade, incomensuráveis: valendo, de facto, uma presunção de culpa no processo inquisitório tipicamente medieval – com reflexos, por exemplo, na quase inexistência de garantias de defesa e no valor atribuído à tortura como forma privilegiada de obtenção da confissão de culpa –, o que se operou por força da presunção de inocência foi uma transformação profunda não só da conformação mas da própria compreensão do processo penal.

A partir desta tónica, pode afirmar-se que um dos mais importantes corolários da presunção de inocência se traduz na inexistência, no processo criminal, de uma repartição do ónus da prova semelhante à que vale no processo civil. Neste

⁽²⁴⁾ Não vamos, por evidente, fazer, neste contexto, qualquer tipo de tentativa de distinção entre o direito penal clássico e o direito penal secundário tanto mais quanto é certo que se há matéria que a doutrina portuguesa tenha, desde sempre, tratado *ex professo*, esta é seguramente uma delas. O que queremos é só salientar brevemente que a fronteira, seja através de um critério quantitativo, seja por meio de um critério qualitativo, entre as duas áreas da incriminação é extraordinariamente ténue. O que reforça a bondade da ideia que se lança em texto. Ou seja: não há uma razão material que afaste a possibilidade de se convocarem normas do direito penal secundário para fazerem parte do princípio da aplicação universal. Alargando-se, desse jeito, o princípio da territorialidade.

processo, a dúvida sobre determinado facto converte-se na decisão contra a parte a quem a sua prova interessava – assim, quem pretender valer-se de um direito terá de provar os seus factos constitutivos; caberá à parte contrária a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do mesmo. Sucede, porém, que, enquanto no processo civil temos uma lide onde se confrontam adversários com iguais armas, no processo penal – estamos a ter em mente exclusivamente o processo penal continental e não o de raiz anglo-saxónica – não há essa simetria. Efectivamente, o órgão que acusa, o Ministério Público, não é substancialmente “parte” do processo, o que implica, por conseguinte, que o que verdadeiramente conte seja a realização da justiça.

Não podendo, portanto, ser uma situação de dúvida resolvida pela consideração de que o facto terá de se dar como provado contra a parte a quem interessava, como sair, então, deste impasse? Em processo penal, e ainda – pelo menos em parte – por decorrência da presunção de inocência, qualquer situação de dúvida sobre a situação de facto terá de ser resolvida a favor da defesa. Vale, pois, o princípio *in dubio pro reo*.

O qual, diga-se, é ainda imposto pela existência de um poder-dever de investigação a cargo das autoridades judiciárias: assim, estando elas obrigadas a carrear para o processo, para além das contribuições da acusação e da defesa, o material probatório necessário ao seu bom esclarecimento em sede de produção de uma decisão justa, a ineficácia com que cumpram esta obrigação não poderá desfavorecer o arguido.

O que até aqui se disse leva-nos a avançar com a ideia de que, em rigor, nem sequer é possível analisar uma hipotética inversão do ónus da prova em matéria de branqueamento de capitais provenientes do tráfico de estupefacientes. Pela simples razão de que, não existindo repartição do ónus probatório, é impensável promover a sua inversão. Qualquer resposta de conteúdo diverso apresentar-se-nos-ia como inevitavelmente violadora quer do *in dubio pro reo* quer da presunção de inocência. E, nem seria necessário afirmá-lo, inconstitucional por violação do n. 2 do art. 32.º da CRP.

4.4.2 Ainda a um tal propósito há quem propugne uma outra forma, talvez dogmaticamente mais consistente, de resolver o problema. Passaria ela por considerar a proveniência dos bens como questão prejudicial não penal. Olhemos esta via com um pouco mais de atenção.

As questões prejudiciais não penais caracterizam-se por três diferentes notas: a) são de resolução prévia relativamente à questão principal; b) têm um objecto autónomo, distinto do daquela questão, pelo que poderiam ser apreciadas num processo específico; c) o seu conhecimento é indispensável para que, posteriormente, se possa decidir a questão principal. Ora, tais questões suscitam, de imediato, um problema: deverão elas ser conhecidas no processo penal, ou serão melhor resolvidas se forem remetidas ao Tribunal em princípio competente em razão da matéria?

A *tese da devolução obrigatória* sustenta que há uma adequação funcional de cada Tribunal relativamente às matérias que cabem na sua esfera de competências – o que, em termos muito simples, equivale a afirmar que, existindo alguma especialização judicial, ela reverterá num melhor conhecimento pelos juizes dos problemas com que mais habitualmente contactam. Para além de que, acrescenta-se, assim se evitarão as decisões transitadas em julgado de sinal contrário, que sempre poderiam existir se no processo penal se decidisse uma questão de forma oposta à determinada no Tribunal especificamente competente.

Já a *tese do conhecimento obrigatório* invoca como vantagens as desvantagens que aponta à concepção que anteriormente resumimos. Por sobretudo, acusa a devolução obrigatória de prejudicar a concentração processual, acarretando enormes perdas em termos de celeridade e eficácia. Ao que acresce uma crítica que se nos afigura fundamental: remetendo a questão para o tribunal especificamente competente, nenhuma garantia se terá de que as regras adoptadas na busca da verdade se assemelham às prescritas pelo direito processual penal; no processo civil, por exemplo, o papel passivo desempenhado pelo juiz fará recair toda a responsabilidade probatória sobre as partes, o que poderá estar na origem de uma verdade puramente formal.

Esta última é a solução adoptada, actualmente, pela maioria dos sistemas processuais penais, embora com o limite inerente ao respeito pelo caso julgado produzido pelo Tribunal competente em razão da matéria.

Também entre nós se consagra a regra – embora sujeita a algumas limitações – do conhecimento da questão prejudicial não penal no processo criminal. O princípio da suficiência decorre, aliás, do n. 1 do art. 7.º CPP, segundo o qual “o processo penal é promovido independentemente de qualquer outro e nele se resolvem todas as questões que interessem à decisão da causa”.

No entanto, o legislador considerou conveniente deixar ao Tribunal a possibilidade excepcional de, tendo em conta as especificidades do caso concreto, suspender o processo para que a questão prejudicial seja apreciada no Tribunal competente. Esta suspensão está, porém, condicionada à verificação de vários requisitos: a) a impossibilidade da conveniente decisão da questão no processo penal; b) o não prejuízo da realização de urgentes diligências probatórias; c) para evitar a utilização desta possibilidade como expediente dilatatório, a suspensão não poderá prolongar-se por mais de um ano e, por outro lado, o Tribunal criminal decidirá também da questão se a acção não tiver sido proposta no prazo de um mês.

Daqui resulta, pois, a possibilidade de devolução de uma questão prejudicial não penal ao Tribunal competente, onde valerão os seus próprios princípios de apreciação da prova. E existindo, nomeadamente no processo civil, uma repartição do ónus da prova nos termos que já referenciámos, sem grandes dificuldades se poderia considerar caber ao réu a obrigação de provar a proveniência lícita dos seus bens.

No entanto, eis que nos deparamos com uma interrogação fundamental: constituirá, na realidade, o problema da proveniência lícita ou ilícita dos bens uma questão prejudicial não penal, susceptível, portanto, de ser remetida para outro Tribunal, considerado competente em razão da matéria?

A incriminação do branqueamento de capitais – e só dessa falamos porquanto é a incriminação mais visível no domínio do chamado direito penal económico destes finais de milénio –, no domínio da droga, resulta, olhando agora para o direito português, do art. 23.º do DL 15/93, de 22.01, um exemplo de neocriminalização – que radica em disposições da Convenção da ONU de 1988, depois retomadas pela Convenção do Conselho da Europa e pela Directiva das Comunidades Europeias 91/308/CEE, de 28.06.1991. Na construção da norma, que nos abtemos aqui de reproduzir, o legislador optou por uma descrição exaustiva das várias condutas ilícitas, numa tentativa de não deixar qualquer fresta ou interstícios na malha incriminatória.

Em uma perfunctória análise da norma, tendemos a concordar com a afirmação de que “para que se verifique o crime aqui tipificado, é necessário: a) a prévia perpetração de um crime de tráfico previsto nos arts. 21.º, 22.º (...) ou 25.º; b) o conhecimento pelo ‘branqueador’ dos aspectos essenciais dessa actividade delituosa preliminar, ainda que de forma não detalhada; c) a participação nos actos previstos em, pelo menos, uma das alíneas do n. 1”.²⁵

Na verdade, de uma mera leitura do art. 23.º, n. 1 do DL 15/93 decorre, pois, de forma inequívoca, que, para existir branqueamento, não basta que a proveniência dos bens se revista de uma das várias formas de ilicitude que o ordenamento jurídico conhece; a proveniência dos bens ou produtos só será ilícita se radicar na prática, sob qualquer forma de comparticipação, de um crime de tráfico de estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou precursores.

Assim sendo, como nos parece indubitável, a prática de um crime de tráfico, gerador dos bens ou produtos depois “branqueados”, nunca se traduzirá numa questão prejudicial de natureza não penal: é, por essência, uma questão de natureza criminal que, por isso, só no processo penal poderá ser decidida.

A análise desenvolvida leva-nos, pois, a concluir que a proveniência lícita dos bens não só não poderá constituir um ónus probatório para o arguido no processo penal – sob pena de estarmos a violar a garantia constitucional da presunção de inocência –, como só nesse processo – e nunca no processo civil – deverá ser apreciada. E isto porque a proveniência dos bens só será ilícita – à luz do artigo em análise²⁶ – se eles resultarem de um crime de tráfico. No entanto, temos para nós que esta é uma pista de reflexão que não deve, sem mais, ser abandonada.

(25) LOURENÇO MARTINS, *Droga e direito*, Aequitas/Editorial Notícias, 1994, p.136.

(26) É evidente que este é um argumento intra-sistemático, pouco vale quando olhamos as coisas em uma óptica *de lege ferenda*.

4.5 Uma derradeira observação. Uma observação de fundo no que toca a toda esta problemática. Temos para nós que se não deve ser demasiado rígido na definição dos modelos dogmáticos. Cremos, com isto, tornar claro que nada há que impeça, nos sistemas democráticos – mesmo naqueles de forte tradição do princípio da legalidade na prossecução da acção penal –, que se aceite, com maior ou menor intensidade, o princípio da oportunidade. Tudo está em construir um sistema articulado onde a legitimidade da decisão de oportunidade não possa ser utilizada – ou onde haja tão-só um risco mínimo, negligenciável, da sua utilização – para fins político-partidários. Passa, também por aqui, muita da legítima eficácia com que se pode lutar contra a criminalidade económica altamente organizada (global).

4.6 Assim, e de um jeito conclusivo, porque sabemos que os métodos – isto é, a sua enorme capacidade de adaptação racionalmente conduzida – deste tipo de criminalidade estão sujeitos a progressos velocíssimos que ao Estado nacional sancionador caberá desvendar e perceber também ele de forma racional e não emotiva – vale por dizer: sem eco perturbador de *slogans* –, poderemos, isso sim, complementar a estratégia penal com outras formas de combate que passem, sobretudo, por exemplo, por uma maior transparência do sector financeiro. O qual, para se preservar a si próprio, terá de participar, sem autoflagelações que levem a fugas inestancáveis de capital, neste combate ao branqueamento do chamado “dinheiro sujo”.

O que não podemos, sob pena de destruímos os alicerces últimos em que radica a legitimidade da intervenção penal, é passar por cima de princípios tão fundantes como a presunção de inocência e todos aqueles que atrás se referiram. E, por isso, como já defendíamos em 1992,²⁷ nem a necessidade de combater a criminalidade grave ou gravíssima pode “potenciar a subversão de alguns princípios fundamentais do direito penal comum europeu. E se não deve fomentar, muito menos deve fazer crer que só através da subversão se consegue algum êxito na luta contra este tipo de criminalidade. Aquele êxito passa, em nosso juízo, também pelo envolvimento de outras instâncias (sociais, culturais, económicas e estaduais), de modo a que se consiga, isso sim, subverter a própria ‘cultura da corrupção’. De qualquer maneira, uma exacta e correcta delimitação dos elementos do tipo e a rejeição de presunções na determinação da culpa são ideias que a metáfora da pedra a que tudo se agarra consolida. Ideias que se devem prender, pois, àquele mínimo de valores que faz de nós comunidades democráticas que devem construir, com o máximo de liberdade, o futuro colectivo”.

(27) Estudo por nós apresentado no Colóquio Internacional de Direito Penal Económico, na Universidade Autónoma de Madrid, aquando da concessão do grau de *Doctor Honoris Causa* ao Prof. Klaus Tiedemann (op. cit., [n. 14]).

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.2

LA INSTRUCCION DEL PROCESO PENAL EN ESPAÑA Y LOS DERECHOS DEL IMPUTADO*

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER

SUMARIO: 1. La fase de investigación del proceso penal español: 1.1 Dirección de la fase de investigación y división de funciones entre el Juez, el Fiscal y la Policía; 1.2 Preparación de la toma de resoluciones en el procedimiento principal – 2. Los derechos del inculpado y del ofendido: 2.1 Inculpado; 2.2 Ofendido.

Resumen: El presente artículo expone las preocupaciones actuales que la doctrina y la práctica españolas tienen sobre la fase de investigación del proceso penal español, deteniéndose en cuestiones tan importantes como si debe cambiarse el actual modelo de investigación judicial por otro a cargo del Fiscal, con especial consideración de los derechos del acusado y de la víctima en la misma.

Palabras-clave: Proceso penal – Investigación criminal – Derecho de defensa – Protección de la víctima.

1. La fase de investigación del proceso penal español

Es cierto que todos los países del entorno cultural europeo democrático estructuran sus procesos penales básicamente de acuerdo con los mismos principios. Responde esta idea a un deseo del legislador y de los prácticos de resolver adecuadamente los problemas que plantean la lucha y confrontación entre la necesaria tranquilidad social de los ciudadanos, que exige al Estado perseguir los delitos (principio de legalidad penal, *ius persequendi*, principio de necesidad procesal o garantía jurisdiccional, entre otros), y los derechos y garantías de todos los imputados (prohibición de la tortura, libre apreciación de la prueba, presunción de inocencia etc.).¹

(*) Este artículo se basa en nuestro original publicado en alemán, bajo el título *Das Ermittlungsverfahren in Spanien*, en la Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 112 (2000), Heft 1, p. 135 a 156.

(**) Véase TIEDEMANN, K. (con Roxin y Arzt), *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal* (traducción española de Arroyo Zapatero y Gómez Colomer), Barcelona, Ariel, 1989, p. 134.

Con ello, lo que se pretende es que nuestros procesos penales sean acordes con nuestros modelos de Estado, es decir, democráticos, o por mejor afirmar, que el proceso penal de nuestro país sea el propio de un Estado de Derecho, en donde se condene al verdaderamente culpable y se absuelva al inocente, por tanto, en el que se halle la verdad material, pero sin violentar por esto sus derechos constitucionales y ordinarios legalmente reconocidos, lo que implica que no podemos investigar esa verdad a cualquier precio.² Mi país no constituye ninguna excepción a esta idea.

1.1 Dirección de la fase de investigación y división de funciones entre el Juez, el Fiscal y la Policía

1.1.1 En España instruye generalmente el Juez de Instrucción,³ a diferencia de otros países europeos importantes, como Alemania o Italia, en los que la instrucción es competencia del Ministerio Fiscal.⁴

La Fiscalía es en España un órgano colaborador de la Justicia,⁵ que en los diferentes procesos, pero principalmente en el penal, tiene unas funciones específicamente encomendadas a las que nos referiremos enseguida.

Es dominante la tesis en España que considera que el Ministerio Fiscal no es una institución insertada en el Poder Judicial, sino que es un órgano que

(2) Véase GOMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal español para no juristas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 43 a 45.

(3) La terminología alemana para hacer referencia a la primera fase del proceso penal, *Vorverfahren y Ermittlungsverfahren*, tiene diversas denominaciones en español. Si la genérica puede ser "procedimiento preliminar", también se usan y tienen incluso reflejo legal, "sumario", "diligencias previas", "fase de instrucción" o sencillamente "instrucción", "fase de averiguación" o "fase de investigación", queriendo expresar todas ellas la misma institución jurídica.

(4) Véase sobre este tema ampliamente GOMEZ COLOMER, J.L., "La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado", en Gómez Colomer y González Cussac (coordinadores), *La reforma de la justicia penal. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Ed. Universidad Jaume I, Castellón 1997, p. 459 y ss.

(5) El Ministerio Fiscal se estructura en España, de acuerdo con la Constitución de 1978 (art. 124), la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (art. 435), y su Estatuto Orgánico, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, mediante los siguientes órganos: El Fiscal General del Estado, el Consejo Fiscal, la Junta de Fiscales de Sala, la Fiscalía del Tribunal Supremo, la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, la Fiscalía de la Audiencia Nacional, la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión de los Delitos de Tráfico Ilegal de Drogas, la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción, las Fiscalfas de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales, y la Fiscalfá del Tribunal de Cuentas (art. 12 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

depende del Ejecutivo, pues falta el requisito de la independencia (arts. 24 a 26 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), la Constitución española de 1978 no lo prevé como una de las excepciones al principio de la unidad jurisdiccional (artículo 117.5), y la misma Constitución tampoco le atribuye en ningún precepto la potestad jurisdiccional.⁶

El Ministerio Fiscal es único en toda España (artículo 22.1 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), y se organiza la Fiscalía bajo los principios de unidad y dependencia (arts. 22 a 28 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), de manera tal que el Fiscal General del Estado imparte órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución.

Por tanto, hay un doble control, del Gobierno respecto a la actuación del Fiscal General del Estado, y de éste respecto a sus Fiscales. En el primer aspecto, el control es político, por lo que el Parlamento está autorizado para preguntar al Ejecutivo por determinadas actuaciones u omisiones del Fiscal General del Estado, y puede ser llamado a declarar ante él. En el segundo aspecto, el control es jurídico, por lo que el Fiscal General del Estado puede ordenar a sus Fiscales que acusen, o que no acusen, en determinados casos, lo que no es ciertamente normal en la práctica, aunque esta particular situación ha dado lugar a alguna situación complicada desde la entrada en vigor de la Constitución en 1978, fundamentalmente cuando el Gobierno ha dado o ha negado mandatos específicos de persecución penal al Fiscal General, o cuando éste utilizando esas facultades los ha impartido o dejado de cursar a sus inferiores.

Entre las obligaciones del Ministerio Fiscal está la de acusar en los delitos públicos y semipúblicos, sin excepción, siempre que concurran méritos para ello (artículo 3.4 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

No existe en España aún, por tanto, un reconocimiento legal expreso del principio de oportunidad o una regulación de alternativas a la persecución penal, como en Alemania o en otros países de nuestro entorno cultural.⁷

⁽⁶⁾ Al contrario, el Fiscal General del Estado es nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno (art. 29.1 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), el Gobierno puede pedir al Fiscal General del Estado que promueva ciertas actuaciones en defensa del interés público ante los órganos jurisdiccionales, quien puede desvincularse oída la Junta de Fiscales de Sala (art. 8 Estatuto), cuyos componentes han sido nombrados por el Gobierno a propuesta suya (art. 36 Estatuto), y todos los Fiscales-Jefe de los respectivos órganos pueden ser libremente removidos por el Gobierno a propuesta del Fiscal General del Estado (art. 41 Estatuto). De acuerdo con ello, el Poder Ejecutivo tiene el control directo sobre el Fiscal General del Estado, a quien puede ordenar que emprenda determinadas actuaciones (art. 8 Estatuto). Pero no se debe entender con esas precisiones que en España la actuación del Ministerio Fiscal haga peligrar los principios de legalidad e imparcialidad, sino que el Gobierno controla al Ministerio Fiscal.

⁽⁷⁾ Véase sobre este tema ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, PPU, 1991, p. 181 y ss. En España, el

El Ministerio Fiscal es en España parte formal, pues actúa en el proceso poniendo en marcha o manteniendo la actividad de los órganos jurisdiccionales promoviendo su actividad, pidiendo resoluciones de contenido determinado, aportando, mediante alegaciones y pruebas, el material de la decisión, interponiendo recursos, etc. No tiene ninguna relación jurídica con la parte acusada, de ahí que no sea parte material, ni su actuación se deriva de un objeto procesal concreto, sino de la Ley.

En el proceso penal español vigente, al lado del Ministerio Fiscal, pueden existir otras partes acusadoras, que según su legitimación son llamadas, legal y doctrinalmente, acusadores popular, particular y privado.⁸ El Derecho Procesal Penal español permite igualmente que las pretensiones civiles derivadas del daño o ilícito que significa el delito se puedan interponer conjuntamente con la pretensión propiamente penal (artículo 100 Ley de Enjuiciamiento Criminal).⁹

Materialmente, el Ministerio Fiscal representa el interés público e imparcial en la realización de la Justicia, el cual tanto puede contraponerse como coincidir con el de la defensa. Por ello, su misión como órgano acusador no consiste únicamente en pedir una pena contra una persona por un delito (es decir, en afirmar la pretensión punitiva del Estado), sino también, y está cumpliendo con su deber, en no afirmar dicha petición cuando, apreciando el resultado de las averiguaciones del sumario, pide el sobreseimiento, o una vez abierto el juicio, la absolución de las personas que, injustificadamente, sean acusadas por otras partes (artículo 2-61 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), cuando interpone o apoya recursos en favor del condenado etc.¹⁰

En el proceso penal, la función específica cuya más importante procesalmente es el ejercicio de la acción penal pública en todas las causas criminales, haya o no acusador particular, sin más excepciones que aquéllas que sólo pueden ser pro-

Ministerio Fiscal únicamente queda liberado de la obligación de presentar acusación por delito público o semipúblico, conforme a los arts. 649 y ss. Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando entienda que procede el sobreseimiento libre de la causa, por alguno de los motivos del art. 637 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Igualmente, debe pedir la absolución del acusado, o retirar la acusación, cuando la prueba practicada en el juicio oral demuestre indubitadamente la inocencia del acusado, o sea de aplicación el principio de la presunción de inocencia (art. 24.2 Constitución).

(8) Si actúan todos los acusadores posibles, o más de uno de calidad igual o distinta, estamos ante un caso de pluralidad de partes llamado litisconsorcio activo.

(9) Véase sobre esta importante cuestión GOMEZ COLOMER, J.L., *Constitución y proceso penal*, Madrid, Tecnos, 1996, p. y 247 ss.

(10) También en su calidad de autoridad pública, está obligado, tanto en el sumario como en el juicio oral, a tener en cuenta las circunstancias adversas a favorables al presunto culpable (art. 2 Ley de Enjuiciamiento Criminal), y en los procesos abreviados a velar por el respeto de las garantías procesales del inculpado (art. 781, I Ley de Enjuiciamiento Criminal), si bien en la práctica, dada la participación del Abogado defensor, estas normas tienen poca utilización.

movidas según la ley a instancia de parte agraviada (artículo 105 Ley de Enjuiciamiento Criminal). Esta función hace que el Ministerio Fiscal sea la pieza fundamental del sistema acusatorio formal. Esto significa que debe querellarse por todo delito que sea perseguible de oficio (prácticamente todos), y todo aquél que exija previa denuncia del ofendido.¹¹ Naturalmente, el Ministerio Fiscal español cumple con otros deberes en el proceso penal.¹²

1.1.2 Un aspecto importante en la fase de instrucción del proceso penal es el de las relaciones entre la Fiscalía y la Policía. La Policía Judicial es en España un órgano auxiliar del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal, de quienes depende (artículo 126 Constitución española). El mando es, pues, bicéfalo, dependiendo además orgánicamente de las Autoridades administrativas (Ministerio del Interior).¹³

La Fiscalía, pues, en el curso de una investigación penal, tiene mando directo sobre la Policía, y puede ordenarle la práctica de las diligencias que considere convenientes para la averiguación de los hechos y la determinación de la autoría, actuando bien por la presentación de denuncias de los particulares ante ellos, bien a iniciativa propia. Pero al ser competente para la instrucción del proceso penal en España un Juez, muchos de los actos procesales a practicar en el curso de la investigación tienen que ser solicitados por el Fiscal al Juez para que éste los

⁽¹¹⁾ Los delitos y faltas pueden clasificarse según su modo de perseguirse en delitos y faltas públicos, delitos y faltas semipúblicos, y delitos y faltas privados, de acuerdo con nuestro nuevo Código Penal de 1995. En los delitos y faltas privadas (injuria y calumnia), la intervención del Ministerio Fiscal queda excluida; en los delitos y faltas semipúblicas (v.gr., agresiones sexuales) se exige para poder ser perseguidos denuncia previa del ofendido, o de familiar cercano, del tutor o incluso del Ministerio Fiscal, y, una vez presentada, el Ministerio Fiscal es parte acusadora, teniendo obligación de querellarse.

⁽¹²⁾ En efecto, al Ministerio Fiscal español le corresponden también funciones de inspección directa en la formación de los sumarios (art. 306 Ley de Enjuiciamiento Criminal). Además, el Ministerio Fiscal está sujeto al principio de legalidad en la realización de sus funciones propias. Esto significa que el Ministerio Fiscal está obligado a ejercitar la acción penal siempre que tenga conocimiento de un hecho que revista carácter de delito, sin que pueda atender a consideraciones de oportunidad o conveniencia (aunque esta cuestión debe matizarse en los procesos abreviados). Finalmente, el Ministerio Fiscal puede ser el órgano competente para instruir las diligencias previas de los procesos penales abreviados, dándose determinados presupuestos (arts. 785 bis y 789.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

⁽¹³⁾ Pero en realidad no existe en España una auténtica Policía Judicial, pues sus funciones las cumple la policía gubernativa, que puede ser de cuatro tipos: Policía Nacional, Guardia Civil, Policía Autonómica y Policía Local. El Ministerio del Interior siempre puede llamar a miembros de la Policía que estén investigando un delito bajo las órdenes del Juez o del Fiscal, para realizar actividades administrativas y no procesales. La Policía Judicial viene regulada en los arts. 443 a 446 Ley Orgánica del Poder Judicial, arts. 282 a 298 Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre la Policía Judicial, entre otras normas.

autorice y ordene su práctica (artículo 3.5 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). Algún problema en la práctica se plantea cuando inexpertos Fiscales o Jueces de Instrucción, por su juventud, tienen que mandar sobre experimentados Policías, ya que se suele estar a lo que éstos aconsejan normalmente.

1.1.3 Finalmente, la Fiscalía solamente puede ordenar una medida cautelar restrictiva de derechos fundamentales, la detención del sospechoso (artículo 5, II Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), debiendo poner a disposición judicial el detenido en el plazo máximo de 72 horas, 65 días si se trata de un delito de terrorismo (arts. 17.2 Constitución española, 496 y 520 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal). En otro caso, procede la puesta en libertad directamente de la persona detenida.

Todos los demás actos procesales que impliquen restricción de derechos fundamentales, *v.gr.*, escuchas telefónicas, registros domiciliarios, etc., tienen que ser solicitados por el Fiscal al Juez Instructor, único órgano competente para acordarlos.

1.1.4 La cuestión más candente en España en estos momentos es si el Ministerio Fiscal debe ser la autoridad competente para investigar los delitos o no. El tema ha llegado no obstante hace tiempo a España,¹⁴ adquiriendo enseguida tintes polémicos. En mi país, como indiqué *supra*, instruye un Juez Instructor todas las causas penales (arts. 87.1, a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, y 14-2ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 1882), salvo que en el proceso penal abreviado,¹⁵ con o sin juicio oral inmediato, el Fiscal tenga conocimiento de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente, bien por serle presentada una denuncia o atestado, en cuyo caso puede instruir el Ministerio Fiscal,¹⁶ función que termina cuando se haya incoado un procedimiento judicial por los mismos hechos, o cuando haya concluido las necesarias investigaciones para solicitar del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento judicial correspondiente, llamado en España en este caso "diligencias previas" (arts. 785 bis y 789.1

⁽¹⁴⁾ Véase FAIREN GUILLEN, V., *La reorganización del Ministerio Fiscal español*, en "Temas del Ordenamiento Procesal", Ed. Tecnos, Madrid 1969, t. I, p. 516 y 517. Hemos tratado estas cuestiones también en GOMEZ COLOMER, J.L., *El fiscal instructor*, Revista Justicia 1996, núm. 2, p. 259 y ss.; y del mismo autor, "La instrucción del proceso penal...", *cit.*, p. 478 y ss.

⁽¹⁵⁾ Previsto, en líneas generales, para conocer de delitos castigados con hasta 9 años de prisión (art. 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

⁽¹⁶⁾ El Anteproyecto de la Ley Orgánica, que más tarde sería la núm. 7/1988, de 28 de diciembre, creadora del proceso penal abreviado, previó inicialmente sin ambages que la instrucción fuera a cargo del Ministerio Fiscal en su integridad, pero los arts. 781 y 781 bis que se reformaban e introducían en la LECRIM, fueron suprimidos en los inicios de las discusiones parlamentarias, frente a las críticas emitidas por el Consejo General del Poder Judicial, *v. su Informe en el Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial de octubre de 1988*, p. 17 y 18.

y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).¹⁷ Claro es que el Ministerio Fiscal, con anterioridad a esta reforma, siempre ha podido y debido realizar unas primeras investigaciones de los hechos delictivos producidos y denunciados, como es lógico, y así fue recogido expresamente en el artículo 5, particularmente el párrafo II, de su Estatuto Orgánico de 1981, si bien de carácter tímido.¹⁸ Un caso particular de instrucción a cargo del Ministerio Fiscal lo constituye el proceso penal especial de menores,¹⁹ de correcto funcionamiento en la práctica, pero poco significativo al nivel que estamos considerando esta cuestión.²⁰

El argumento básico para defender la situación actual de instrucción judicial, residiría en que el artículo 117 de la Constitución española de 1978 atribuye en

(17) Véanse ORTELLS RAMOS, M., "Problemas de contenido y delimitación de las fases del procedimiento abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral)", en *Cuadernos de Derecho Judicial. El procedimiento abreviado*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, p. 111 y ss.; del mismo autor, "El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales", *Revista Justicia* 1989, núm. III, p. 545 y ss. Complementariamente pueden consultarse: ALMAGRO NOSETTE, J., en GIMENO SENDRA / MORENO CATENA / ALMAGRO NOSETTE / CORTES DOMINGUEZ, *Derecho Procesal*, t. II *Proceso Penal* (3. ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 243 y ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., "La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal", en *El Poder Judicial en Europa. Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1989, t. II, p. 113 y ss.; ESCUSOL BARRA, E., *El proceso penal por delitos: Estudio sistemático del procedimiento penal abreviado (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)* (2. ed.), Ed. Colex, p. 99 y ss.; FERNANDEZ BERMEJO, M., "El fiscal en el proceso abreviado de la Ley Orgánica 7/1988", en *Cuadernos de Derecho Judicial. El procedimiento abreviado*, cit., p. 237 y ss.; LOPEZ LOPEZ, A.M., "Las diligencias del fiscal investigador", *Revista Actualidad Penal* 1993, t. I, núm. 15, de 12-18 de abril; LORCA NAVARRETE, A.M., "La instrucción preliminar en el proceso penal: la actividad de la policía judicial", *Revista La Ley* 1984, t. III, p. 970 y ss.; ZARZALEJOS NIETO, J., en DE LA OLIVA SANTOS / VEGAS TORRES / ZARZALEJOS NIETO / GONZALEZ GARCIA / ARAGONESES MARTINEZ, *Nuevos Tribunales y nuevo proceso penal*, Madrid, La Ley, Madrid 1989, p. 159 y ss.; y VIVES ANTON, T.S., *Comentarios a la ley de medidas urgentes de reforma procesal*, vol. II *La reforma del proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 167 y ss.

(18) Véase MARCHENA GOMEZ, M., *El Ministerio fiscal: su pasado y su futuro*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 179.

(19) Art. 15.1-20 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, reformado por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, declarado constitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1995, de 17 de marzo.

(20) Véase sobre el tema DOLZ LAGO, M.J., "El Fiscal y la reforma de menores. Balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* 1995, cuaderno 3, p. 480 a 483, y 488 y 489.

exclusiva a los Jueces la función jurisdiccional, por lo que la instrucción a cargo del Fiscal sería en España inconstitucional.²¹

La propuesta de cambio de la competencia para instruir a favor del Ministerio Fiscal, se basa en un nuevo entendimiento del principio acusatorio: La instrucción por parte del Juez es incompatible con el modelo de proceso acusatorio. Pero esta segunda opinión procedente del Derecho comparado, basada no en el sistema sino en el principio acusatorio²² nos parece más endeble, pues, al menos con referencia a España, partiendo de su sentido más riguroso, el principio acusatorio sólo debe entenderse estrictamente que quien juzga no debe instruir. Que la investigación del proceso penal no encuentre amparo directamente en el principio acusatorio a nuestro juicio, no quiere decir en absoluto que no estemos de acuerdo con la "luz y taquígrafos" en esta fase, auténtica conquista del proceso penal propio de un Estado de Derecho frente al injusto proceso inquisitivo,²³ pero centrada en sus justos límites. Se trata, simplemente, de cosas distintas, por lo que nos parece que Juez Instructor y proceso penal acusatorio son perfectamente compatibles. Por ello, hablar del proceso angloamericano como proceso acusatorio, entendiendo el término "acusatorio" a la europea, y en concreto, en el sentido español acabado de indicar, presenta serias dudas de aceptación, aunque esta terminología de contraposición (frente a proceso inquisitivo) sea generalmente aceptada y comprendida.

No debe descartarse tampoco que es opción preferida de quienes afirman que, siendo el proceso penal acusatorio, mixto o no, la Justicia no funciona, pues la instrucción atribuida al Fiscal aparece como una de las alternativas que tan ansiosamente se buscan para reducir la carga de trabajo excesiva de los órganos jurisdiccionales, principal causa del mal funcionamiento de la Justicia, y para acelerar el proceso penal, dada la reiteración de actuaciones, por un lado las practicadas por el Fiscal y la Policía, y por otro, las mismas generalmente, las del Juez.

Se aduce además que el Juez debe limitarse a ejercer la función jurisdiccional, es decir, a juzgar, no a instruir, y eso solamente se produce en el juicio oral de acuerdo con la Constitución.²⁴ Durante el sumario (o diligencias previas) no se ha ejercido aún la acción penal, por lo que la relación procesal no está todavía constituida.

(21) ORTELLS RAMOS, M., *Nuevos poderes para el Ministerio fiscal...*, cit., p. 236 y 237.

(22) Véanse GOMEZ COLOMER, J.L., "La instrucción del proceso penal...", cit., p. 466 y 467; y MAIER, J.B.J., *Derecho Procesal Penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, t. 1b, p. 206 y ss.

(23) Véase RAMOS MENDEZ, F., *El proceso penal. Lectura constitucional* (30. ed.), Barcelona, J.M. Bosch, 1993, p. 31 y 32.

(24) Véanse VIVES ANTON, T.S., "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", *Revista Poder Judicial*, núm. especial II, p. 101 y 102; y RUIZ VADILLO, E., "La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal", *Revista Poder Judicial*, núm. especial II, p. 84 a 87.

Pero, dogmáticamente, el argumento más importante a favor de que instruya el Ministerio Fiscal es, en nuestra opinión, que no puede ser la misma persona la que considere necesario un acto de instrucción y la que valore su legalidad. En esencia esta postura se concreta de la siguiente manera: El Ministerio Fiscal debe asumir la instrucción, atribuyéndole el poder de investigar el delito, mientras que el Juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales que ha realizado el Fiscal, generalmente a través de la resolución de peticiones y de los recursos. Seguir manteniendo el sistema clásico es en definitiva una contradicción, porque el Juez es al mismo tiempo quien investiga y quien garantiza el respeto de los derechos del imputado. Cambiar estos papeles puede significar ciertamente una importante restricción del principio de investigación oficial, pero se fortalece extraordinariamente el más importante principio de la imparcialidad judicial, que queda así únicamente reservado para el enjuiciamiento, lo que implica además una mejor aplicación del principio de la exclusividad de la función jurisdiccional por su único titular, el Poder Judicial.²⁵

En definitiva, es el modelo clásico el que ya no sirve,²⁶ llegando a proponerse, más allá incluso, que el Fiscal no sólo sea la autoridad encargada de la investigación, sino el director, el dueño absoluto de ésta.²⁷

Nuestra opinión personal es que este tema en el fondo es bastante irrelevante, y que lo importante de verdad es que el proceso penal de España, y el de todos los países del mundo, sea el propio de un Estado de Derecho.²⁸ La fundamentación

(25) Véase MAIER, J.B.J., *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público. Instrucción sumaria o citación directa*, Ed. Lerner, Buenos Aires-Córdoba 1975, p. 25, 26, 46, 47, y 50 a 62; Idem, *Exposición de motivos del proyecto de Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. Secretaría de Justicia de la República Argentina, Ed. Depalma, Buenos Aires 1987, p. 660; SUPERTI, H.C., "Últimas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal. La investigación fiscal preparatoria", *Revista argentina Derecho Penal* 1992, núm 1, p. 70 y 71; y en España, VIVES ANTON, T.S., *Doctrina constitucional...*, cit., p. 102.

(26) Véase GIMENO SENDRA, J.V., *El Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Poder Judicial, núm. especial VI, p. 274.

(27) Así, GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990, p. 121.

(28) A una conclusión parecida han llegado los autores de las *Recomendaciones de Toledo y de Río de Janeiro por un Procedimiento Penal Justo*, de la Sección III de la Asociación Internacional de Derecho Penal, publicadas en la monografía "Les mouvements de réforme de la procédure pénale et la protection des droits de l'homme", *Revue Internationale de Droit Pénal* 1993, 3e. et 4e. trimestres, p. 905 a 909, pues la núm. 4 dice textualmente en su segunda frase: "La imparcialidad presupone la separación entre la función de instruir y juzgar. En consecuencia, el juez del juicio no debe haber participado en los actos de la fase preparatoria. Es altamente recomendable además que el juez del juicio sea distinto de aquél que decide la admisión de la acusación contra el sospechoso." Es decir, que da igual que instruya el Fiscal o el Juez, lo importante son otras cosas.

de esta afirmación ya hemos tenido ocasión de expresarla, por lo que al texto correspondiente nos remitimos.²⁹

1.2 Preparación de la toma de resoluciones en el procedimiento principal

1.2.1 La adopción de resoluciones en el procedimiento principal no responde a la configuración de un sistema exclusivo, por tanto, ni es *ex officio*, ni adversarial o contradictorio, sino mixto. En principio, son las partes las que solicitan al Juez Instructor primero la práctica de diligencias de investigación (art. 311, I, Ley de Enjuiciamiento Criminal), y después al Tribunal la práctica de determinados medios de prueba, normalmente los mismos que ven transformada así su naturaleza (arts. 656, I, 728, 790.5, II y 791.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal), accediendo a ello, es decir, decretando su admisión siempre que sean pertinentes (arts. 24.2 Constitución española y 659, I y 792.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal). Por su parte, el Juez Instructor puede practicar de oficio todas las diligencias que considere necesarias para alcanzar los fines propios del procedimiento preliminar, sin necesidad de que se lo pidan las partes (arts. 315, II y 789.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal), y el Tribunal tiene ciertas potestades para introducir en el proceso pruebas de oficio (artículo 729-21 Ley de Enjuiciamiento Criminal), lo que en España se ve como una excepción inquisitiva al imperante principio acusatorio en esta fase, de ahí que deba estar de acuerdo con ello la acusación (v. Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1993, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 9225; y de 23 de septiembre de 1995, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 6755, entre otras).³⁰

Un caso específico es el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, en el que las facultades de oficio del órgano jurisdiccional se han subordinado injustificadamente al principio acusatorio.³¹

El sistema español, en el que se diferencian las actividades de investigación en la fase o procedimiento principal, de las actividades probatorias del juicio oral, merece algún comentario detenido. En efecto, la competencia de ordenación de los actos de investigación corresponde al Juez y al Ministerio Fiscal, y de ejecución, además de a ellos y según los casos, normalmente a la Policía Judicial.

El concepto de actos de investigación es muy claro, pues está en relación con las funciones del procedimiento preliminar: Así, son los que se realizan en esa

(29) Véase GOMEZ COLOMER, J.L., "La instrucción del proceso penal...", cit., p. 494 y ss.

(30) Véase sobre estos temas GISBERT GISBERT, A., "El artículo 729.21 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Reflexiones suscitadas por algunas recientes sentencias del Tribunal Supremo", *Revista General del Derecho* 1997, núm. 631, p. 3544 y ss.

(31) Nos referimos al previsto en el art. 27.3 de la Ley del Jurado de 1995, pues el Juez Instructor solamente puede acordar diligencias como complemento a las pedidas por las partes. Véase GOMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, Madrid, Civitas, 1996, p. 89 a 93; y, del mismo autor *Die Wiederaufnahme des Geschworenengerichts in Spanien*, ZStW 110 (1998), Heft 2, p. 529 y ss.

fase del proceso penal para descubrir los hechos criminales que se han producido y sus circunstancias, y la persona o personas que los hayan podido cometer, de manera que una vez investigado todo ello, se pueda proceder a formular una acusación o, al contrario, a terminar el proceso penal por sobreseimiento.

Se regulan fundamentalmente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero también en legislación extravagante, en ocasiones de significada relevancia.³²

1.2.2 El problema inicial que plantea el estudio de los actos de investigación es que son prácticamente coincidentes con los actos de prueba. Dado que ambas instituciones son distintas, procede considerar inmediatamente las diferencias entre los actos de investigación y los actos de prueba, a efectos de una total clarificación en este punto, que son las siguientes:³³

1.º) El acto de investigación se dirige a averiguar algo que se desconoce, a fin de que se pueda realizar una afirmación sobre hechos criminales o posibles responsables; el acto de prueba se dirige a convencer al Juez de la verdad de una afirmación.

2.º) El acto de investigación se realiza en el procedimiento preliminar; el acto de prueba, salvo los casos de prueba anticipada (v. infra), en el acto del juicio oral.

3.º) La fundamental diferencia consiste en la distinta función que cumplen en el proceso: El acto de investigación, aunque dé resultados no ciertos sino probables, puede fundar por sí sólo una resolución judicial, puesto que se dirige a decidir si se puede abrir el juicio oral contra una persona o no; mientras que, en caso de duda, el acto de prueba no puede fundar la sentencia, resolviéndose en favor del acusado por aplicación del principio de la presunción de inocencia del artículo 24.2 Constitución española,³⁴ pues para resultar condenado el acto de prueba debe producir resultados ciertos e irrefutables, dado que el fin de la prueba es precisamente proporcionar al Juez los datos fácticos que sirvan para fundar su sentencia.

4.º) También existen diferencias por la forma de ejecutarlos, pues el acto de investigación puede practicarse sin contradicción si la investigación así lo exige, v.gr., por estar declarado el secreto (aunque desde 1978 prácticamente todos

(32) Por ejemplo, la prueba o test de alcoholemia, a efectos de los delitos previstos en los arts. 379 y 380 Código Penal, regulado en la llamada Ley de Tráfico de 1990 y su Reglamento de 1992.

(33) El mejor estudio sobre el tema es el de ORTELLS RAMOS, M.P., "Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Lecrim", *Revista de Derecho Procesal* 1982, vol. 2-3, p. 365 y ss.

(34) La presunción de inocencia ha dado lugar a una abundante Jurisprudencia (que parte de la Sentencia del Tribunal Constitucional 29/1981, de 24 de julio), y a una no menos densa bibliografía. Véase el estudio clásico de VAZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 241 y ss.; y, recientemente, MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 151 y ss.

cumplen con este principio); mientras que los actos de prueba se deben practicar siempre con audiencia de todas las partes.

Una aclaración al hilo del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24.2 Constitución española): Deben admitirse, aunque ese precepto se refiera a la prueba, todos los medios de investigación que la mente humana considere como tales, estén regulados o no específicamente por la Ley. No hay por tanto tasación legal de los actos de investigación, siendo sus únicos límites el respeto a los derechos fundamentales de las personas, su adecuación a los fines del proceso penal, y su pertinencia, utilidad y no perjudicabilidad respecto a los hechos criminales concretos que han dado origen a la causa y a la personalidad de los imputados.³⁵

1.2.3 Los actos de investigación no son sólo ordenados por el Juez de Instrucción competente, bien de oficio, bien a instancias del Ministerio Fiscal o de las partes acusadoras y del imputado, como hemos visto (teniendo en cuenta que el Juez puede ser otro en caso de diligencias de prevención o urgentes, o existiendo causa justificada, arts. 13 y 310 Ley de Enjuiciamiento Criminal), sino también por el Ministerio Fiscal (artículo 3.5 *in fine*, 4.4 y 5, II Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y, por lo que afecta a los procesos abreviados el artículo 785 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal), incluso por la propia Policía Judicial, aunque como órgano auxiliar su función primordial consista en ejecutar las órdenes del Juez de Instrucción y del Ministerio Fiscal, en los casos específicamente previstos por la Ley (v.gr., instrucción al perjudicado sobre derechos en los procesos abreviados: artículo 789.4 Ley de Enjuiciamiento Criminal; retención para identificación: artículo 20.2 LSC), que en todo caso observará las reglas fijadas (v., por ejemplo, para los procesos abreviados, el artículo 786 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Finalmente, hay que tener en cuenta, sin embargo, las tres siguientes consideraciones: 1) Que la Ley de Enjuiciamiento Criminal da en su artículo 13 un concepto de diligencias de investigación urgentes o de prevención; 2) Que, independientemente de lo anterior, la Ley de Enjuiciamiento Criminal obliga a practicar, en caso de que sean procedentes, dos actos de investigación antes que cualquier otro: La inspección ocular y los actos con relación al cuerpo del delito (artículo 366); y 3) Que no existe en ningún caso autorización para practicar actos de investigación con violación de los derechos fundamentales, es decir, ilícitos o prohibidos (artículo 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial).³⁶

1.2.4 Es importante considerar ahora el supuesto de práctica anticipada de la prueba. En efecto, el principio de que los medios de prueba han de practicarse durante el juicio oral sufre excepciones, es decir, se practican antes de este acto procesal, cuando "por cualquier causa fuese de temer que no se puedan practicar

⁽³⁵⁾ Véase PICO I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, J.M. Bosch, 1997, p. 143 y ss.

⁽³⁶⁾ Véanse PASTOR BORGONÓN, B., "Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas", *Revista Justicia* 1986, vol. II, p. 337 y ss.; y ASENSIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madrid, Trivium, 1989, p. 75 y ss.

en el juicio oral, o que pudiesen motivar su suspensión" (artículo 657, III Ley de Enjuiciamiento Criminal).³⁷

Presupuestos de la práctica anticipada de la prueba son: a) La probabilidad de que algún medio de prueba no pueda practicarse durante la vista, con lo que se quiere garantizar la averiguación de la verdad material; y b) La probabilidad de que, dejando la práctica de un medio de prueba para la vista, pueda motivar la suspensión de ésta, con lo que se quiere garantizar el principio de concentración.

Los supuestos de prueba anticipada contemplados legalmente son los siguientes:³⁸

a) Casos en los que la práctica de la prueba es imposible:

a.1) Prueba testifical: A causa de imposibilidad del testigo de concurrir al juicio oral por tener que ausentarse de la península, o de existencia de motivos racionalmente bastantes para tener su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio (arts. 448 y 449 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

a.2) Prueba pericial: Cuando no pudiera reproducirse en el juicio oral (arts. 467, II, 471 y 476), *v.gr.*, por el riesgo de que, por causas naturales, desaparezca o se altere lo que debe ser reconocido por los peritos, o por la necesidad de destruir o alterar dichos objetos al practicarse la pericia como acto de investigación (artículo 479 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

b) Casos en que la práctica daría lugar a suspensión de la vista:

b.1) Prueba de reconocimiento judicial (artículo 727 en relación con el 746-21 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

b.2) Interrogatorio de testigo imposibilitado de comparecer y residente en el lugar del juicio, cuando dicha imposibilidad constara con anticipación (artículo 718, I en relación con el artículo 746-21 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

b.3) Interrogatorio del testigo fuera del local del órgano jurisdiccional para que practique algún reconocimiento (artículo 720 en relación con el artículo 746-21 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

b.4) Operaciones periciales previas a la declaración de los peritos (artículo 725 Ley de Enjuiciamiento Criminal). La anticipación afecta sólo a la práctica de dichos operaciones, no al interrogatorio de los peritos.

b.5) Cualquier prueba que deba practicarse mediante cooperación jurisdiccional (*v.gr.*, artículo 719, si la imposibilidad se prevé con antelación, y artículo 720, en su caso), en cuanto debe practicarse con la antelación necesaria para que la documentación sea devuelta antes de concluir la vista.

⁽³⁷⁾ Véase GOMEZ DELIAÑO Y BOTELLA, F.J., *La suspensión del juicio oral: Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, en Cuadernos de Derecho Judicial sobre "La prueba en el proceso penal", Ed. Consejo General del Poder Judicial 1992, p. 573 y ss.

⁽³⁸⁾ Véase VEGA TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Ed. La Ley 1993, p. 285 y ss.

La práctica se verificará, por analogía ante la falta de regulación legal para el juicio oral, conforme a las disposiciones de los arts. 718 y s. y 727 Ley de Enjuiciamiento Criminal, estándose en todo lo demás a las disposiciones apropiadas previstas para el procedimiento preliminar. En cualquier caso, estamos ante medios de prueba, por lo que deben estar rodeados de todas las garantías legalmente exigidas, particularmente la contradicción.

2. Los derechos del inculpado y del ofendido

La posición jurídica del inculpado en el Derecho Procesal Penal español se ha visto notablemente reforzada con la Constitución de 1978. Veamos sus hitos más destacados,³⁹ sin olvidar tener en cuenta las disposiciones procesales penales recogidas en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, ratificado por España en 1979, concretamente en sus arts. 1 a 8, y principalmente en los arts. 5 y 6, todas ellas contempladas en nuestra Constitución, que en muchos aspectos supera al texto internacio-

(39) El inculpado goza de muchos derechos en esta fase del proceso penal. A manera de enumeración, podemos decir que el imputado tiene, además del derecho de defensa, los siguientes derechos sumariales: Derecho a que se consignen sus circunstancias favorables y se le instruya en sus derechos (arts. 17.3 Constitución española, 2 y 781, I Ley de Enjuiciamiento Criminal; derecho a tomar conocimiento de las actuaciones sumariales en tanto no esté declarado formalmente el secreto (art. 302 Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho de "habeas corpus" (arts. 17.4 Constitución española, 286 Ley de Enjuiciamiento Criminal, y LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora de este derecho); derecho a que se le dicte auto de imputación formal, es decir, auto de procesamiento, si está previsto (art. 384, I Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho a que se le tome primera declaración, llamada indagatoria, dentro de las 24 horas de su detención si ha sido procesado (art. 386 Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho a no declarar en general o contra sí mismo y a no confesarse culpable, es decir, derecho a guardar silencio (art. 17.3 y 24.2 Constitución española); derecho a que no se le obligue a decir verdad (art. 387 Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho a que no se le hagan preguntas capciosas ni sugestivas (art. 389, II Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho al intérprete (arts. 398, 440, 441, 520.2, e) y 785-1? Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho a no ser sometido a tortura, coacción o amenazas para declarar (art. 15 Constitución española y arts. 389, III; 391, III y 394 Ley de Enjuiciamiento Criminal, y Convención de Nueva York de 1984); derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 Constitución española); derecho a recusar a los peritos (art. 469 Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho a ser oído cuando se le impute un acto punible (arts. 24 Constitución española y 486 Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho a ser detenido con las formalidades exigidas por las leyes (arts. 17.1 Constitución española y 489 Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho a que se eleve la detención a prisión o se le deje sin efecto en el plazo de 72 horas (arts. 17.2 Constitución española, 497 y 499, I Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho a que el auto de prisión sea ratificado o revocado dentro de las 72 horas siguientes al acto de la prisión, si está previsto (art. 516 Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho a que se le ponga en libertad inmediatamente conste su inocencia (art. 528, II Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho a que no se entre en su domici-

nal, que es de aplicación en España también jurisprudencialmente por el art. 10.2 de la Constitución española, teniendo valor integrador de la Constitución, muy superior al de Ley ordinaria.

2.1 Inculpado

2.1.1 El estatuto jurídico de la parte acusada tiene las siguientes características:⁴⁰

a) El inculpado es parte, y en cuanto tal le corresponden una serie de derechos y deberes procesales diversos, según la fase del procedimiento. Los iremos viendo en lecciones siguientes oportunamente.

b) El inculpado está obligado a comparecer ante el órgano jurisdiccional, pero no está obligado a declarar (artículo 24.2 Constitución española, artículo 520.2, a) y b) Ley de Enjuiciamiento Criminal). La declaración del inculpado implica un acto voluntario y un derecho, pero no un deber. De ahí que se prohíba toda coacción (arts. 15 Constitución española, y 387, 389, 393 y 520 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

El deber de comparecencia está sancionado por la detención (artículo 487 Ley de Enjuiciamiento Criminal). Cosa distinta es si el inculpado no es hallado y llevado a presencia judicial, puesto que en este caso puede continuarse, en el proceso penal ordinario por delitos más graves, el sumario hasta que se declare terminado, en su ausencia (artículo 840 Ley de Enjuiciamiento Criminal), pero la ley no admite juicio (v. arts. 24.2 Constitución española y 841 Ley de Enjuiciamiento Criminal), ni, por tanto, condena en rebeldía, es decir, con ausencia del acusado, institución ésta regulada en los arts. 834 a 846 Ley de Enjuiciamiento Criminal.⁴¹

La presencia física del procesado en el juicio oral es, pues, una condición de su celebración, con excepción de los procesos penales abreviados, en donde es posible realizar el juicio en su ausencia siempre que la pena solicitada no exceda del año y haya sido citado correctamente, además de otros requisitos (v. arts. 789.4 y 793.1, II Ley de Enjuiciamiento Criminal).

c) El inculpado sirve para la práctica de determinados medios de prueba, como la pericial, o el reconocimiento judicial. Su interrogatorio en el juicio oral es decisivo, aunque la Ley de Enjuiciamiento Criminal haya olvidado tan trascendental extremo.

lio sino en los casos en que así lo establezca la ley (arts. 18.2 Constitución española, y 545 Ley de Enjuiciamiento Criminal, y art. 21 LSC), derecho a que se le notifique el auto de conclusión del sumario (art. 623 Ley de Enjuiciamiento Criminal) etc.

⁽⁴⁰⁾ Véase VERGER GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Ed. Bosch, Barcelona 1994, p. 122 y ss.

⁽⁴¹⁾ En caso de rebeldía del imputado, la intervención de la Policía Judicial es esencial, puesto que debe cumplir las requisitorias del JI y proceder a su búsqueda y captura, incluso acudiendo a medios internacionales, como la INTERPOL o EUROPOL (arts. 835 y 784-30 y 40 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

d) Es, por último, el titular de los bienes y derechos sobre los que puede recaer la ejecución: Su persona (libertad) y bienes están sometidos a medidas cautelares que garantizan la posibilidad de ejecución futura.

2.1.2 Una de las cuestiones más importantes hoy, sobre todo por influencias constitucionales, que afectan a la parte acusada es la relativa al derecho de defensa.⁴²

En efecto, tras diferentes reformas legales, que han desarrollado los arts. 17.3 y 24 Constitución española (Ley 53/1978, de 4 de diciembre, y Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, fundamentalmente), la capacidad de postulación en lo que afecta al acusado ha quedado legalmente establecida de la siguiente manera: El imputado (sobre cuyo concepto constitucional a estos efectos puede verse la Sentencia del Tribunal Constitucional 135/1989, 19 julio, no muy clara), puede nombrar abogado y procurador desde varios momentos de inculpación determinados, debe nombrarlo necesariamente si ha sido procesado o abierto el juicio oral y, excepcionalmente, en algunos supuestos especiales antes del auto de procesamiento.

Ni que decir tiene que las palabras que siguen no se aplican a las personas encausadas que tienen medios económicos para pagarse un Abogado, pues desde el primer acto de imputación hasta el final de la ejecución de la pena privativa de libertad, en su caso, están asistidos por él y sin interrupción alguna.

2.1.2.1 Nombramiento obligatorio: El imputado debe nombrar abogado y procurador necesariamente (si no los tuviere ya, artículo 440.1 Ley Orgánica del Poder Judicial, v. *infra*, al haberse producido un acto de imputación material como por ejemplo la detención policial), desde el mismo momento, en el proceso ordinario por delitos más graves, en que se le notifique el auto de procesamiento, y una vez abierto el juicio oral para proceder a la calificación de la defensa (arts. 384, II y 652, II Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En los procesos abreviados el nombramiento es obligatorio desde que resulte necesaria la asistencia letrada, es decir, desde la detención o primer acto de imputación, y, en todo caso, para el juicio oral (arts. 788.1 y 791.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Si no los nombra, el órgano jurisdiccional se los nombrará de oficio (artículo 440.2 Ley Orgánica del Poder Judicial y arts. 118, III y IV, 520.2, c) *in fine*, 652, II, 788.1 *in fine* y 791.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal), porque los Poderes públicos tienen obligación de garantizar la defensa y la asistencia de Abogado (artículo 441 Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los arts. 14, 17, 24 y 119 Constitución española, y los arts. 118 y ss., y concordantes Ley de Enjuiciamiento Criminal).

2.1.2.2 Designación voluntaria: Según el artículo 440.1 Ley Orgánica del Poder Judicial, las partes y, por tanto, el inculpado, pueden designar libremente al Abogado que quieran, siempre que éste reúna los requisitos exigidos por la Ley para serlo, y siempre que no esté previsto legalmente un supuesto de exclusión

⁽⁴²⁾ Véanse, en general, MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Ed., Civitas, Madrid 1982, p. 17 y ss.; y GOMEZ COLOMER, J.L., *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Ed. Bosch, Barcelona 1988, p. 124 y ss.

del defensor (v. artículo 527, a) Ley de Enjuiciamiento Criminal, declarado constitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 196/1987, de 11 diciembre.

Conforme al nuevo texto del artículo 520.2, c) Ley de Enjuiciamiento Criminal, toda persona detenida o presa tiene "derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto..." No es, pues, un mero convidado de piedra.

Sobre el régimen jurídico de la asistencia letrada habría que añadir las cuestiones siguientes, expuestas con carácter general, teniendo en cuenta su escrupuloso respeto en la práctica española en general:

a) Una vez informado el inculcado de su derecho a nombrar Letrado (artículo 520.2, c) Ley de Enjuiciamiento Criminal), y éste ha comparecido, puede solicitar que se informe al detenido de sus derechos (artículo 520.6, a) Ley de Enjuiciamiento Criminal), que se amplíen o rectifiquen extremos del acta en la que se contenga el interrogatorio o que se recojan en ella las incidencias producidas durante el mismo (artículo 520.6, b) Ley de Enjuiciamiento Criminal), y, por último, entrevistarse reservadamente con el detenido tras la finalización del interrogatorio o diligencia practicada (artículo 520.6, c) Ley de Enjuiciamiento Criminal).

b) Está obligado a concurrir al llamamiento del Colegio de Abogados si es nombrado de oficio, antes de 8 horas (artículo 520.4, I Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque el interrogatorio puede practicarse por la Policía si no comparece en este plazo), incurriendo en responsabilidad en caso contrario (artículo 520.4, II Ley de Enjuiciamiento Criminal).

c) El derecho a la asistencia letrada es renunciable, pero únicamente en el caso de delitos de tráfico, incluidas las alcoholemias (artículo 520.5 Ley de Enjuiciamiento Criminal). Obsérvese que esto significa en realidad que durante las diligencias policiales tras la detención el nombramiento de Abogado para los detenidos por delito que no sea de tráfico no es voluntario, sino obligatorio, bien de confianza, bien de oficio, aunque sólo para estas actuaciones preprocesales.

d) Si la situación procesal es de incomunicado (normal en detenciones de presuntos terroristas, rebeldes o grandes delincuentes, v.gr., narcotraficantes), no tiene derecho a designar Abogado de confianza, ni a la entrevista reservada al final de la práctica de la diligencia (artículo 527 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

2.1.2.3 Designación obligatoria antes del auto de procesamiento: Si el inculcado no hubiere designado letrado y todavía no estuviese procesado (en el proceso ordinario por delitos más graves, y en los abreviados en cualquier caso), debe nombrar obligatoriamente representante y defensor técnico en los siguientes casos: a) Para recusar al órgano jurisdiccional (artículo 57 Ley de Enjuiciamiento Criminal); y b) Antes del juicio oral, para asistir a la declaración del testigo que se va a ausentar por largo tiempo, o que está en peligro de muerte (artículo 448 Ley de Enjuiciamiento Criminal, caso de prueba anticipada anteriormente visto).

No obstante, la ley concede de forma limitada a la propia parte imputada capacidad de postulación en algunos casos: 1) En los procesos por faltas (arts. 962,

I "a contrario", y 969, I Ley de Enjuiciamiento Criminal); 2) Proposición de la recusación estando incomunicado (artículo 58 Ley de Enjuiciamiento Criminal); 3) Para pedir la reposición del auto que eleva la detención a prisión (artículo 501 Ley de Enjuiciamiento Criminal); 4) Para proponer diligencias cuando se le reciba declaración en el sumario (artículo 396, I Ley de Enjuiciamiento Criminal); y 5) "Ultima palabra" al final de la vista del juicio (artículo 739 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

2.2 Ofendido

Por lo que afecta al ofendido, el sistema de enjuiciamiento criminal español presenta características singularizadas respecto a procesos penales de países de nuestro entorno cultural. En efecto, a diferencia de otros sistemas, como el francés o el italiano, que no conocen más acusación que la del órgano público, por tanto, países en los que existe un monopolio por parte del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción penal, y del proceso penal alemán, en el que el Ministerio Fiscal puede intervenir en todas las causas, en nuestro Derecho todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden ejercitar la acción penal con arreglo a las prescripciones de la ley (artículo 101 Ley de Enjuiciamiento Criminal), y siendo los ofendidos, también los extranjeros (artículo 270, II Ley de Enjuiciamiento Criminal). Esta regulación tiene hoy reconocimiento constitucional expreso (artículo 125 Constitución española y artículo 19.1 Ley Orgánica del Poder Judicial).⁴³

Esto significa que cualquier persona puede ejercer la acción penal en España y constituirse como parte en el correspondiente proceso penal. Sin embargo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se desprende un tratamiento distinto según se sea el ofendido por el delito o no:

a) Acusador particular es el que ejercita la acción penal y además es el ofendido por el delito.

b) Acusador popular es el que ejercita la acción penal sin ser ofendido por el delito.

Obsérvese que en realidad lo que hace el sistema español es consagrar la institución de la acción popular, que tiene su fundamento en la consideración de que la acción delictiva implica una lesión de la paz social, por lo que cualquiera de los miembros de la sociedad puede pedir, en nombre de ésta, el restablecimiento del orden lesionado.⁴⁴ Aunque es una institución discutida por la utilización que se está haciendo de ella, la acción popular tiene una gran trascendencia práctica en España, pues en todos los procesos penales de importancia, hay acción popular de algún ente o asociación que defiende intereses comunes.

⁽⁴³⁾ Consúltase GIMENO SENDRA, J.V., *La acción popular, el Jurado y los Tribunales de Escabinos*, en Cobo del Rosal (director) y Bajo Fernández (coordinador), "Comentarios a la Legislación Penal", t. I "Derecho Penal y Constitución", Edersa, Madrid 1978, p. 337 y ss.

⁽⁴⁴⁾ Sobre la acción popular, v. GOMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, Ed. Bosch, Barcelona 1951, p. 456 y ss.

2. DOCTRINA NACIONAL

2.1

CRIME DE OMISSÃO DE SOCORRO:

Divergências interpretativas e observações críticas

JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Estrutura jurídica: 2.1 Crime omissivo; 2.2 Elemento subjetivo; 2.3 Sujeito ativo; 2.4 Crime de trânsito; 2.5 Consumação e tentativa; 2.6 Natureza do risco e modo de execução; 2.7 Sujeito passivo – 3. Omissão de socorro qualificada: 3.1 Crime preterdoloso; 3.2 Indiferença: dolo ou preterdolo; 3.3 O passado no presente; 3.4 Observações crítico-metodológicas; 3.5. Síntese conciliatória – Referências bibliográficas.

Resumo: Trata-se de um estudo teórico-dogmático e crítico-metodológico do crime de omissão de socorro (CP, art. 135). Dá-se especial atenção às divergências interpretativas, sobretudo quanto à estrutura jurídica das formas qualificadas do parágrafo único. Propõe-se, no final, uma síntese conciliatória.

Palavras-chave: Omissão de socorro – Divergências interpretativas – Crime preterdoloso – Visão crítico-metodológica.

1. Introdução

O crime de omissão de socorro adquiriu redobrada importância após a vigência do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), que instituiu, dentre outros, delito análogo, com punição mais severa (art. 304). A exegese deste último envolve conhecimentos básicos da figura tradicional, a que me reporto de modo particular. De passagem, porém, ainda que perfunctoriamente, abordo também o novo crime de trânsito.

Eis o texto do Código Penal de 1940: “Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo de vida; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte”.

Nota-se um típico delito de omissão. Além da explicitude de sua própria rubrica, o art. 135 do CP prevê claramente uma abstenção de conduta positiva: *deixar de prestar assistência*. Inexiste outro modo de praticá-lo a não ser através

de uma inação, de um não-fazer aquilo que está sendo exigido pela norma, ou seja, o socorro a quem dele necessita, nas circunstâncias descritas em lei. Trata-se, pois, de um crime puramente omissivo (omissivo próprio). Assim, não pode ser confundido com a classe dos delitos que, embora também admitam no tipo uma conduta omissiva, são praticados em regra através de uma ação, de um proceder ativo, militante, como no caso das lesões corporais e do homicídio (delitos imprópriamente omissivos; delitos comissivos-omissivos).

Entretanto, como se verá oportunamente, não é fácil delimitar as fronteiras entre a omissão de socorro qualificada pela morte (art. 135, par. ún.) e os crimes de homicídio doloso ou preterdoloso (arts. 121 e 129, § 3.º), persistindo a dificuldade em relação à lesão corporal grave ou gravíssima (art. 129, §§ 1.º e 2.º) em confronto com a omissão de socorro seguida de lesão corporal grave.

Em última instância, o assunto fica entregue às idiossincrasias do intérprete com poder decisório. É este, numa visão realista do direito – exatamente a visão que mais nos interessa – que reescreve normativamente o delito, ao impor sua marca ou personalidade a uma categoria jurídica ainda hoje imaginada como propriedade exclusiva do legislador formal.

2. Estrutura jurídica

2.1 Crime omissivo

Já vimos na introdução: o delito é de natureza tipicamente omissiva. O que importa é a omissão de uma certa conduta, reputada obrigatória: a prestação de assistência, mostrando-se indiferente ao sistema o *modo* como o sujeito deixa de agir (permanecer parado; cruzar os braços; fazer o que estava fazendo; seguir em frente etc.). A lei cria por si mesma, soberanamente, o dever jurídico de socorro, desde que presentes as condições e circunstâncias por ela previstas. E o tipo delituoso consiste exatamente em deixar de cumprir a determinação legal.

2.2 Elemento subjetivo

De acordo com o par. ún. do art. 18 não pode haver nenhuma dúvida de que o crime do art. 135 só existe na forma dolosa. E mais: pelo exame, em conjunto, dos arts. 130 a 136, e confronto com outros dispositivos (por exemplo, arts. 121 e 129), esse dolo é de perigo, exclusivamente de perigo. O elemento subjetivo, adverte-se na Exposição de Motivos, “é a vontade consciente referida exclusivamente à produção do *perigo*. A ocorrência do dano não se compreende na volição ou dolo do agente, pois, do contrário, não haveria por que distinguir entre tais crimes e a *tentativa de crime de dano*” (item 43).

Como quer que seja, assim como o agente não quer matar ou ferir na hipótese do art. 132 ou nas hipóteses de abandono de incapaz (arts. 133 e 134), também

não quer matar ou ferir quando deixa dolosamente de prestar socorro. Ele tem apenas consciência da importância de sua ajuda – que evitaria, em tese, a continuidade ou agravamento do perigo à vida ou saúde da vítima – e, mesmo assim, se omite, mas com dolo de perigo, direto ou eventual.

Há, de início, em outrem, uma situação de risco sem vínculo algum com o comportamento anterior do omitente. Diante desse quadro, claramente percebido, nega-se o sujeito a dar assistência ao periclitante. Surge ou persiste, em consequência, como que atrelado à omissão, um *resultado de perigo* que materializa o delito, consumando-o. É isso, no máximo, que o omitente *quer* (dolo direto) ou *aceita* (dolo eventual): o *perigo*. O dolo de homicídio se encontra totalmente deslocado na espécie, à semelhança do que se passa com todos os delitos de periclitamento da vida e da saúde. Até mesmo os arts. 130, par. ún., e 131, em que se vislumbra o *dolo de dano* à saúde, se mostram francamente incompatíveis com o a intenção homicida. Lugar de resultado *morte* e dolo de *homicídio* é o art. 121 e parágrafos, capítulo dos crimes contra a vida, em que se inclui o art. 123 (infanticídio).

Os penalistas, aliás, quando analisam o dolo do art. 135, *caput*, mencionam com tranquilidade o perigo, nada mais que o perigo, em termos de subjetividade inerente à omissão. Tanto que, em havendo morte, apontam de imediato sua natureza culposa, indicativa de crime preterdoloso: dolo de perigo (omissão) e culpa quanto ao evento letal (art. 135, par. ún.). É que o dolo de perigo corresponde à culpa consciente de dano, se este ocorre na sequência dos acontecimentos. Alguns se arrependem dessa doutrina, pois afastam a figura do homicídio e lesão corporal se não preexiste da parte do omitente o que chamam de *específico* dever de agir (CP, art. 13, § 2.º). Desnorteados, porque não admitem o risco de impunidade, buscam o abrigo do par. ún. do art. 135, até então reservado, como vimos, a eventos meramente culposos. Não houvesse esse recurso estratégico, de forçada interpretação extensiva do art. 135, par. ún., em aparente prejuízo para o réu, o omitente seria acomodado ao *caput* do art. 135. Pior ainda: seria considerado inocente de qualquer delito, por falha do próprio Código. Assim, diferentemente do que se fez com os demais artigos do Capítulo (arts. 130, 131, 132, 133, 134 e 136), o art. 135 recebeu *de presente* o dolo de matar. Quem o presenteou? O intérprete! Ora, como fica o princípio constitucional da legalidade dos crimes? Resposta: este princípio só funciona quando corresponde, na hipótese, às expectativas ideológicas de um intérprete que disponha de efetiva liberdade e poder decisório.

Se as penas da forma qualificada, de tão ridículas, já constituem um incentivo ao delito, imagine-se uma omissão de socorro seguida de morte, com dolo de homicídio, sendo punida com *detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa!* Em linguagem atualizada, de infrações penais de menor potencial ofensivo (Lei 9.099, de 26.09.1995), seria o mesmo que deferir ao Estado o direito de tripudiar sobre a vida, a integridade física e a dignidade de vítimas indefesas e, por extensão, de seus familiares.

Esse tripúdio, aliás, ou pelo menos essa fria indiferença, permanecem visíveis mesmo quando se apela, como alternativa, mas em afronta à lógica do siste-

ma, para a forma qualificada da omissão de socorro (art. 135, par. ún.). Como explicar aos parentes da vítima que sua morte, ainda que abertamente desejada e confessada pelo réu, que poderia *sem dificuldades* evitá-la, constitui evento antijurídico punível, em tese, com ridícula pena de 3 a 18 meses de detenção, ou multa? Com que estado de espírito identificar a deformidade permanente, a cegueira total, a tetraplegia, a perda ou mutilação de braços e pernas – alvo e objeto da *intenção* do omitente – como infração penal de somenos importância, equiparada às contravenções penais?

2.3 Sujeito ativo

O crime é comum, no que tange ao sujeito ativo. Qualquer pessoa pode praticá-lo, desde que, ciente da necessidade de socorro, e podendo agir “sem risco pessoal”, deixe de prestar assistência ou de pedir “o socorro da autoridade pública”. Na grande maioria das vezes, a vítima é *encontrada* em situação de perigo. E na hipótese de o perigo ter sido provocado pelo próprio agente? Apesar das divergências, entendo que se ele age dolosamente – dolo de perigo – incide nas penas do art. 132, que absorve a omissão do art. 135, reputada como fato posterior impunível. Se o sujeito culposamente provoca o perigo ou procede sem nenhuma culpa e, na sequência, dolosamente se omite (dolo de perigo), incide também nas penas do art. 132, de conformidade com o disposto no art. 13, § 2.º, c. Entretanto, se o perigo está associado a uma lesão corporal ou homicídio culposos, a omissão de socorro funciona como causa especial de aumento de pena (arts. 121, §§ 3.º e 4.º e 129, §§ 6.º e 7.º).

É claro que certos vínculos para com o ofendido podem alterar a figura delituosa correspondente (por exemplo, *maus-tratos* – art. 136 – mediante privação de cuidados indispensáveis; *abandono* subsequente ao perigo provocado – arts. 133 e 134; *omissão de socorro, sem justa causa, a descendente ou ascendente gravemente enfermo* – art. 244).

2.4 Crime de trânsito

Por outro lado, a omissão de socorro cometida no trânsito, pelo *condutor* do veículo de que resultou (em regra, *sem culpa*) o acidente, recebe agora uma apenação bem mais severa: detenção, de seis meses a um ano, ou multa (art. 304). Se a vítima, na sequência, vem a morrer, prevalece com exclusividade o correspondente crime culposo do *Código Penal* (art. 121, § 3.º), praticado por omissão. Entretanto, por força de punição mais severa, permanece o enquadramento no art. 304 mesmo que a vítima, na sequência da omissão, sofra lesão corporal de maior gravidade (CP, art. 129, § 6.º).

E se é o próprio condutor que, por culpa, ocasiona o perigo, mas sem causar lesão corporal à vítima? Também neste caso, ao omitir-se, responde pelas penas do Código de Trânsito (art. 304). A superveniência de dano (lesão corporal ou

morte) desloca o fato, com exclusividade, para as figuras culposas correspondentes do próprio *Código de Trânsito* (arts. 302, III, ou 303, par. ún.).

De acordo com o parágrafo único, persiste a pena “ainda que a omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves”. A referência à morte instantânea confere ao delito uma inesperada amplitude, inexistente no art. 135 do CP, que está inserido no capítulo atinente à periclitacão da *vida* e da *saúde*.

Os penalistas reagiram categoricamente: texto absurdo, crime impossível, vício de inconstitucionalidade.

Entendo esse inconformismo. Por sinal, continuo preferindo que o rigor da legislação de trânsito se concentre no âmbito civil ou administrativo (“Prevenção de acidentes de trânsito”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (16): 231-237, out./dez. 1996, São Paulo, RT; “Crimes de trânsito: interpretação e crítica”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (25): 174-188, jan./mar. 1999, São Paulo, RT).

Nada obstante, examino o texto legal em sua razão e objetividade. Mesmo que literalmente se fale, no *caput*, em “imediate socorro à vítima”, o fato é que o parágrafo único, como norma de extensão ou de interpretação da própria lei, voltou ao tema com a clara preocupação de explicar-lhe o sentido e campo de incidência. Entre a frieza do réu, de pouco se importar com o destino e decomposição do corpo da vítima, e a ideologia social de proteção e respeito ao cadáver, optou o legislador por esta última. Parece, aliás, que continuam em vigor os arts. 209 a 212 do CP (Dos crimes contra o respeito aos mortos) e, dentre outros, os arts. 14 e 19 da Lei de Transplantes (Lei 9.434, de 04.02.1997). Além do mais, a regulamentação jurídica do “crime impossível” é tema de alçada exclusiva do legislador, nos limites da Constituição. E a lei pune a quem, no mínimo com dolo eventual, deixa o corpo da vítima, com ou sem vida, entregue à própria sorte.

2.5 *Consumação e tentativa*

Voltemos ao art. 135 do CP em vigor. Consuma-se o delito no momento da omissão, isto é, no momento em que o sujeito deliberadamente se nega a prestar o auxílio imposto por lei. Trata-se de crime instantâneo, embora não seja fácil, em teoria, determinar o tempo juridicamente relevante para o reconhecimento imediato da consumação. Se o sujeito está em dúvida quanto às circunstâncias e necessidade de socorro é claro que ainda não cometeu o delito. Tendo certeza, no entanto, da situação de perigo, e dolosamente se recusando, com sua inércia, a prestar a devida assistência, comete o crime, que se consuma automaticamente. Sobretudo no trânsito (CTB, art. 204), o condutor, apavorado com o fato, pode sentir-se desorientado, perdendo momentaneamente o domínio de sua conduta. Fica difícil, nesse estágio, caracterizar o delito.

Parece haver consenso na doutrina, de um modo geral: a omissão de socorro “não admite tentativa, pela impossibilidade de fracionar-se o processo executivo,

com início de execução” (Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal: parte especial*, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 164). Em outras palavras, o resultado de perigo coincide com a própria omissão e, portanto, na lição de Magalhães Noronha, “ou o agente não socorre e dá-se a consumação, ou pode ainda socorrer e não se caracteriza a execução parcial do tipo” (*Direito penal*, IV, 21. ed., São Paulo, Saraiva, 1986, p. 97). Insisto, contudo, na exigência de dolo e, não, de culpa. Se o sujeito, assustado com a situação da vítima, demora a assumir seu papel, como a estudar momentaneamente a melhor maneira de agir, não comete ainda o delito. O dolo envolve tanto a consciência da necessidade de socorro quanto da possibilidade física e psicológica de prestar assistência, sem risco pessoal e, mesmo, sem risco maior para a própria vítima. Na seqüência, consuma-se o delito com a omissão livremente desejada (dolo direto) ou aceita (dolo eventual).

2.6 Natureza do risco e modo de execução

A lei menciona o risco *pessoal* como limite da obrigação de socorrer. Refere-se, portanto, à vida e integridade física do omitente. Se o risco é de natureza patrimonial, e de pequena monta, não há como escapar do enquadramento típico. Quem se nega a prestar auxílio porque vai consumir gasolina ou sujar de sangue o banco de seu carro, ou deixar de realizar algum negócio, perdendo dinheiro, comete inapelavelmente o delito em pauta. Se o risco é de outra natureza (auto-incriminação delituosa; exposição paralela à desonra própria etc.) e se o perigo para a vítima se resume à saúde, não à própria vida, pode o omitente escudar-se na inexigibilidade de outra conduta, ou estado de necessidade (CP, art. 24).

O socorro prestado, se insuficiente, não elimina o dever de assistência de outras pessoas. Cada um, porém, responde por sua própria omissão (autoria colateral). Não é impossível o concurso de agentes: aquele que, de sua cadeira de rodas, induz outrem à conduta omissiva, que se concretiza, responde pelas penas correspondentes ao delito (CP, arts. 29 e 30).

E se o sujeito, sem condições de socorrer, deixa de pedir o auxílio da autoridade pública, porque seria inoperante, e deixa concomitantemente de solicitar o auxílio (este, sim, válido e eficiente) de pessoa ou instituição *particular*? Tem-se a impressão inicial de que não cometeria crime, por falha ou imprevisão do sistema. É que o texto parece limitar-se a dois comportamentos: assistência *pessoal* (e sem riscos) ou solicitação do auxílio da autoridade *pública*. Da mesma forma, o texto do Código de Trânsito (art. 304). Prevalece, no entanto, o *espírito* da lei: o “risco pessoal” não se restringe à conduta diretamente voltada para a vítima. O “risco pessoal” é mais abrangente, porque vinculado a qualquer gesto capaz de resolver, *por si só ou através de terceiros*, o drama do sujeito passivo. É isso que se busca, aliás, na vida real, quando se encaminha a vítima para uma instituição hospitalar: a assistência de *outrem*, o socorro complementar de quem se mostraria habilitado para a tarefa.

Destarte, se o perigo de vida poderia ser estancado pelo socorro de hospital da rede privada, situado nas proximidades, e se alguém se nega terminantemente

a utilizar seu telefone celular, ou dirigir-se até o local, para a solicitação de ajuda, comete o delito. Este consiste, basicamente, em "deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal". Se é desaconselhável, e até muitas vezes contra-indicado, por falta de conhecimentos técnicos, improvisar duvidoso auxílio a uma pessoa acidentada, não há nenhum risco ou contra-indicação no apelo a terceiros. Configura-se, portanto, o delito, uma vez que se deixa de prestar exatamente a devida assistência, nos limites das possibilidades de cada um. A propósito, se uma pessoa não pode sem o concurso de outra remover um objeto que, por acidente, comprime o corpo da vítima ferida, nem por isso escapa de enquadramento típico se dolosamente omite a sua cota de participação.

2.7 *Sujeito passivo*

Complica-se a matéria quando se procura definir, com precisão técnica, o sujeito passivo da omissão de socorro.

A doutrina está dividida. A lei fala em criança abandonada ou extraviada, ou pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo. Entretanto, várias combinações são possíveis, na tentativa de resolução desse conhecido exemplo de ambigüidade normativa.

A primeira opção, que seria, dentre outros, a de Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, V, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 441-442) e Galdino Siqueira (*Tratado de direito penal: parte especial*, III, Rio de Janeiro, José Konfino, 1947, p. 147) parece fluir com naturalidade da pontuação gramatical constante do corpo do artigo: a) criança abandonada; b) criança extraviada; c) pessoa inválida, ao desamparo; d) pessoa inválida, em grave e iminente perigo; e) pessoa ferida, ao desamparo; f) pessoa ferida, em grave e iminente perigo.

Variante: a) criança abandonada; b) criança extraviada; c) pessoa inválida, ao desamparo; d) pessoa ferida, em grave e iminente perigo.

Criança abandonada é a criança entregue à própria sorte, afastada fisicamente do círculo de proteção de seus familiares ou responsáveis, qualquer que tenha sido o fim ou motivo de quem a deixou em tal situação. Criança extraviada é a criança perdida, sem que se cogite, no caso, de dolo de abandono, mas de possível negligência ou infortúnio pessoal daqueles que deveriam tê-la em sua vigilância ou companhia. O denominador comum do *abandono* ou *extravio* constitui o quadro de perigo à vida ou saúde inerente à incapacidade física e psicológica de autodefesa da criança.

Pergunta-se: qual a idade da criança, para os efeitos da lei penal?

O texto nada esclarece. Considerando que a lei, segundo a maioria dos autores, presume o perigo pelo simples fato do abandono ou extravio, como tal percebido pelo omitente, segue-se a cautela de uma idade que não deixe a menor dúvida, nas circunstâncias, quanto à necessidade de assistência. Em outras palavras, haja vista o considerável número de crianças que perambulam, nos grandes cen-

tros urbanos, pelas ruas, sob os olhares e indiferença dos adultos, dificilmente alguém escaparia de punição, em tese. Um pouco, pois, de *realismo*: se a criança de 10 ou 11 anos de idade, por força do hábito, apesar do infortúnio, sabe defender-se dos riscos de ordem pessoal (riscos ligados à vida, saúde e integridade corporal), somente será vítima do crime do art. 135 se estiver efetivamente ao desamparo ou em grave e iminente perigo. Como sempre, trata-se de matéria de fato, sendo certo que o índice de gravidade do perigo se mostra inversamente proporcional à idade da criança. "Não existe fixação de idade - assinala Romeu de Almeida Salles Júnior - de modo que 'criança', para a lei, é aquela que não pode ainda se defender, dependendo da análise do caso concreto" (*Código Penal interpretado*. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 373). Em certos casos não dá para escapar da evidência de que a idade, de tão baixa, faz presumir de modo absoluto a necessidade de assistência (criança de meses; de alguns anos de idade: três, quatro, cinco anos, por exemplo).

Correta, como regra geral, a observação de Custódio da Silveira: pressupõe logicamente o art. 135 "que se trate de menor em idade que ainda exija vigilância pessoal imediata, ou em idade em que normalmente não se permite ande sozinha ou desacompanhada de pessoa adulta" (*Direito penal: crimes contra a pessoa*. 2. ed. São Paulo : RT, 1973. p. 191).

Pessoa inválida - com inclusão óbvia de qualquer criança, mesmo não abandonada ou extraviada - é aquela que, por deficiência física ou biológica, permanentemente ou transitória (doença, paraplegia, cegueira, embriaguez, mal súbito etc.), não pode por si só resguardar-se do quadro de perigo relacionado com a deficiência. Diga-se o mesmo da pessoa ferida, como tal considerada a que sofre lesão corporal, ainda que por ela mesma provocada, como no caso de tentativa de suicídio.

Se a pessoa ferida pode proteger-se por si mesma do dano em seu próprio corpo, ou se a pessoa inválida já se encontra sob amparo ou proteção de outrem, não há como cogitar-se do crime de omissão de socorro. A lei exige mais, ou seja, exige que a pessoa inválida ou ferida se encontre ao desamparo ou em grave e iminente perigo.

Estaria completa essa lista?

Como lembra Custódio da Silveira, ficou fora "a pessoa válida ou fisicamente sã, ainda que se encontre ao desamparo ou em grave e iminente perigo" (op. cit., p. 191). Exemplos corriqueiros: início de incêndio, risco de afogamento, perigo de queda de local elevado etc. Parece-lhe então impossível, em face da redação da lei, "evitar o entendimento de que só poderão ser sujeitos passivos do crime de omissão de socorro a criança abandonada ou extraviada e a pessoa inválida ou ferida" (op. cit., p. 192). É a opinião, igualmente, de Aníbal Bruno, que invoca o princípio da reserva legal: "Teríamos uma interpretação para além do texto, que importaria na incriminação de fato novo, como seria a omissão de socorro a pessoa em grave e iminente perigo, não estabelecida na lei" (*Direito penal*, IV. Rio de Janeiro : Forense, 1966. p. 257).

Bento de Faria, em frontal divergência, inclui as pessoas válidas e saudáveis. E não vê na solução que preconiza nenhuma “*interpretação extensiva*”, mas tão-somente por força de compreensão, desde que os casos são idênticos, subsistindo a mesma razão de proteção para não omitir o socorro” (*Código Penal brasileiro comentado*, IV. Rio de Janeiro : Record, 1961. p. 131).

O que Bento de Faria pretende dizer é que não está cometendo nenhuma heresia jurídica, uma vez que a ambigüidade natural do texto permite mais de uma opção, e aquela que ele apresenta, “desde que os casos são idênticos”, se mostra bem mais razoável.

Não deixa de ser curioso anotar-se que ele rejeita, em tese, a interpretação extensiva no âmbito do direito penal, o que constitui um equívoco, *data venia*. No momento em que se proíbe a interpretação extensiva, inconfundível com a analogia, se proíbe em verdade o próprio mecanismo de interpretação e, como possível consequência, o respeito à vontade da lei ou do legislador. Além disso, os livros de doutrina e de jurisprudência estão repletos de exemplos reais de autêntica interpretação extensiva – e até de analogia *in malam partem*: esta, sim, dogmaticamente inaceitável. A prática teórica ou judicial desmente a toda hora um simples discurso acadêmico, fadado ao insucesso e à contradição.

A maioria dos penalistas, à semelhança de Bento de Faria, adota o ponto de vista de que a vítima pode ser qualquer pessoa, desde que em grave e iminente perigo. Dentre outros: Heleno Fragoso, *Lições de direito penal: parte especial*, cit., p. 133; João Bernardino Gonzaga, *O crime de omissão de socorro*, Rio de Janeiro, Max Limonad, 1957, p. 121; Celso Delmanto, *Código Penal comentado*, 2. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1988, p. 257; Magalhães Noronha, op. cit., p. 95; Paulo José da Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*, II, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 63; Mayrink da Costa, *Direito penal: parte especial*, II, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 204; Damásio de Jesus, *Direito penal*, II, 13. ed., São Paulo, Saraiva, 1991, p. 154-155; Wiliam Wanderley Jorge, *Curso de direito penal*, II, Rio de Janeiro, Forense, p. 204; Romeu de Almeida Salles Jr., op. cit., p. 372-373; Flávio Augusto Monteiro de Barros, *Crimes contra a pessoa*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 149.

Entendo ser mais fácil, hoje, à luz dos novos tempos e da Constituição Federal de 1988 (art. 5.º, *caput*, dentre outros), sustentar este último ponto de vista. Além disso, o que é uma pessoa inválida? Não deixa de ser *inválido*, nas circunstâncias, aquele que, apesar da excelente saúde, não sabe nadar, ou não tem forças para arrebentar a porta de um compartimento em chamas. Por que aguardar o momento em que ele comece a ferir-se, a fase inicial de afogamento ou de queimadura? E mesmo que se adote um sentido estreito para a expressão “inválido”, o fato é que a lei, na ambigüidade do seu texto, fala em “pessoa ... em grave e iminente perigo”. A vítima, em última instância, não precisaria estar inválida. Seria um tremendo absurdo imaginar que o legislador manifestasse total desinteresse pela vida de pessoas saudáveis, com inclusão, nesse desinteresse, de crianças de um modo geral, não abandonadas nem extraviadas!

A *Magna Carta*, aliás, não permite discriminação de qualquer espécie. Razão, bom senso, interesse social, bem comum, equilíbrio e justiça jamais podem ser negligenciados no momento em que se procura, no texto, um sentido e alcance compatíveis com a ideologia do próprio Código e, sobretudo, de um direito em evolução, agasalhado pela estrutura e princípios básicos de uma Constituição política de cunho democrático.

É bom insistir. Imagine-se uma pessoa hígida, mas fortemente amarrada a uma árvore, em local ermo. Ou de pés e mãos atados – e por isso totalmente imobilizada – no meio de uma via pública, numa cidade qualquer. Essa pessoa, vítima desde logo de grave delito (roubo, seqüestro etc.), se encontra desamparada e, se não for socorrida, corre sério risco em sua saúde e mesmo em sua própria vida. Ainda assim, como observamos, parcela da doutrina não vislumbra no omitente a prática de qualquer crime, por falta de previsão normativa (princípio da tipicidade).

Essa corrente restritivista, não vendo *delito algum* na omissão de assistência, *mesmo se a pessoa vem a morrer*, parece reduzir a hermenêutica jurídica à servidão do texto, como se este, em sua aparência, jamais contivesse resquícios de vagueza e ambigüidade. Ocorre que o legislador constituinte, se de um lado ratificou o princípio da reserva legal, de outro lado garantiu a todos, sem qualquer distinção, o direito à vida e à dignidade. Não cabe ao legislador ordinário, direta ou indiretamente, opor-se a essa diretiva. Há de presumir-se o contrário, que a lei reflita o bem comum, o interesse coletivo. Vale, na lei, o seu *espírito*, que é o espírito sintonizado com as premissas básicas de solidariedade social, sem discriminações.

3. Omissão de socorro qualificada

De acordo com a lei, a pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte (par. ún. do art. 135). Como se apresenta a estrutura desse delito em sua forma qualificada?

3.1 Crime preterdoloso

Já toquei no assunto na Introdução e no item relacionado com o elemento subjetivo do art. 135. Deixei bem claro que se está diante de um delito que reclama, com exclusividade, o dolo de perigo. Assim, se da omissão de socorro advém lesão corporal de natureza grave, ou advém a morte, há de se concluir que esses eventos não podem ser imputados a título de dolo, mas de culpa. O art. 135, par. ún., traduz inquestionavelmente um crime preterdoloso.

Nunca existiu no Código o menor indício de que a intenção de ferir ou matar seria compatível com a despreziosa figura da omissão de socorro qualificada. O título do Capítulo III (Da periclitção da vida e da saúde); o exame lógico-sistemático dos artigos nele inseridos (130 a 136); o confronto com os Capítulos anteriores (crimes contra a vida; das lesões corporais); a consulta à Exposição de Motivos (n. 43); por fim, indagações de ordem ética, de justiça, de bom senso, de

política criminal – tudo, em suma, conduzia à certeza de que a intenção de *ferir* ou de *matar* não cabia nos estreitos limites de um delito modestíssimo, apenado com multa alternativa!

Houve dolo de ferir, de matar? Serenamente, sem nenhuma dificuldade exegética, os autores, em regra, apontavam a solução correta: arts. 129 e 121.

Coerentemente, diversa era a conclusão quando eles analisavam os resultados de dano (lesão grave ou morte) do par. ún. do art. 135. Ensinava Bento de Faria: “Esses resultados, *não devendo ser intencionais*, não modificam a natureza do crime, que permanece o mesmo, apenas punido com maior severidade, ficando demonstrada a relação de causalidade entre esses fatos e a omissão de socorro” (op. cit., p. 133). Mais adiante: se, porém, “ficar provado o propósito da realização daqueles eventos, o crime será o previsto nos arts. 121 ou 129” (ibidem).

Para Aníbal Bruno, o crime do art. 135 é “crime de perigo, mas da omissão do agente pode resultar lesão corporal ou mesmo a morte, o que aumentará o índice da pena, mas se a lesão sobrevém e o omitente admitiu que ela ocorresse, aceitando esse risco, há crime de dano por dolo eventual” (op. cit., p. 254).

Também Frederico Marques: “O crime de omissão de socorro, como o próprio *nomen juris* o está indicando, é infração penal *omissiva*. Trata-se, ao demais, de crime de perigo, e não de crime de dano. Quem se omitisse ou se quedasse inerte, com o fim de causar dano à incolumidade física da vítima, estaria cometendo ou crime contra a integridade corporal desta, ou crime de homicídio, ou então, tentativa de morte” (op. cit., p. 333-334).

Indicava Jorge Severiano Ribeiro como um dos requisitos do crime de omissão de socorro a “ausência de intenção de lesar a pessoa” (*Código Penal Comentado*, III, 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1945, p. 178). Era essa, também, a opinião de Nélson Hungria (op. cit., p. 381 e 445).

3.2 Indiferença: dolo ou preterdolo

Nem todos concordavam. João Bernardino Gonzaga, a par de outros motivos, aduzia que um crime omissivo puro não poderia, em absoluto, ser transformado em comissivo por omissão. Se tal acontecesse, na hipótese descrita pelo art. 135, par. ún., a punição por homicídio “repousaria na exclusiva direção do pensamento; ou melhor, o castigo teria por base um simples desejo, contrariando assim a velha parêmia, ainda em vigor, de que *statuti puniunt factum et non animum*” (op. cit., p. 183).

A punição por homicídio, no entanto, segundo me parece, se ancorava na estrutura do próprio Código: arts. 121 ou 129 c/c os arts. 11 (atual art. 13) e 15 (atual art. 18). A opção pelo art. 135, par. ún., é que se apoiava, *data venia*, na “exclusiva direção do pensamento”, quer dizer, no pensamento ideológico do *intérprete*. Era este que transformava a lei a seu talante, ainda que santificado pelas boas intenções.

Eminentes penalistas, nas últimas décadas, diante do risco de erro judiciário, ou de perseguição política dos órgãos estatais (delegado de polícia, promotor de justiça, juiz de direito, dentre outros) contra os autores de crimes de dano praticados por omissão, também diminuíram o campo de incidência dos arts. 121 e 129 do CP e, de quebra, ampliaram os limites do art. 135, par. ún. "Autor de crime comissivo por omissão só pode ser quem esteja em estreita relação com o bem jurídico tutelado, de modo a considerar-se garante da não superveniência do resultado. Trata-se, pois, de *crime próprio*" (Heleno Fragoso, *Lições de direito penal: a nova parte geral*, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 242).

Em termos atualizados, essa autoria própria, exclusivista, estaria compreendida nas alíneas *a*, *b* e *c* do § 2.º do art. 13, que dogmatiza a omissão relevante. Assim, não havendo qualquer vínculo prévio (paternidade, contrato, aceitação do encargo, provocação do perigo etc.) entre o omitente e o periclitante, segue-se a impossibilidade jurídica, na conduta omissiva, das figuras delituosas correspondentes: lesão corporal e homicídio. Como prêmio de consolação, mas à revelia do sistema, indica-se a forma qualificada do art. 135, par. ún..

Dentre outros, além de João Bernardino Gonzaga e Heleno Fragoso, negam firmemente a figura do homicídio: João José Leal, *Curso de direito penal*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1991, p. 179; Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de direito penal*, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 1991, p. 118; Miguel Reale Júnior, *Parte geral do Código Penal: nova interpretação*, São Paulo, RT, 1988, p. 48; Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, II, São Paulo, Atlas, 1995, p. 138; Juarez Tavares, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, Rio de Janeiro, Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, p. 78 e 86-87; Flávio Augusto Monteiro de Barros, op. cit., p. 16 e 147.

Este último, contrariando o próprio Heleno Fragoso, que liderou, no Brasil, a corrente limitativa, chega a enxergar omissão de socorro qualificada e, não, homicídio doloso, se o motorista atropela sem culpa a sua vítima e, identificando-a como seu inimigo, deixa propositamente de socorrê-la, na esperança de que morra. Note-se que não se cogita, na época, do novo Código de Trânsito Brasileiro. Explica Monteiro de Barros: "Com o devido respeito, o dever jurídico específico de agir, emanado do art. 13, § 2.º, c, só tem incidência quando o perigo é causado ao menos culposamente. Desse modo, no exemplo figurado, o agente responderá apenas pelo delito de omissão de socorro, malgrado o dolo de matar" (p. 147). Fico a imaginar a hipótese de exímio nadador que, sem culpa, concorre para que uma criança de 3 ou 4 anos de idade caia nas águas de uma piscina de adultos. O nadador, verificando tratar-se do filho de seu inimigo, deixa sumariamente de socorrê-lo, pois aceita e quer o desenlace fatal, que ocorre. De modo semelhante, a hipótese de um motorista de táxi. Este, surpreendido sem culpa por uma criança que, correndo, invade a pista, quebra-lhe a perna em decorrência do impacto, havendo ainda perda de sangue em outras partes do corpo. O taxista desce do automóvel, cruza os braços e assiste, sadicamente, ao sofrimento da pobre vítima. Depois segue em frente, antegozando o prazer de vê-la morta. A criança morre, fato que não ocorreria se fossem toma-

das as providências cabíveis, todas elas ao alcance do motorista. Em ambos os casos: omissão de socorro qualificada, aduziria Monteiro de Barros, e isso, conforme reconhece, “malgrado o dolo de matar”.

Essa distinção interpretativa quanto à letra *c* nos conduz ao cerne da hermenêutica jurídica, de seus limites como instrumento de acesso à verdade objetiva do sistema legal. O intérprete com poder decisório, dispondo de suficiente liberdade, acaba impondo sua vontade ideológica a todo e qualquer texto normativo. O direito penal, em última instância, não se resolve com a lei, e sim, com a lei tal como a enxerga o jurisconsulto – a lei em suas múltiplas e contraditórias aparências.

Também a letra *a* do § 2.º do art. 13 fica sujeita a eventuais idiosincrasias do exegeta. Ali se consigna que o dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. Como vimos, a última corrente, benéfica para com os acusados, restringe a incidência da norma aos delitos comissivos por omissão, e sempre no pressuposto de um *específico* dever de agir, de um vínculo personalizado entre o omitente e o periclitante, inconfundível com o dever genérico de socorrer, válido para qualquer pessoa. Dá-se ao texto uma interpretação *restritiva*: qualquer lei, *menos* a lei penal. Por exemplo: *menos* o art. 135 do CP, que acabaria reivindicando, com exclusividade, o enquadramento jurídico-penal de resultados culposos ou dolosos, indistintamente.

Contudo, é pouco falar em *especial* dever de evitar o resultado, a lembrar, quanto ao sujeito, seu “papel de garantidor”. É que permanece uma certa vagueza na lição doutrinária referente a esse papel. Para Cezar Roberto Bitencourt não praticam omissão de socorro qualificada, mas homicídio, os médicos que se negam “a atender determinado paciente em perigo de vida, e que em virtude dessa omissão venha a morrer”. Esclarece que diferentemente do que se afirma na mídia (e eu acrescento: na jurisprudência!) o crime que os médicos praticam “não é *omissão de socorro*, mas *homicídio*, ainda que culposos, porque o médico tem essa *especial função de garantir* a não-superveniência de um resultado letal, e esse *dever* lhe é imposto por lei” (*Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo : RT, 1997. p. 203).

Trocando em miúdos, o diploma de médico e inscrição no órgão de classe, independentemente de qualquer outro detalhe (por exemplo, a aceitação *prévia* do encargo, a pedido do doente ou de seus familiares, ou o desempenho da função de plantonista de instituição hospitalar), remetem a omissão de socorro, em havendo morte, para o art. 121, § 3.º. Motivo: o dever de agir imposto por lei (art. 13, § 2.º, *a*). A grande maioria dos autores, nada obstante, prefere a hipótese da alínea *b*, que exigiria do médico (ou, se for o caso, do enfermeiro) que ele houvesse, de algum modo, e com antecedência, assumido a responsabilidade de impedir o resultado. Dentre outros: João José Leal, op. cit., p. 181; Jair Leonardo Lopes, *Curso de direito penal: parte geral*, São Paulo, RT, 1993, p. 114; Edmundo Oliveira, *Comentários ao Código Penal: parte geral*, Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 187; Fernando de Almeida Pedroso, *Direito penal: parte geral*, 2. ed., São Paulo, Leud, 1997, p. 115; Ney Moura Teles, *Direito penal: parte geral*, I, São Paulo, LED, 1996, p. 215).

Portanto, nem ao menos o auto-enquadramento nesta ou naquela corrente hermenêutico-dogmática constitui garantia de que, no caso concreto, ainda que banal, se alcance a desejável uniformidade interpretativa.

3.3 O passado no presente

Acontece que nem todos concordam com a exegese restritiva, mesmo após a vigência da nova Parte Geral, de 1984. Quer dizer, há quem faça eco às lições mais antigas – por exemplo, às lições de Aníbal Bruno, Bento de Faria e Frederico Marques.

Romeu de Almeida Salles Júnior, incluindo a “norma jurídica civil ou penal” (grifos meus) como fonte da obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (art. 13 § 2.º, *a*), e falando em preterdolo na hipótese do art. 135, par. ún., *parece* indicar, na hipótese de dolo quanto ao resultado mais grave, as figuras delituosas correspondentes: homicídio e lesão corporal (op. cit., p. 23 e 373).

Mayrink da Costa se mostra mais explícito: “Se houver o *animus necandi* ou *laedendi*, as figuras típicas são dos arts. 121 e 129 do CP” (op. cit., p. 208).

Ouçamos Ariosvaldo de Campos Pires: “Evidente que, se os resultados que qualificam os crimes foram queridos, ao menos eventualmente, outras serão as infrações: homicídio doloso e lesão grave dolosa” (*Compêndio de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro : Forense, 1990. p. 87).

Mais recentemente, Victor Eduardo Rios Gonçalves, ao analisar o par. ún. do art. 135: “Em razão do montante da pena, conclui-se que as qualificadoras são exclusivamente preterdolosas, ou seja, o resultado lesão grave ou morte deve ser culposos” (*Dos crimes contra a pessoa*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1999. p. 77). No pressuposto óbvio de que o ilustre professor conhece o significado básico de *exclusivamente*, segue-se de modo irretorquível que ele afasta da modesta forma qualificada do art. 135 a morte dolosa cometida mediante omissão de socorro.

3.4 Observações crítico-metodológicas

Voltamos, assim, à estaca zero. E às conseqüências de sempre, no plano pedagógico. A divergência, que é séria, ilustra a tese do esgotamento da “moderna” dogmática. Nenhum penalista, nacional ou estrangeiro, descobriu até hoje a técnica hermenêutica universal, objetiva, desinteressada, capaz de sobrepujar-se a qualquer outra e neutralizar, de passagem, a subjetividade inerente ao labor exegético.

Em matéria de identificação ou descoberta do direito não bastam portanto as leis, que se somam a tantas outras e parecem contradizer-se no plano intrassistemático. Não bastam as teorias ditas “ontológicas”, porque lhes falta, em essência, o conteúdo imediato, o significado intrínseco absolutamente unívoco. Não bastam as evidências ou intuições de ordem racional, subjetivas, já que elas se anulam entre si, no choque ideológico das preferências ocasionais. Se assim

não fosse, os bons penalistas não deveriam divergir em questões fundamentais e muito menos em torno de hipóteses corriqueiras do dia-a-dia forense. Mas eles divergem. E a explicação não pode continuar atrelada ao falacioso discurso do erro de uns e acerto de outros.

Ter visão crítica, e aplicá-la na questão em exame, é perceber a relatividade das coisas, a interferência dos valores pessoais do exegeta na tarefa impossível de apontar caminhos e soluções uniformes, padronizados; é duvidar da pretensiosa “evolução” de uma dogmática entrecortada de avanços e recuos, eis que intrinsecamente contraditória e repetitiva em suas novas roupagens.

Com efeito, a dogmática de hoje valoriza a lei, por seu significado político, mas abomina – e com razão, em parte – o que se positivou legislativamente sobre os crimes hediondos; valoriza a lei, mas entrega o destino do réu, em última instância, nos crimes dolosos contra a vida, à soberania de um tribunal do júri autorizado a decidir *contra* ela, mesmo em detrimento de uma possível inocência do acusado e sem necessidade de fundamentação (CPP, arts. 464, 486 e 493); valoriza a lei, mas acata e dissemina soluções tópicas oportunistas, distanciadas das instruções do legislador; em suma, valoriza a lei, mas introduz, a cada instante, em seu vasto e culto repertório, os antídotos de ocasional e momentânea conveniência: analogia, costumes, política criminal, estruturas lógico-objetivas, bom senso, razão, equidade, justiça, progresso, adequação social.

Sempre foi assim, e é isto o que se passa igualmente com a solução que se pretende ancorada na lei e no direito quando se analisa o art. 135, par. ún. Apesar das aparências e da complicada sofisticação argumentativa, e sem embargo da sabedoria e cultura óbvias de eminentes juristas, o fato é que o direito penal, por sua natureza intrínseca, não cabe nos limites acanhados de nenhuma dogmática em particular. O direito penal, em sua imanente historicidade, exige muito mais do que seu ilusório confinamento a teorias ontológicas (por exemplo, finalismo da conduta; estruturas objetivas do crime ou da pena etc.) ou a sistemas legais herméticos e hierarquizados, a partir da Constituição.

Façamos uma análise comparativa. A mãe que, por dificuldades econômicas, abandona perigosamente o filho de poucos meses no quintal de uma casa, de madrugada, na esperança de vê-lo recolhido no mesmo dia, incide nas penas do art. 133. Quais os limites punitivos da lei? Detenção de 6 meses a três anos, com acréscimo de 1/3, nos termos do § 2.º, II, ainda que a criança não sofra nenhuma lesão corporal, por levíssima que seja. Aí está: punição muito mais severa do que aquela que se reserva para a omissão de socorro *qualificada pela morte*! E mais, se a criança *morre* (fato que será lamentado pela mãe, que desejava o melhor para o seu filho!), as penas se alteram drasticamente: mínimo de 5 anos e 4 meses (!) e máximo de 16 anos de *reclusão* (§§ 2.º e 3.º, II)!

Diante desse quadro, afirmar que o legislador, dois artigos após, e no mesmo capítulo, incluiu e misturou na forma qualificada (art. 135, par. ún.), com total indiferença, *culpa* e *dolo* de lesão grave ou de homicídio, é transferir para o sistema aquilo que o sistema, em verdade, repele.

Pode-se concluir que nem sempre vale o que está escrito. Nem sempre valem os reforços explicativos da fonte produtora do diploma legal (no caso, item 43 da Exposição de Motivos). O que importa é a disposição ideológica do operador jurídico. Pesa, isto sim, o grau de liberdade que ele desfruta para, se for o caso, transferir para o objeto, uma vez reinterpretado, sua própria sensibilidade normativa (*Curso crítico de direito penal*, Florianópolis, Obra Jurídica, 1998, p. 99-101, dentre outras).

O problema não é de inteligência, mas de vontade. Explicando melhor, em linguagem contemporânea: também de inteligência, mas de inteligência emocional, que melhor canaliza ou predispõe a vontade de ação ou omissão de cada intérprete ou operador jurídico.

É preciso, no entanto, respeitar o ponto de vista contrário. Todo o arsenal retórico da corrente restritivista se concentra na razoável preocupação de impor limites objetivos ao poder punitivo do Estado. O § 2.º do art. 13 representa uma opção normativa, e ela não surgiu abruptamente. O tema, que é complexo, já vinha sendo alvo de acalorados estudos e debates no mundo inteiro, inclusive no Brasil. O parágrafo em questão, mesmo não constituindo obra perfeita, significa um avanço, um marco positivo, seja no que concerne ao conteúdo ético, seja no que tange à técnica legislativa. E entrou em vigor em 1984, bem depois da vigência da antiga Parte Geral (1942).

Além disso, não constitui nenhuma heresia jurídica sustentar, quanto ao resultado, uma interpretação restritiva (ou estrita) do art. 13, § 2.º, *a*. O texto legal permite igualmente esse tipo de leitura. Uma leitura que, de seu turno – e há pouco toquei no assunto – já era advogada previamente como doutrina, como conceito ideológico a ser transposto para os códigos penais, no momento adequado.

Uma norma jurídica não implica necessariamente uma opção entre o bem e o mal. Não raro, essa opção se perfaz no contexto de valores de peso e conteúdo mais ou menos equivalentes. Não é fácil, por exemplo, equilibrar os interesses da vítima, de justiça material, e os interesses, em termos de segurança jurídica, de todo e qualquer cidadão em face do poder punitivo do Estado.

3.5 Síntese conciliatória

Dessa tensão de correntes antagônicas é possível que se chegue, de *lege ferenda*, a uma síntese conciliatória. De um lado, caso reconhecida a validade da tese limitativa: que se normatize radical aumento de pena para a omissão de socorro associada a dolo de dano. Acatada, no entanto, a outra corrente, de maior abrangência da norma, caberia tratamento diferenciado para o delito imprópria-mente omissivo, menos grave do que o delito praticado por uma conduta de ação.

Por que menos grave? Porque no crime comissivo é o próprio agente que desencadeia o processo de causação do resultado; um processo, portanto, ainda inexistente. Sem embargo das contestações e sutilezas filosóficas, só a conduta militante é capaz de *provocar*, no reino empírico da natureza, um resultado qualquer que se reputa criminoso: inundação, incêndio, morte, lesões corporais, dentre outros. Quem mata é o autor das facadas, não aquele que nega socorro ao periclitante. Ambos, porém, podem nivelar-se no plano meramente normativo. No Brasil, por sinal, ação

e omissão se encontram equiparadas de pleno direito. “Considera-se causa”, reza o art. 13, “a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Clareza meridiana: uma e outra (ação e omissão) recebem a mesma conotação institucional.

Não importa se a omissão, na realidade das coisas, exerce papel coadjuvante de um processo causal já em andamento. O direito penal se constrói através de fatos normativos de caráter histórico, inventados e construídos pelo homem – e não de fatos da natureza aferidos ou interpretados na dinâmica de intrínsecas manifestações objetivas, previamente estabelecidas por uma espécie de legislador universal. Como disse Manuel de Rivacoba y Rivacoba, “los hombres no se han hecho para el Derecho y su ciencia, sino el Derecho y la jurisprudencia para los hombres” (¿Hacia un nuevo conceptualismo jurídico?, *RBCrim* 27/69, jul./set. 1999, São Paulo, RT).

O legislador de carne e osso reescreve no âmbito dogmático a “causalidade” que entender cabível, ainda que faça referência, conforme a hipótese, à causalidade natural, própria das condutas comissivas. E o que conta para o penalista é essa reescritura soberana, independente por si mesma, assim como lhe interessa, de primeira mão, sem qualquer vínculo ontológico anterior, o mandamento legal da omissão *relevante como causa*. A omissão passa a ser *causa* – melhor dizendo, passa a ser *considerada* causa – porque assim ficou dito e registrado no art. 13 do CP. E não há nada no sistema do Código que afaste explicitamente dos crimes propriamente omissivos a regra geral do art. 13, sobretudo quando sobrevenha resultado de dano (formas qualificadas).

Ainda assim, e exatamente por isso, é que faz sentido criticar essa equiparação normativa. E por duas razões: 1.º) Não é justo punir, de modo idêntico, a quem dá causa diretamente a um resultado por um proceder ativo (facadas, tiros de revólver etc.) e a quem apenas se depara com uma situação preexistente de perigo e nada faz para evitar, na sequência, o previsível evento lesivo. 2.º) Não é justo equiparar, neste último caso, à omissão dolosamente voltada para o resultado de dano, a omissão tendente apenas ao perigo.

Conclusão: há que se encontrar, no futuro, uma fórmula conciliatória, conforme aduzido linhas atrás. As melhores leis são exatamente aquelas que, a par de sua clareza e coerência intrassistemática, conduzem o intérprete a soluções previamente direcionadas pelo ideal de justiça, que exige, no mínimo, tratamento igualitário e conformidade com a escala de bens e valores de todos os membros do grupo social.

Referências bibliográficas

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo : RT, 1997.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1966. v. 4.
- CALDEIRA BASTOS, João José. “Crimes de trânsito: interpretação e crítica”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (25): 174-178, jan./ mar. 1999, São Paulo : RT.
- . *Curso crítico de direito penal*. Florianópolis : Obra Jurídica, 1998.
- . “Prevenção de acidentes de trânsito”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (16): 231-237, out./dez. 1996, São Paulo : RT.

- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo : Saraiva, 1988. v. 2.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1988.
- FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro*. Rio de Janeiro : Record, 1961. v. 4.
- . *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1985.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983. v. 1.
- FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1991. v. 4.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Dos crimes contra a pessoa*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.
- GONZAGA, Bernardino. *O crime de omissão de socorro*. Rio de Janeiro : Max Limonad, 1957.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1948. V.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 1991. II.
- JORGE, William Wanderley. *Curso de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro : Forense, 1989. v. 2.
- LEAL, João José. *Curso de direito penal*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1991.
- LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo : RT, 1993.
- MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal*. 21. ed. São Paulo : Saraiva, 1986. II.
- MAYRINK DA COSTA, Álvaro. *Direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro : Forense, 1986. v. 2, t. 1.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 9. ed. São Paulo : Atlas, 1995. v. 2.
- MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. *Crimes contra a pessoa*. São Paulo : Saraiva, 1997.
- MOURA TELES, Ney. *Direito penal: parte geral*. São Paulo : LED, 1996. I.
- OLIVEIRA, Edmundo. *Comentários ao Código Penal: parte geral*. Rio de Janeiro : Forense, 1994.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo : Leud, 1997.
- PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro : Forense, 1990. v. 2.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Parte geral do Código Penal: nova interpretação*. São Paulo : RT, 1998.
- RIBEIRO, Jorge Severiano. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro : Jacinto, 1945. III.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de. “¿Hacia un nuevo conceptualismo jurídico?”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (27): 62-69, jul./set. 1999. São Paulo : RT.
- SALLES JR., Romeu de Almeida. *Código Penal interpretado*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito penal: crimes contra a pessoa*. 2. ed. São Paulo : RT, 1973.
- SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro : José Konfino, 1947. v. 3.
- TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro : Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1991.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.2

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:

Agilidade e transparência

PETRÔNIO CALMON FILHO

SUMÁRIO: 1. A Comissão de Reforma do Código de Processo Penal – 2. Os escopos do projeto de lei sobre a investigação criminal – 3. O alcance do projeto sobre a investigação criminal – 4. As modalidades e a titularidade da investigação criminal (art. 4.º, I e II) – 5. A comunicação do fato criminoso e as providências da polícia (art. 4.º, *caput* e §§ 1.º a 3.º): 5.1 A nova sistematização; 5.2 A revogação das disposições não processuais do art. 4.º; 5.3 As principais alterações – 6. A comunicação do fato criminoso ao Ministério Público: transparência e controle constitucional (art. 4.º, §§ 4.º a 7.º): 6.1 O requerimento de investigação criminal; 6.2 Registro imediato da ocorrência e comunicação ao Ministério Público; 6.3 A falta de elementos para a instauração da investigação criminal; 6.4 Infração penal atribuída a policial – 7. O termo circunstanciado (art. 5.º) – 8. A obrigatoriedade do inquérito policial (art. 6.º, *caput*) – 9. As diligências básicas do inquérito policial (art. 6.º, incisos) – 10. O contraditório pleno nas perícias realizadas durante o inquérito policial – 11. A investigação ágil, desburocratizada e transparente (art. 6.º, §§ 3.º e 4.º): 11.1 Investigação célere com depoimentos informais (§ 3.º); 11.2 Registro em audiovisual (§ 4.º) – 12. O objetivo da investigação criminal e a fundamentação da decisão judicial (art. 7.º) – 13. O respeito ao investigado e seu indiciamento (art. 8.º): 13.1 Situação jurídica de indiciado; 13.2 O respeito ao indiciado; 13.3 A identificação criminal; 13.4 A verificação da personalidade do indiciado e comunicação de endereço – 14. O prazo para a investigação (art. 9.º, *caput*, § 2.º, III e IV e art. 10) – 15. A definição dos papéis na persecução penal – 16. A remessa dos autos ao Ministério Público e a continuidade da investigação sem entraves burocráticos (art. 9.º, § 1.º) – 17. As opções de conduta do Ministério Público quando recebe os autos da investigação criminal (art. 9.º, § 2.º): 17.1 O oferecimento da denúncia; 17.2 O arquivamento da investigação criminal; 17.3 Novas diligências; 17.4 Diligências especificadas pela autoridade que preside a investigação; 17.5 A requisição fundamentada de novas diligências pelo Ministério Público – 18. Oferecimento de denúncia não obstante à requisição de diligências (art. 9.º, § 3.º) – 19. Autos suplementares (art. 9.º, § 4.º) – 20. Condutas possíveis ao Ministério Público após a realização das diligências complementares (art. 9.º, § 5.º) – 21. As alternativas do ofendido diante da inércia da polícia e do Ministério Público (art. 10, § 1.º e art. 14) – 22. Diligências que dependem de autorização judicial (art. 10, § 2.º e art. 13, IV) – 23. Providências cartoriais (arts. 11 e 12) – 24. A nomeação de curador para menor (art. 15) – 25. A garantia constitucional da fundamentação (art. 16) –

26. O arquivamento dos autos e a retomada das investigações (arts. 17 e 18) – 27. A remessa dos autos à Justiça nos casos de ação penal privada (art. 19) – 28. O sigilo das investigações e a preservação da intimidade do investigado (art. 20) – 29. A incomunicabilidade do preso (art. 21) – 30. A desconsideração das barreiras territoriais (art. 22) – 31. As estatísticas criminais (art. 23) – 32. A prescindibilidade da investigação policial quando se tratar de crimes do colarinho branco (art. 26) – 33. O arquivamento da investigação criminal (art. 28): 33.1 O sistema atual; 33.2 As novas regras para o arquivamento; 33.3 A promoção fundamentada de arquivamento (art. 28, *caput*); 33.4 A revisão obrigatória pelo órgão superior; 33.5 Arquivamento promovido pelo Procurador-Geral – 34. A revisão da promoção de arquivamento: 34.1 O procedimento administrativo de revisão; 34.2 A valorização da vítima e da garantia do contraditório; 34.3 As opções do órgão superior – 35. A legitimidade dos entes coletivos na ação penal privada (art. 30) – 36. Os prazos para o Ministério Público e suas consequências (art. 46) – 37. A *vacatio legis* (art. 2.º do projeto) – 38. Conclusão.

Resumo: Comentário do projeto de lei que modifica o Código de Processo Penal na parte que trata da investigação policial, inquérito policial e termo circunstanciado, proporcionando agilidade e transparência à atividade policial.

Palavras-chave: Projeto de lei – Código de Processo Penal – Investigação policial – Termo circunstanciado – Agilidade – Transparência.

1. A Comissão de Reforma do Código de Processo Penal

No dia 08.02.2000 o Ministro da Justiça instalou a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, nomeando 10 juristas do Instituto Brasileiro de Direito Processual para promover estudos e elaborar uma proposta de reforma do sistema processual penal brasileiro.

Fizeram parte da Comissão a Profa. Ada Pellegrini Grinover (Presidente) e os Professores Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, Petrônio Calmon Filho (Secretário), Rogério Lauria Tucci, Sidnei Augustinho Beneti e Rui Stoco, nomeado em abril de 2000 (René Ariel Dotti havia participado até este mês).

Os trabalhos foram divididos em duas etapas. Na primeira, foram elaborados 11 anteprojetos, correspondentes aos projetos que haviam sido elaborados em 1994 por comissão anterior do Ministério da Justiça, presidida pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, retirados do Congresso Nacional a pedido do próprio governo. Profundas modificações foram introduzidas, apesar de 8 dos membros da atual comissão terem participado da comissão anterior. Ao final desta etapa, foi promovido um amplo debate, de âmbito nacional, com a participação de mais de 400 pessoas, representando todos os seguimentos envolvidos na persecução penal. Os debates foram realizados em Brasília, durante as III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal, nos dias 23 a 26.08.2000.

Em uma segunda etapa, foram examinadas todas as críticas e sugestões apresentadas durante o mencionado debate público, bem como as que foram entregues pessoalmente à Comissão ou enviadas por correio eletrônico. Muitas sugestões foram acatadas, o que faz com que os textos definitivos apresentem poucas semelhanças com os originais. Alguns anteprojetos foram fundidos, resultando na apresentação de sete propostas legislativas autônomas.

Após 10 meses de trabalho, com 20 dias completos de reuniões, a *Comissão Ada Pellegrini* apresentou ao Ministro da Justiça sete anteprojetos de lei, tratando dos seguintes temas: 1 – Investigação criminal; 2 Procedimentos, suspensão do processo e efeitos da sentença penal condenatória; 3 – Provas; 4 – Interrogatório do acusado e defesa efetiva; 5 – Prisão, medidas cautelares e liberdade; 6 – Júri; 7 – Recursos e ações de impugnação.

Este artigo destina-se a comentar algumas importantes inovações constantes do projeto sobre a investigação criminal.

2. Os escopos do projeto de lei sobre a investigação criminal

Os objetivos da *Comissão Pellegrini*, claramente percebíveis, foram proporcionar uma investigação com agilidade e transparência. Enquanto as corporações procuravam fazer chegar à Comissão e ao Ministério da Justiça seus ideais de auto-fortalecimento, os autores do novo código optaram por disciplinar a atividade de investigação, não se manifestando quanto aos “poderes” de cada seguimento dos atores da persecução penal. Esta é a razão da abolição da expressão “investigação policial”, constante dos primeiros ensaios apresentados ao público durante a realização das III Jornadas. Não se podia manter a terminologia do código atual, pois o *inquérito policial* não é mais o único meio de se proceder à investigação, desde a adoção do *termo circunstanciado* pela Lei dos Juizados Especiais. O projeto trata da *investigação criminal*, aplicável a todas as formas pelas quais se possa proceder a essa atividade, independente, ainda, de quem a irá desenvolver. Apesar dessa abertura, a disciplina do projeto é clara e objetiva, atribuindo à polícia a responsabilidade pela investigação.

3. O alcance do projeto sobre a investigação criminal

O projeto dá nova redação aos arts. 4.º a 23, 26, 28, 30 e 46 do atual Código de Processo Penal, ou seja, modifica todo o Título II, hoje intitulado “Do inquérito policial” e *alguns artigos do Título III – “Da ação penal”*, ambos do Livro I do Código. Como resultado da adoção de duas modalidades de investigação, o Título I foi alterado para “Da investigação criminal”.

O objetivo inicial era tratar apenas da investigação, mas alguns dispositivos do Título II precisaram sofrer alterações, com vistas a guardar coerência com as alterações do Título I e com os escopos da reforma. Nunca é demais lembrar que se trata de uma reforma e não de um novo código. Assim, as alterações devem

procurar seguir a sistemática do código em vigor, mantendo-se, ao máximo, a numeração atual. Por este motivo verifica-se alguns dispositivos esparsos tratando do mesmo assunto.

4. As modalidades e a titularidade da investigação criminal (art. 4.º, I e II)

A reforma começa pelo art. 4.º e nosso comentário se inicia com a abordagem dos seus incisos, que não trazem qualquer alteração em relação a atual legislação, pois apenas reúnem em um só dispositivo as duas modalidades de investigação criminal já previstas: *inquérito policial* (art. 5.º do CPP) e *termo circunstanciado* (art. 69 da Lei 9.099/95).

É conveniente ressaltar, desde já, que o projeto mantém a prescindibilidade da investigação, o que permite o oferecimento da denúncia sem que tenha sido instaurado qualquer procedimento investigatório, desde que, evidentemente, o Ministério Público possua outros elementos de informação suficientes para agir. Acentuando este posicionamento, o projeto inova, sobremaneira, ao dispor no art. 26 que a autoridade administrativa deve remeter os elementos de informação que apurar diretamente ao Ministério Público, quando se tratar de infração penal praticada contra o Sistema Financeiro Nacional, a ordem tributária ou econômica (ver comentários infra). Neste caso, o Ministério Público somente requisitará a investigação policial quando a entender necessária.

5. A comunicação do fato criminoso e as providências da polícia (art. 4.º, *caput* e §§ 1.º a 3.º)

5.1 A nova sistematização

O *caput* do art. 4.º e os §§ 1.º a 3.º tratam das formas pelas quais a polícia toma conhecimento da infração penal:

- a) a polícia pode agir de ofício (*caput*);
- b) a polícia deve agir quando é provocada pela própria vítima ou seu representante legal (*caput*);
- c) a polícia deve agir por requisição do Ministério Público (*caput*);
- d) tratando-se de crime de ação penal pública condicionada, mantém-se indispensável a manifestação de quem encontra-se revestido deste poder (§ 1.º);
- e) tratando-se de crime de ação penal privada, a investigação somente poderá ser iniciada após clara manifestação do ofendido ou de seu representante legal (§ 2.º); e
- f) qualquer pessoa pode comunicar um delito à polícia, mantendo-se, assim, o reconhecimento de que o esclarecimento dos fatos criminosos é do interesse de toda a sociedade (§ 3.º).

5.2 A revogação das disposições não processuais do art. 4.º

O atual art. 4.º do CPP trata de outro tema, disciplinando qual autoridade exercerá o papel da polícia judiciária. O *caput* atual determina que a polícia judiciária será exercida pela autoridade policial, mas o parágrafo observa que esta determinação não exclui a de outras *autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função*.

Apesar de ter mantido esta disposição em seu anteprojeto original, a *Comissão Pellegrini*, em sua segunda etapa de trabalhos, preferiu deixar de abordar o tema, assim agindo por dois motivos: em primeiro lugar porque o dispositivo é contraditório, na medida em que define quem fará a polícia judiciária no *caput*, mas permite, em seu parágrafo, que qualquer outra autoridade exerça esta função (em boa técnica, uma lei não precisa autorizar que outra lei a excepcione); em segundo lugar, a Comissão entendeu que o Código de Processo Penal não deve tratar das funções e dos poderes das autoridades administrativas, tema adequado para cada lei orgânica, separadamente.

Não se podia aproveitar a ocasião para resolver conflitos corporativos antigos. O código deve tratar da investigação criminal, não importando quem a dirigirá. A legislação atual é repleta de casos em que se define autoridade administrativa diversa da polícia para a direção da investigação criminal, dentre elas os presidentes dos tribunais, das casas legislativas e os procuradores-gerais, sem falar no inquérito dos crimes de falência, dirigido pelo próprio juiz de direito.

As disposições não processuais, portanto, foram deixadas de fora do novo código. A regra, porém, foi plenamente reforçada: a função de investigação criminal é eminentemente policial. O código não a define para outras autoridades, por outro lado não veda. Ao regular o endereçamento oral ou escrito das notícias de crime, requisições e requerimentos de investigação criminal, o código determina que se faça, em regra, à polícia. Essa é a sistemática mais adequada.

5.3 As principais alterações

Conforme já se disse supra, a sistemática de comunicação das infrações penais à polícia sofreu poucas alterações em sua essência. Comparando o atual art. 5.º com o art. 4.º proposto, verifica-se o seguinte: foram mantidas a ação policial *ex officio*, a requisição do Ministério Público e o requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo, bem como foi mantida a possibilidade de qualquer pessoa comunicar a existência de uma infração penal à polícia, a necessidade de representação e de requerimento para os casos de ação penal pública condicionada e ação privada.

Foi abolida, somente, a referência à requisição judicial. Coerente com outras modificações (em especial a do art. 28), o projeto define bem as funções de cada um dos operadores do direito na investigação criminal e no processo penal. Não faz qualquer sentido a manutenção da requisição judicial para a investigação cri-

minal. O juiz, ao tomar conhecimento de uma infração penal, deverá comunicá-la ao Ministério Público, nos termos do art. 40, não se envolvendo com a iniciativa de qualquer procedimento investigatório. Não se exclui, também, a possibilidade de o juiz prender qualquer pessoa em flagrante delito, hipótese em que o preso será encaminhado à polícia e lavrado o respectivo termo, que é, em si, o próprio inquérito policial. Nem poderia ser diferente.

6. A comunicação do fato criminoso ao Ministério Público: transparência e controle constitucional (art. 4.º, §§ 4.º a 7.º)

6.1 O requerimento de investigação criminal

Oferecendo respaldo prático ao poder concedido ao Ministério Público para requisitar a investigação, o projeto mantém a faculdade do ofendido dirigir-se diretamente a este órgão, podendo fazê-lo oralmente ou por escrito (§ 4.º). O art. 27 foi mantido íntegro e, por ele, *qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação civil pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção*. A união desses dois dispositivos indica que, não somente o ofendido, mas qualquer pessoa do povo poderá dirigir-se ao Ministério Público para dar notícia de infração penal, sempre sendo possível o oferecimento imediato da denúncia, quando os elementos forem suficientes, ou a requisição de investigação criminal.

O § 5.º trata, ainda, do requerimento formulado pelo ofendido ou por quem tenha qualidade para representá-lo para que a polícia proceda à investigação criminal. Determina que, se a autoridade policial indeferir o requerimento ou não instaurar a investigação no prazo, o ofendido ou seu representante legal poderá recorrer à autoridade policial superior ou representar ao Ministério Público para que este a requirite. O recurso tem prazo de cinco dias, enquanto a representação ao Ministério Público poderá ser formulada a qualquer tempo. O projeto não impõe que primeiro se procure a autoridade policial superior para depois procurar o Ministério Público, tampouco impede que, após o recurso se proceda à representação. Todas as garantias são asseguradas ao ofendido para que, diante de uma infração penal, a autoridade pública aja de acordo com as prescrições legais. O código novo repele a inércia e reforça o controle da investigação criminal pelo Ministério Público.

6.2 Registro imediato da ocorrência e comunicação ao Ministério Público

Novidade interessante é a que diz respeito à clara obrigação de se registrar imediatamente toda e qualquer ocorrência policial, deixando seu registro à disposição do Ministério Público, que poderá requisitá-lo a qualquer momento.

O objetivo desta norma é controlar a atividade policial. Hoje, a própria polícia tem apresentado, em todo o Brasil, dados alarmantes que dão notícia da sua

inoperância. As estatísticas são incertas e variadas, mas sabe-se que apenas cerca de 15% das ocorrências policiais resultam em inquérito policial. Isso que dizer que somente em um reduzidíssimo número de casos se cumpre a lei, desrespeitando-se o princípio da oficialidade do processo penal que o interesse público na apuração dos delitos impõe. Os inquéritos que são instaurados são encaminhados à Justiça e ao Ministério Público em trinta dias, mas os 85% de casos em que não se instaura inquérito restam totalmente desconhecidos, ficando ao exclusivo critério da autoridade policial pinçar os casos em que vai agir.

Os motivos desta brutal inoperância são conhecidos. Fiquemos apenas nas razões clássicas da inoperância brasileira: falta de recursos. Mesmo aceitando-se esta justificativa para que somente 15% dos casos sejam apurados, não se pode admitir que a escolha seja da alçada da polícia, sem qualquer controle. Afinal, o responsável pela ação penal é o Ministério Público, que age segundo o princípio da obrigatoriedade da ação penal. A situação atual, além de caótica, reveste-se em mais uma ficção brasileira: a ação penal é obrigatória, mas o órgão encarregado de procedê-la não toma conhecimento da esmagadora maioria dos casos.

Alguna providência teria que ser tomada para impor que o Ministério Público tenha conhecimento de todas as ocorrências policiais. Pode-se afirmar que a legislação atual já confere poderes para que este órgão requisite todas as informações necessárias. Todavia, diversos conflitos têm se verificado em várias partes, impedindo ou dificultando o acesso do Ministério Público às informações policiais. A primeira solução aventada pela *Comissão Pellegrini* foi inserir uma norma que determinasse que todos os registros de ocorrências fossem remetidos ao Ministério Público. Algumas objeções foram feitas, especialmente por Procuradores-Gerais de Justiça, alegando a impossibilidade material de controlar toda a atividade policial.

Buscou-se, então, uma fórmula que permitisse um controle efetivo, sem sobrecarregar, de uma só vez, o Ministério Público. A fórmula encontrada, então foi a de disponibilizar as informações. O Ministério Público poderá requisitar um registro, especificamente, ou fixar um período para que todos os registros efetivados em seu interregno lhe sejam remetidos. Conforme o Ministério Público for se aparelhando para analisar os registros, poderão ser requisitados os registros por amostragem. A criatividade e o bom senso serão os melhores conselheiros. O Ministério Público poderá determinar que todas as ocorrências cheguem ao seu conhecimento ao final de cada mês, de cada semana ou até diariamente. A prática poderá ser diferente nas grandes cidades e nas pequenas. Dentro de pouco tempo, por certo, se poderá estabelecer um sistema mediante o qual todas as ocorrências policiais e as providências tomadas pela polícia sejam registradas em computador, com disponibilização *on line* ao Ministério Público.

Esse dispositivo visa a atingir um dos dois objetivos da reforma, a transparência da investigação policial, regulamentando, em parte, a norma constitucional que atribui ao Ministério Público a obrigação de exercer o controle da atividade policial.

6.3 A falta de elementos para a instauração da investigação criminal

Conforme se verá adiante, o art. 6.º proposto determina expressamente que *não sendo a infração penal de menor potencial ofensivo, ao tomar conhecimento da prática da infração, a autoridade policial instaurará inquérito*. O sistema, então, está bem definido. O Ministério Público em acesso a todas as ocorrências e a polícia é obrigado a lavrar termo circunstanciado ou instaurar inquérito em todas as ocorrências.

Evidentemente, haverá casos em que não haverá elementos para que se inicie qualquer diligência de investigação. Isso é natural e decorre da realidade. São inúmeras as ocorrências de pequenas infrações sem que haja qualquer indicação de autoria ou até mesmo prova da materialidade. Nestes casos não haverá nada o que fazer. A proposta não desconhece essa realidade. Todavia, propõe a transparência, a fundamentação e o controle. Se não houver elementos para proceder, a autoridade policial certificará e o Ministério Público saberá concordar, ratificando a conduta policial. Confrontando, porém, essa prática com o disposto no art. 28 proposto, conclui-se que a não instauração da investigação há de ser comparada com o seu arquivamento, para que tenham idêntica consequência, qual seja, a revisão obrigatória por um órgão superior do Ministério Público. Esse cuidado é importante, para que, ao final, a sociedade exerça um controle efetivo sobre seus mandatários, que agem em seu nome com o dever de não desistir da persecução penal sempre que houver elementos para agir.

6.4 Infração penal atribuída a policial

Por fim, estabelece o § 7.º do art. 4.º que, atribuída a autoria do delito a qualquer policial, a ocorrência será comunicada ao Ministério Público imediatamente, atendendo ao objetivo, já anunciado, de conferir maior transparência à atividade investigatória. Esta norma é específica e se sobrepõe a outras, visando a maior transparência possível. Trata-se de uma comunicação especial e não da disponibilização de que trata o parágrafo anterior.

A abrangência da norma é a mais ampla possível, envolvendo policiais civis estaduais e federais e policiais militares. A investigação, reforça-se, estará a cargo da própria polícia, que, segundo o código, em regra, é encarregada de todas as investigações criminais. Não há, hoje, qualquer lei, que trate de excepcionar esta regra quando a autoria é atribuída a policial e não seria o código a fazê-lo, pois, como já se disse supra, a designação do responsável pela investigação criminal foi propositadamente evitada. Ao buscar o debate com as corporações, verificou-se que não há consenso sobre uma regra de investigação criminal pelo Ministério Público, concluindo-se ser melhor deixar o tema para um debate específico.

Não sendo conveniente discutir a matéria em sede de reforma do Código de Processo Penal, a *Comissão Pellegrini* procurou encontrar uma fórmula que proporcionasse o cumprimento de seus objetivos: agilidade e transparência. A

polícia faz a investigação, mas, tratando-se de autoria atribuída a policial, comunica ao Ministério Público imediatamente.

A atribuição da autoria à policial não depende de ato formal de indiciamento. Basta a simples notícia, que poderá ser proveniente de qualquer das formas previstas no art. 4.º. Ao receber o requerimento de investigação, a comunicação de qualquer do povo, a representação ou mesmo agindo de ofício, sendo atribuída a autoria a policial, se cumprirá ao disposto no § 7.º do art. 4.º. Da mesma forma se procederá quando se tratar de flagrante (embora haja regra específica) e do tradicional "auto de apresentação espontânea".

O Ministério Público recebe a comunicação com o objetivo de tomar as providências cabíveis. A princípio poderá requisitar o início da investigação, se já não estiver em curso ou fixar diligências específicas. Poderá, ainda, disponibilizar-se para acompanhar os atos investigatórios e deverá, dentre outras providências, zelar pelo cumprimento dos prazos.

7. O termo circunstanciado (art. 5.º)

O art. 5.º trata do termo circunstanciado, regulando-o de forma a suprir a omissão do art. 69 da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099, de 26.09.1995). De acordo com o projeto, do termo circunstanciado deverão constar a *narração sucinta do fato e de suas circunstâncias, com a indicação do autor, do ofendido e das testemunhas; o nome, qualificação e endereço das testemunhas; a ordem de requisição de exames periciais, quando necessários; a determinação da sua imediata remessa ao órgão do Ministério Público oficiante no juizado criminal competente, com as informações colhidas, comunicando-as ao juiz e a certificação da intimação do atuado e do ofendido, para comparecimento em juízo no dia e hora designados.*

Desta forma a lei uniformiza os termos circunstanciados e faz com que não guardem qualquer lacuna. O termo continua sendo aplicado quando se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo.

8. A obrigatoriedade do inquérito policial (art. 6.º, *caput*)

No item 6.3 acima tratou-se do disposto no *caput* do art. 6.º, que frisa a obrigatoriedade da investigação, determinando à autoridade policial que, *ao tomar conhecimento da prática da infração penal, instaure o inquérito policial.* Se for caso de infração penal de menor potencial ofensivo, lavrará termo circunstanciado, conforme dispõe o artigo precedente. A importância desta norma é fixar expressamente a obrigatoriedade da investigação criminal. Nenhuma ocorrência poderá ser desprezada, devendo ser alvo da ação policial. Conforme já se disse, evidentemente, se não houver elementos suficientes para começar a agir, não se exigirá da polícia o impossível. Todavia, duas regras devem ser obedecidas: fundamentação e transparência. Não havendo qualquer possibilidade de ação, a au-

toridade policial declinará exaustivamente os motivos e remeterá o registro da ocorrência, comunicação, documentos, objetos e sua fundamentação para o Ministério Público, que poderá especificar diligências que poderão elucidar o caso ou concordar com a polícia, promovendo o arquivamento das informações, agindo, no entanto, de acordo com o art. 28 proposto, adiante comentado.

9. As diligências básicas do inquérito policial (art. 6.º, incisos)

O art. 6.º atual estabelece quais são as diligências iniciais do inquérito policial. O projeto estabelece nova redação para os incs. I, IV, V, VI e VII. Ao modificar esses incisos, está, em realidade, revogando algumas disposições atuais e apenas alterando a numeração de outras.

O inc. I trata da preservação do local. O código em vigor estabelece que a autoridade policial deverá dirigir-se ao local da infração, preservando o local até a chegada dos peritos criminais. A proposta amplia a responsabilidade da polícia, determinando que o local seja preservado *durante o tempo necessário à realização dos exames periciais*. Essa simples alteração visa a evitar que os peritos permaneçam sozinhos no local, sem qualquer proteção policial. Não faz qualquer sentido que o local somente seja preservado até a chegada dos peritos. Impõe-se que a preservação se estenda até o final das diligências periciais. Todo cuidado é pouco quando se trata da preservação dos instrumentos, armas, local e objetos que tiverem relação com o fato criminoso.

A disposição completamente revogada é a que determina a oitiva do ofendido (atual inc. IV). Assim, o que consta do atual inc. V passa a constar, com alterações, do inc. IV. Ao tomar conhecimento da infração penal, não há, ainda, em regra, qualquer indiciado. Por esta razão o código proposto prefere o termo *investigado*, aplicável a todas as situações, pois o indiciado é investigado, mas a recíproca pode não ocorrer. Além da alteração terminológica, o projeto é mais simples, dispensando-se a exigência de duas testemunhas e eliminando a referência desnecessária ao capítulo III do Título VII.

Os atuais incs. VI e VII permanecem, mas são renumerados para V e VI, respectivamente. O novo inc. V trás uma pequena alteração, eliminando-se a referência à acareação. O inc. VI do projeto repete o atual inc. VII, apenas acrescentando a remissão ao art. 159, que foi reformado em outro projeto elaborado pela *Comissão Pellegrini*, que trata das perícias, do perito oficial, do perito *ad hoc*, e do assistente técnico.

Os atuais incs. VIII e IX foram revogados, mas as situações por eles tratadas estão disciplinadas nos §§ 2.º e 3.º do art. 8.º, adiante comentados.

O inc. VII da proposta repete as disposições do atual art. 7.º, apenas simplificando sua redação. A reprodução simulada dos fatos somente deverá acontecer quando for estritamente necessária e desde que não contrarie a moralidade ou a ordem pública, evitando-se, assim, o constrangimento causado pelos abusos, sobretudo quando se está sob os holofotes da mídia.

10. O contraditório pleno nas perícias realizadas durante o inquérito policial

O § 1.º do art. 6.º do novo código estabelece importante regra de obediência à garantia constitucional do contraditório, ao assegurar a participação do Ministério Público, do ofendido e do investigado nas perícias. Sabe-se que o ordenamento atual, não prevendo essa possibilidade, vem provocando inúmeras repetições de procedimentos periciais, muito especialmente, a exumação cadavérica, que trás mais constrangimento e sofrimento às famílias que muito já sofrem com o fato criminoso.

O denominado “contraditório diferido” é um paliativo que não representa concretamente a garantia constitucional e deve ser evitado, sempre que possível, para que prevaleça o “verdadeiro contraditório”, existente apenas quando às partes é dada a oportunidade de participação antes, durante e após a prática de cada ato.

O § 1.º do art. 6.º constante do projeto final foi alterado na fase final dos trabalhos da comissão. A alteração é de apenas uma letra, mas trás enormes consequências. A princípio o texto tratava dos incs. V a VII. Atualmente, o projeto trata dos incs. V e VII, ou seja, excluiu o inc. VI da incidência da norma prevista no § 1.º, que determina que as diligências referidas *deverão ser realizadas com prévia ciência do Ministério Público e intimação do ofendido e do investigado*. Em conclusão, este dispositivo determina expressamente que, de todas as diligências previstas no art. 6.º, somente as que constam dos incs. V e VII serão precedidas da comunicação ao Ministério Público e ao investigado. As diligências dos incs. V e VII são *reconhecimento de pessoas e coisas e reprodução simulada dos fatos*. As diligências que foram excluídas da disciplina do § 1.º são o exame de corpo de delito e todas as demais perícias.

A comunicação às partes, prevista neste dispositivo, lhes proporcionará oportunidade real para valerem-se do disposto no art. 159, § 3.º, do código reformado, conforme previsão do projeto sobre *provas*, que faz parte do conjunto de 7 projetos elaborados pela Comissão Ada Pellegrini. Segundo este dispositivo, serão facultadas ao Ministério Público e seu assistente, ao querelante, ao ofendido, ao investigado e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

A faculdade prevista neste art. 159 é inerente ao princípio do contraditório, que impõe a participação efetiva das partes nos atos processuais. O art. 159 se refere a todas as perícias e sua redação é semelhante à do inc. VI excluído do § 1.º do art. 6.º (“exame de corpo de delito e outras perícias”). Nossa conclusão é que, embora o § 1.º do art. 6.º não se refira ao inc. VI, para que as partes possam valer-se do direito conferido pelo art. 159 do novo Código, torna-se imprescindível que sejam previamente cientificados da realização da perícia. A ausência de intimação, quando possível, implicará na nulidade da prova pericial, podendo causar impunidade.

Não se deve admitir o argumento de praxe que aponta para as dificuldades operacionais, como se este fato pudesse se sobrepor às garantias fundamentais emanadas da Constituição Federal. O próprio projeto estabelece, a seguir, normas

de simplificação e desburocratização das comunicações e demais atos da investigação criminal e do processo, o que muito facilitará a ciência que se deve dar ao Ministério Público e a intimação do ofendido e investigado.

11. A investigação ágil, desburocratizada e transparente (art. 6.º, §§ 3.º e 4.º)

Disposições importantes são reveladas pelos §§ 3.º e 4.º do novo art. 6.º. Tratam de definir a filosofia dos trabalhos de investigação policial, deixando muito claro, finalmente, que os fins, de modo absoluto, não justificam os meios. Ao contrário, o justo processo é uma garantia do investigado, do indiciado e do acusado, que somente poderão ser privados de seus bens e de sua liberdade se os meios empregados forem lícitos, legítimos, morais e justos, o que somente se configura mediante o atendimento a todas as garantias constitucionais que formam o arcabouço do devido processo legal. Nesse diapasão, não se deve proceder a atos desnecessários, que somente servem para atender à cultura cartorial burocrática característica de nossa herança romano-lusitana. O povo brasileiro há muito quer livrar-se deste fardo pesado, preferindo que sejam utilizadas as ferramentas da moderna tecnologia, abandonando-se as velhas táticas da pressão, dos longos depoimentos e, sobretudo, do desrespeito aos direitos humanos.

11.1 Investigação célere com depoimentos informais (§ 3.º)

Neste novo inquérito, as informações serão colhidas de forma singela e, sempre que possível, celeremente, podendo os depoimentos ser tomados em qualquer local, oral, informal e resumidamente. Isso significa, por exemplo, que não se deve mais perturbar uma testemunha com as tradicionais e agressivas intimações, para que ela compareça na delegacia, no dia e hora que lhe for determinado, sob pena de estar cometendo crime de desobediência. As testemunhas, sempre que possível, poderão ser ouvidas em sua própria casa, em seu local de trabalho e até mesmo na rua, no local e hora do fato. Essas disposições seriam um retrocesso caso estivessem desacompanhadas do elemento que lhes segue, pois os depoimentos tomados fora da delegacia serão singelos, resumidos e informais, dispensando-se transcrição escrita, termos e conseqüentemente, assinatura. Basta lembrar que os depoimentos testemunhais colhidos durante a investigação criminal não podem ser utilizados como provas (art. 7.º, par. ún., do projeto), pois não foram observadas as regras do contraditório, garantia inerente ao devido processo legal. Sendo assim, trata-se somente de submissão à cultura medieval, exigir o comparecimento da testemunha à delegacia de polícia, para prestar um longo depoimento, a ser transcrito, frase por frase, a um escrivão. Toma-se o tempo do cidadão, que normalmente se inibe e tenta fugir a esta responsabilidade, sequer apresentando-se espontaneamente, bem como toma-se grande tempo do delegado de polícia, do escrivão e de outros servidores, ocupando-se dependências e equipamentos públicos que bem poderiam estar servindo às atividades essenciais da investigação.

Um exemplo deve ser dado, quando trata-se de testemunha policial militar. Normalmente, diante da escassez de verbas, viaturas e pessoal, uma equipe da polícia militar é responsável pela vigilância de uma enorme área urbana. Caso esses policiais sejam testemunhas de algum delito (por exemplo, o porte de substância entorpecente), em seguida, deslocam-se para a delegacia de polícia, onde aguardam por várias horas enquanto outros "casos" estão recebendo o tratamento cartorial e, em seguida, ainda permanecem por longo tempo, para que lhe sejam tomados os depoimentos. Enquanto a única viatura policial fica parada em uma delegacia atendendo às regras burocráticas, a população permanece em completo abandono. Essa situação precisa acabar.

Segundo a proposta, os policiais somente resumiriam os fatos, oralmente, para que um servidor da polícia tome pequenas notas. Melhor será se os policiais militares deixarem uma cópia do relatório de suas atividades, servindo esse documento como base para a prisão em flagrante, suficiente, também, para o oferecimento da denúncia. O depoimento testemunhal propriamente dito somente será prestado uma vez, perante a autoridade judiciária, em frente ao acusado e seu defensor, atendidas todas as garantias.

O mesmo se aplica, ainda por exemplo, no caso de um acidente de trânsito com vítima. Hoje, quando o agente de polícia se desloca ao local do fato (o que normalmente ocorre quando se verifica um óbito instantâneo), ele próprio colhe o depoimento verbal e informal das pessoas que presenciaram o fato, anotando seu nome e qualificação, bem como um resumo de suas declarações. Ele precisa saber se a testemunha presenciou, realmente, toda a dinâmica do acidente ou se apenas presenciou um dos condutores empreender fuga, ou se presenciou um dos condutores alterar os vestígios dos fatos etc. Ocorre que, em nosso atual sistema burocratizante, essa testemunha é obrigada a comparecer, dias após, a uma delegacia para formalizar todo o depoimento que prestara com muito mais fidelidade no momento e no local dos fatos. Pelo projeto, bastará que o agente "passe a limpo" suas anotações, declarando, ele próprio, tudo o que ouviu das testemunhas, seu nome completo, qualificação e endereço. Isso bastará para o Ministério Público oferecer a denúncia e requerer o depoimento formal, que acontecerá somente em juízo.

11.2 Registro em audiovisual (§ 4.º)

Estabelece o § 4.º que os depoimentos, além de informais, poderão ser registrados em áudio ou em audiovisual. Imaginem como não será muito mais fiel à verdade ouvir um depoimento informal prestado pela testemunha no local e na hora do fato, ou logo após, colhido com a utilização de um simples gravador de som com fita cassete ou de uma câmera de vídeo! A fita jamais será transcrita, sendo encaminhada ao Ministério Público junto com os demais elementos da investigação. O representante do Ministério Público assistirá a fita e nela fundamentará sua denúncia.

Essa abertura para a tecnologia não se limitará aos depoimentos informais, mas será aplicada a todos os depoimentos de testemunhas, do investigado, do indiciado e do ofendido. Conforme salientado acima, jamais haverá necessidade de transcrição dos registros de áudio. Antes que se pense que esses recursos tecnológicos não são acessíveis ao Brasil de verbas curtas, lembremos que esses equipamentos, hoje, custam muito pouco e a economia de tempo e de uso dos equipamentos de registro escrito será muito grande, podendo-se até prever que haverá substancial diminuição de custos na investigação.

12. O objetivo da investigação criminal e a fundamentação da decisão judicial (art. 7.º)

O *caput* do art. 7.º estabelece, com a necessária clareza, quais são os únicos objetivos da investigação criminal:

- a) formar o convencimento do Ministério Público ou do querelante sobre a viabilidade da acusação;
- b) colher elementos necessários à efetivação das medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem autorizadas pelo juiz.

Observação importante, decorrente da garantia constitucional do contraditório, encontra-se no par. ún. deste art. 7.º: os elementos informativos da investigação criminal *não poderão* constituir fundamento da sentença, ressalvadas as provas irrepetíveis e cautelares, que serão submetidas ao contraditório diferido.

Este dispositivo guarda coerência com o art. 155 do novo CPP, de acordo com a redação que lhe dá o projeto sobre *provas*, integrante do conjunto de projetos elaborados pela Comissão Ada Pellegrini. Estabelece este artigo que *o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas*.

A proposta original da *Comissão Pellegrini*, fazia referência ao art. 399. Todavia, a redação deste artigo, que faz parte do projeto sobre *procedimentos*, foi radicalmente alterada durante a segunda etapa de trabalhos da comissão, impondo-se, assim, a retirada da remissão. O original art. 399 tratava do desentranhamento dos autos da investigação criminal após o recebimento da denúncia e determinava que o juiz que a recebia não poderia ser o mesmo que fosse presidir a instrução e prolatar a denúncia. A proposta se mostrou inovadora em excesso e, infelizmente, não foi bem aceita pela comunidade jurídica. O que se pretendia era a total observância ao princípio do contraditório, impedindo que o juiz sentenciante tomasse qualquer contato com os elementos do inquérito, especialmente os depoimentos do indiciado, ofendido e testemunhas, pois estes depoimentos devem ser prestados em juízo e somente o que é declarado nesta ocasião pode ser considerado como prova.

Não prosperando a proposta original, a Comissão preferiu adotar no art. 155 do projeto sobre *provas* e no par. ún. do art. 7.º do projeto sobre a *investigação*

criminal uma determinação expressa de que os elementos do inquérito não poderão constituir fundamento da sentença.

A ressalva das provas produzidas cautelarmente ou irrepetíveis e antecipadas se faz necessária. As provas produzidas cautelarmente são aquelas que perecerão se não foram realizadas em momento específico. Qualquer medida cautelar somente é deferida quando absolutamente necessária e imprescindível, inclusive a produção de provas. Trata-se da proporcionalidade de valores, que permite abrir mão do contraditório em nome de outro princípio constitucional de igual relevância. Embora seja aceitável uma prova produzida cautelarmente, mesmo que as partes de sua produção não tenham participado, o projeto estabelece várias regras que impõe a esta participação, sempre que possível, em todas as medidas cautelares, desde que, evidentemente, a ciência não prejudique a eficácia da colheita dos elementos.

Provas irrepetíveis são aquelas que, por qualquer motivo fático, não podem ser repetidas no processo, com a observância do contraditório. Por exemplo, o depoimento testemunhal de uma pessoa que não é localizada para prestar depoimento em juízo ou que já tenha falecido. Todavia, impõe-se que o juiz considere esta prova com muito cuidado, consciente de que não foi produzida com a participação das partes. Terá, sem dúvida, um peso menor. Não é porque a "prova" é irrepetível que será considerada plenamente. Em todo caso, será observado o denominado "contraditório diferido".

As provas antecipadas, que constam somente da redação do art. 155 do projeto sobre *provas*, são aquelas que foram submetidas ao contraditório pleno, mas cuja produção ocorreu antes do início do processo penal.

13. O respeito ao investigado e seu indiciamento (art. 8.º)

13.1 Situação jurídica de indiciado

O projeto mantém a figura do indiciamento. A princípio, o anteprojeto elaborado durante a primeira fase dos trabalhos da Comissão previa a abolição deste termo, substituindo-o por "suspeito". As reações foram inúmeras, resolvendo a Comissão não insistir em uma modificação meramente terminológica, que não fazia parte dos seus escopos.

O investigado é aquele sobre quem recai alguma informação que indique ter tido alguma participação no fato ilícito. Caso a investigação leve a polícia a reunir elementos que indiquem a autoria de forma precisa, aquele que está sendo simplesmente investigado passa à condição de suspeito e, na dicção do código, indiciado.

O código fala em atribuir ao investigado, fudamentadamente, a condição de indiciado, qualificando-a de condição jurídica. Hoje em dia o indiciamento se tornou um ato de verdadeira imputação. É até comum a polícia iniciar a investigação informalmente e somente instaurar o inquérito quando entender que existem fundamentos para indiciar alguém. Além de irregular, pois deixa de atender ao

comando legal para instauração imediata do inquérito, essa praxe tem significado verdadeiro terror para o “indiciado”, sobretudo porque vem sendo divulgada pela mídia como o ato que identifica o investigado como aquele que está sendo apontado pelo Estado como o autor do delito. Jamais concordei com essa circunstância e creio que a modificação introduzida pela Comissão é tímida o suficiente para deixar as coisas exatamente como estão hoje.

A figura do indiciamento deveria ter sido banida, mantendo-se apenas a do investigado. Quem indica o culpado por uma infração penal é o Ministério Público ou querelante, mediante a denúncia ou queixa. Não faz qualquer sentido, ao concluir suas investigações, a polícia indicar o culpado mediante um ato formal de indiciamento, situação que se agrava com o texto proposto, quando qualifica o indiciamento como uma situação jurídica.

Na proposta original da Comissão, o termo *suspeito* estava melhor colocado. A comunicação ao suspeito seria como o *aviso de garantia* italiano, destinando-se, exclusivamente, a dar-lhe conhecimento de que investigações estão se processando. O indiciamento proposto exige fundamentação. Para que a fundamentação seja suficiente para atribuir a alguém a situação *jurídica* de *indiciado*, por certo todas as investigações necessárias já terão sido realizadas. Neste caso, o ato de indiciamento continuará a ser um dos últimos atos da investigação, restando apenas ouvir o próprio indiciado, se ainda não o foi, conhecer sua vida pregressa, se já não se conhece e proceder à sua identificação criminal, quando for o caso.

A uma primeira vista, o termo *fundamentadamente* dá a impressão de que se concede maior garantia ao investigado, pois evita que lhe seja atribuída, levianamente, uma condição jurídica gravosa. Todavia, me parece que em diversas situações e para funcionar como um verdadeiro *aviso de garantia*, o investigado deve ser cientificado o mais cedo possível, ainda que não haja qualquer elemento de fundamentação. Cito como exemplo o supracitado direito de ser cientificado previamente da realização de perícias (art. 6.º, V a VII e § 1.º), para formulação de quesitos e nomeação de assistente técnico. O direito constituído por estes dispositivos são inerentes, não somente ao indiciado, mas igualmente, ao investigado. Sendo assim, ainda que a nova lei não preveja, a polícia deverá cientificar o investigado da realização da perícia. Isso sim é um aviso de garantia, sendo perfeitamente dispensável a formalização da condição jurídica de indiciado, bem como qualquer fundamentação.

13.2 O respeito ao indiciado

Regulamentando o direito constitucional ao silêncio, o § 1.º do art. 8.º se utiliza do gerúndio para afirmar que, *o indiciado, comparecendo, será interrogado com expressa observância das garantias constitucionais e legais*. Isso quer dizer, à evidência, que o indiciado não é obrigado a comparecer para depor. Há muito já se concluiu que o direito ao silêncio significa que o indiciado não precisa sequer comparecer para depor. Se não está obrigado a falar nem a responder perguntas, não faz sentido obrigá-lo a comparecer. Dúvidas doutrinárias e juris-

prudenciais persistem em relação ao indiciado (e ao acusado, quando for o caso) preso, entendendo alguns que, igualmente, poderá manifestar seu interesse em não comparecer e outros que, por estar preso, com sua liberdade cerceada, poderá ser conduzido coercitivamente. Mesmo assim, jamais será constrangido a falar ou a responder a qualquer pergunta.

13.3 A identificação criminal

O § 2.º aponta para a lei específica quando fala de identificação criminal, declarando simplesmente que o indiciado será identificado datiloscopicamente nas hipóteses previstas em lei. A simples menção a outra lei significa que a Comissão resolveu não tratar do assunto (já havia um projeto perto de ser aprovado, que resultou na Lei 10.054, de 07.12.2000). A importância do dispositivo do código novo reside apenas em precisar o momento adequado para a identificação, bem como deixar claro que somente o indiciado pode ser identificado, nunca o investigado. Este dispositivo revoga o inc. VIII do atual art. 6.º.

13.4 A verificação da personalidade do indiciado e comunicação de endereço

Em seguida, o § 3.º do art. 8.º estabelece que deve ser investigada a vida pregressa do indiciado, ocasião em que serão verificadas as oportunidades sociais que lhe foram oferecidas. Devem ser obtidas informações *dos pontos de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, e outros dados que contribuam para a verificação de sua personalidade*.

O § 4.º estabelece que o indiciado deve ser instruído quanto à importância de comunicar e atualizar seu endereço. Algumas interessantes sugestões foram apresentadas à Comissão, mas não puderam ser atendidas diante da ausência de maiores estudos que pudessem sustentá-las, tanto do ponto de vista técnico-científico, como em relação à sua constitucionalidade e praticidade. Uma das sugestões criava uma regra mediante a qual a intimação de que lhe fora atribuída a situação jurídica de indiciado, com a advertência do que consta deste § 4.º, serviria de citação prévia da ação penal, caso o então acusado não fosse encontrado no endereço fornecido, fortalecendo-se, assim, seu dever de comunicar qualquer alteração. Do ponto de vista prático, a idéia é ótima, pois evitaria a situação prevista no art. 366 e que foi objeto de alteração em projeto próprio elaborado pela própria *Comissão Pellegrini*. Todavia, é difícil sustentar a tese de que a intimação pessoal de que está sendo indiciado supra a futura citação do processo penal.

14. O prazo para a investigação (art. 9.º, caput, § 2.º, III e IV e art. 10)

A fixação de prazo peremptório para o desenvolvimento das atividades investigatórias é um dos pontos polêmicos do projeto, porque alguns pessimistas entendem impossível agilizar a investigação criminal. No entanto, as novidades

apresentadas pelo projeto a respeito da desburocratização da investigação e das comunicações entre polícia e Ministério Público, sem qualquer dúvida, proporcionarão o exato cumprimento dos prazos por ele fixados.

Um avanço prático e substancial é revelado, logo no *caput* do art. 9.º, que fixa como termo *a quo* o momento em que a autoridade policial toma conhecimento da infração penal (ocorrência policial), enquanto que, no atual sistema, o prazo conferido ao dirigente da investigação começa no dia que ele próprio determina (a instauração do inquérito).

Assim, a autoridade policial fica obrigada a lavrar o termo circunstanciado ou instaurar o inquérito policial no *prazo de 10 dias*, contado do dia em que a comunicação da infração é realizada, ou seja, quando a polícia recebe o requerimento do ofendido ou de quem tenha capacidade para representá-lo, a requisição do Ministério Público, a representação, a requisição do Ministro da Justiça, o requerimento de quem tenha qualidade para oferecer queixa-crime ou a simples comunicação por qualquer do povo.

Após a instauração do inquérito, a autoridade que o presidir *dispõe de 20 dias* para realizar todas as diligências necessárias. Imprimindo a nova filosofia de investigação ágil e transparente, esse tempo será mais do que suficiente. Se o indiciado estiver preso, a investigação criminal deve terminar aqui. Caso esteja solto, decorridos os 20 dias, o inquérito será enviado ao Ministério Público, mas a polícia poderá prosseguir nas diligências que vem realizando e realizar novas, sem necessidade de qualquer pedido de baixa ou de autorização. Deverá, tão-somente, especificar essas diligências, para que delas o Ministério Público tenha conhecimento.

As opções de conduta do Ministério Público serão analisadas no tópico seguinte. Ainda sobre o prazo do inquérito, importa apenas saber se o Ministério Público entendeu oferecer a denúncia de imediato. Caso positivo, a investigação se encerra nesse ponto. Em caso negativo, pode *aguardar 30 dias* para que novas diligências sejam realizadas ou sejam completadas as que já haviam se iniciado. Decorridos 30 dias, com a realização de todas as diligências necessárias, o Ministério Público deverá proceder à sua decisão final: promove o arquivamento ou oferece a denúncia.

Em conclusão, temos 3 lapsos sucessivos de tempo: a contar do conhecimento do fato, a polícia disporá de 10 dias para instaurar o inquérito; em seguida, em 20 dias deverá concluir as investigações e encaminhar os autos do inquérito ao Ministério Público; em um terceiro estágio, caso seja necessário e se trate de indiciado solto, a polícia dispõe de 30 dias para concluir todas as diligências necessárias para deslindar os fatos e a investigação criminal estará concluída.

O art. 10 do novo código resume objetivamente tudo o que foi exposto: "o inquérito policial, em qualquer caso, deverá ser concluído no prazo de sessenta dias, contados do conhecimento da infração penal pela autoridade policial, salvo se o indiciado estiver preso, quando o prazo será de vinte dias".

O prazo total de 20 dias para o réu preso significa que, neste caso, todas as diligências devem ser concluídas nesse período e, recebendo os autos, o Ministério Público deverá oferecer logo a denúncia ou promover o arquivamento. Restará sempre a possibilidade de as diligências já concluídas não serem suficientes para o Ministério Público formar sua convicção sobre a viabilidade da ação penal, mesmo tratando-se de indiciado preso. Neste caso, segundo a técnica, o Ministério Público poderá requisitar novas diligências, que deverão ser concluídas no prazo de 30 dias, mas, por certo o indiciado deverá ser posto em liberdade, pois terá sido extrapolado o prazo para as investigações. Em sentido contrário posicionam-se aqueles que entendem que o correto é somar todos os prazos, para que somente seja considerado excesso se houver decorrido o tempo previsto para toda a atividade persecutória, desde a prisão, até a sentença. Essa tem sido a posição majoritária da jurisprudência em face do código em vigor. Entendemos, no entanto, que não é essa a intenção do projeto, que, mesmo diante desta realidade jurisprudencial, insiste em fixar prazos para cada ato, isoladamente. Por certo, a intenção dos autores do projeto é que cada prazo seja realmente cumprido e, para tanto, as consequências devem ser isoladas. Não se pode permitir o excesso abusivo de prazo para a investigação criminal quando nem sequer há indícios suficientes para o oferecimento da denúncia. A prisão cautelar é uma exceção, a regra é a liberdade.

Importante indagação se faz a respeito da possibilidade de não ser suficiente o prazo total de 60 dias, rigorosamente fixado pelo projeto. Há, no entanto, algumas observações que devem ser promovidas, sobretudo no sentido de determinar a observância das demais disposições fixadas neste mesmo projeto. Quando se proclama por maior prazo para o inquérito, logo se vêm em mente os casos de crimes financeiros, que demandam longas perícias contábeis. Para isso, no entanto, o projeto prevê, em seu art. 26, adiante comentado, que a autoridade administrativa deverá remeter as peças de informação diretamente ao Ministério Público. Nesses casos, a apuração será toda ela realizada pela própria administração, prescindindo-se, em regra, do inquérito policial.

Conforme já se disse supra, o projeto impõe uma disciplina investigatória moderna, desprendida dos ranços burocráticos atuais. Os depoimentos testemunhais serão singelos, orais, resumidos e sem necessidade de transcrição escrita, mas, no máximo, gravados em vídeo ou audiovisual.

Por outro lado, outro projeto do mesmo conjunto de propostas elaborado pela Comissão Pellegrini prevê que o juiz, antes do recebimento da denúncia, poderá realizar diligências instrutórias, o que significa que eventual omissão da investigação criminal será suprida nesta ocasião.

Qualquer lei nova somente será útil se acompanhada de mudança de conduta e de mentalidade por parte de seus operadores. Analisar a aplicabilidade dos novos prazos para o inquérito somente será uma tarefa construtiva se os olhos se voltarem para o futuro e se os responsáveis pela Administração Pública (Executivo, Ministério Público e Judiciário) se derem conta de que possuem uma importante tarefa a cumprir.

15. A definição dos papéis na persecução penal

A polêmica tese sobre a transferência da responsabilidade pela investigação criminal para o Ministério Público não foi absorvida pela Comissão. O projeto define, precisamente, os papéis concernentes à persecução penal. Simplificando a linguagem, a polícia investiga, o promotor acusa e o juiz julga. Por outro lado, seguindo a técnica de *freios e contrapesos*, foi estabelecido um certo equilíbrio, com vistas a valorizar as atividades de controle (transparência) e, acima de tudo, proporcionar agilidade à investigação.

Em decorrência dessa orientação, à polícia foi atribuído somente o papel de investigar, mas foi mantido o canal de comunicação direta com o juiz (com o objetivo de não prejudicar o escopo da agilidade); ao Ministério Público foi atribuído o papel de acusar, decidindo sobre o arquivamento, sem qualquer participação do juiz (conforme se verá adiante nos comentários ao art. 28) e de controlar a atividade policial (em obediência ao art. 129, VII, da CF), mas não lhe foi estabelecido o papel de investigador. O Ministério Público possui ampla liberdade (conforme já acontece com o código atual) de requisitar qualquer diligência que entenda necessária, mas o código não lhe confere a função de, ele próprio, proceder à investigação; ao juiz foi atribuído o papel de decidir quanto ao recebimento da acusação, ao pedido de medida cautelar e, como é natural, o papel de julgar o acusado, jamais interferindo diretamente na investigação, tampouco, no exame da viabilidade de ser proposta a ação penal. De acordo com o novo texto, o arquivamento não será mais apreciado pelo juiz.

Atualmente os autos do inquérito policial são remetidos ao juiz e a ele é dirigido o requerimento da polícia para a realização de qualquer diligência. Trata-se de séria distorção da função jurisdicional, que somente deve atuar quando se tratar de restrição ao direito aos bens e liberdade das pessoas, consoante disposto no art. 5.º, XXXV e LIV. A jurisdição somente é obrigatória quando a atividade administrativa pretende atingir bens ou liberdade e o atingido poderá recorrer ao Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça aos seus direitos. Fora desses casos, pode e deve atuar livremente qualquer autoridade pública, desde que, evidentemente, aja nas hipóteses e forma prescritas em lei.

Não é, pois, necessária autorização judicial para se desenvolver a investigação criminal. Esta autorização somente se fará necessária quando, para a investigação bem sucedida, for imprescindível invadir a esfera de direitos fundamentais de alguém. Nestes casos, já diz o código (art. 10, § 2.º, do projeto ora comentado e todas as disposições do projeto sobre *medidas cautelares*) que somente se pode agir por ordem judicial. Em geral, no entanto, procede-se a investigação sem qualquer interferência judicial.

No mesmo sentido, entende-se que as disposições do Código de 1941 referentes ao controle do inquérito policial pelo juiz, sobretudo as que se referem à remessa dos autos e ao pedido de autorização para a realização de diligências (exceto as que atingem bens e direitos de qualquer pessoa) não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.

16. A remessa dos autos ao Ministério Público e a continuidade da investigação sem entraves burocráticos (art. 9.º, § 9.º)

A princípio pode-se pensar que o projeto não está apresentando nenhuma inovação, pois o sistema vigente já prevê as hipóteses arroladas no § 2.º do art. 9.º (denúncia, arquivamento ou novas diligências). Todavia, sutis diferenças, apresentadas no § 1.º, certamente proporcionarão uma enorme transformação na atividade de persecução penal.

Os autos da investigação serão remetidos diretamente ao Ministério Público e não mais por intermédio do juiz, como ocorre hoje. É certo que em alguns Estados isso já acontece, mas trata-se de acordos isolados, que passam ao largo das disposições legais. Com a vigência do novo código, a prática que hoje depende da boa vontade de corregedores passará a se constituir na regra geral.

A remessa do inquérito à Justiça, onde são, simplesmente, registrados e encaminhados ao Ministério Público, tem sido motivo de enorme retardamento da investigação criminal. A proposta, mais uma vez, deixa para trás a mentalidade burocratizante. Afinal, a investigação destina-se a oferecer subsídios para o órgão acusador e não há qualquer justificativa de ordem prática ou teórica para determinar a participação do juiz, que, em realidade, nada faz, senão somente servir de intermediário e cartorário.

Outro fator de retardamento da investigação, o que geralmente ocasiona sérias lesões à sua qualidade, tem sido o “sobe e desce” físico dos autos. A polícia envia os autos ao juiz, que simplesmente os registra e os remete ao Ministério Público. Este, por sua vez, apõe a sua tradicional cota “pela baixa” e devolve os autos à Justiça, que os devolve à autoridade policial. O resultado é que, geralmente, demora-se mais com a subida e descida dos autos do que com a realização das diligências solicitadas.

O projeto corta esse mal pela raiz. Não há mais pedido de baixa. Ao remeter os autos da investigação criminal especificando diligências que ainda precisam ser realizadas ou completadas, a autoridade policial não deve cessar as atividades que já vem realizando e pode, independentemente de qualquer autorização, realizar as novas diligências especificadas.

À medida que a polícia realiza ou completa cada diligência, deve transmitir seus resultados, imediatamente, ao Ministério Público. Por outro lado, se o Ministério Público entender desnecessárias tais diligências, oferecendo, desde logo, a denúncia ou arquivando a investigação, está obrigado a comunicar essa sua opção, imediatamente, à autoridade policial, de forma a evitar que sejam procedidas novas diligências desnecessariamente.

Para a realização de novas diligências ou complementação das que já vêm sendo realizadas, a autoridade que preside a investigação não necessita dos autos correspondentes. Eles permanecem com o Ministério Público, não retornando à origem. Pode-se reproduzir as peças necessárias antes da remessa da investigação ao Ministério Público. Isso evitará o tempo perdido com o mencionado “sobe e

desce” dos autos. Na era da informática, tudo é registrado no computador da polícia e vão ao Ministério Público apenas as “impressões”. Dentro em breve isso sequer será necessário e o Ministério Público terá acesso direto ao “sistema” policial. Essa evolução é simples e barata, já sendo realidade em vários lugares do Brasil.

Esse novo sistema impõe uma radical mudança de mentalidade em todos seus operadores. Evidentemente, a lei não pode fazer tudo. Ela cria mecanismos e retira exigências burocráticas, liberando os atores do processo para valerem-se de sua inteligência, bom senso e criatividade. A operação do sistema é que dirá sobre o acerto das novas idéias.

17. As opções de conduta do Ministério Público quando recebe os autos da investigação criminal (art. 9.º, § 2.º)

O § 2.º do art. 9.º do projeto prevê as quatro condutas possíveis ao Ministério Público, quando este recebe o inquérito policial:

- I – *oferecer a denúncia;*
- II – *promover o arquivamento da investigação, consoante o art. 28;*
- III – *aguardar por até trinta dias as diligências especificadas pela autoridade que presidiu a investigação;*
- IV – *requisitar, fundamentadamente, a realização de diligências complementares, indispensáveis ao oferecimento da denúncia, que deverão ser realizadas em, no máximo, trinta dias.*

17.1 O oferecimento da denúncia

A primeira opção é a mais simples, porém, levadas em consideração as novas disposições a respeito do recebimento fundamentado da denúncia (contidas no projeto sobre *procedimentos*), por certo o Ministério Público terá que reavaliar sua atual estratégia, tanto quanto em relação à redação da denúncia, quanto à tradicional cota promovida, hoje, somente com o objetivo de anunciar a juntada da peça inicial. De acordo com o projeto de *procedimentos*, o juiz deverá citar o acusado antes de receber a denúncia, concedendo-lhe oportunidade para realizar uma verdadeira defesa prévia. Após receber esta defesa o juiz poderá realizar uma mini-instrução, se for necessária, podendo ouvir o acusado e testemunhas. Em seguida, fundamentadamente, receberá ou rejeitará a denúncia.

Sempre que uma lei determina que o juiz fundamente sua decisão, as partes interessadas devem, ao menos por estratégia, apresentar seus argumentos da forma mais clara e ampla possível, com vistas a convencer o juiz e fornecer-lhe os subsídios necessários à sua fundamentação. Pelo projeto, a decisão do Ministério Público em oferecer a denúncia se pautará pelo equilíbrio entre a necessidade de fundamentação da decisão de receber a denúncia e a possibilidade de realização da mini-instrução, conforme supra discorrido.

17.2 O arquivamento da investigação criminal

A segunda alternativa para o Ministério Público é promover o arquivamento da investigação, o que fará sempre que convencer-se da inexistência de base razoável para o oferecimento da denúncia e, conseqüentemente, para seu recebimento fundamentado pelo juiz. O inc. II do § 2.º do art. 9.º do novo texto apresenta referência expressa ao art. 28, dispositivo radicalmente alterado pela *Comissão Pellegrini*. Este tema, então, será mais amplamente comentado infra, quando se tratar do artigo referido.

A priori, no entanto, deve-se esclarecer que, em consonância com o novo art. 28, que esgota no Ministério Público a análise da viabilidade da acusação, o dispositivo ora comentado vale-se da expressão *promover o arquivamento e não requerer o arquivamento*, como está contido no código vigente. A simples utilização do vocábulo “promover” indica que o ato do arquivamento deixa de ser complexo e passa a ser de atribuição exclusiva da instituição do Ministério Público.

17.3 Novas diligências

Os incs. III e IV do § 2.º do art. 9.º do projeto dizem respeito à terceira e quarta opções para o Ministério Público, possuindo um traço em comum. Se persistirem dúvidas e os elementos da investigação não forem suficientes para sustentar a denúncia, nem houver inequívoco fundamento para o arquivamento, os fatos podem ser melhor esclarecidos com a realização de novas diligências.

De acordo com o inc. III, o Ministério Público poderá aguardar as diligências especificadas pela autoridade que presidiu a investigação. Já o inc. IV se refere às diligências requisitadas pelo órgão de acusação. Em ambos os casos, o prazo para a realização das diligências é de 30 dias.

17.4 Diligências especificadas pela autoridade que preside a investigação

A especificação de diligências pela autoridade dirigente da investigação foi bem descrita no item anterior, mas alguns esclarecimentos devem ser acrescentados.

Após remeter os autos da investigação criminal ao Ministério Público, a autoridade policial tanto poderá prosseguir nas diligências em andamento, como poderá iniciar outras que entender necessárias. Pode acontecer, ainda, que alguma diligência implique na necessidade da realização de outra. Exemplo: a diligência de busca e apreensão de documentos proporcionará a necessidade de perícia nesses documentos. Isso quer dizer que o dinamismo indispensável a uma boa investigação foi incentivado pelo projeto. Impõe-se a agilidade e não se impede a livre atividade policial em nome da economia de tempo.

De acordo com a sistemática atual, após os 30 dias iniciais do inquérito, a polícia está obrigada a requer ao juiz a realização de qualquer diligência e o juiz

somente se pronuncia após a manifestação do Ministério Público. O projeto, no entanto, valoriza, sobremaneira, o trabalho da polícia, que poderá realizar qualquer diligência sem qualquer autorização do juiz ou do Ministério Público (exceto as medidas cautelares, que exigem a autorização judicial). Os autos da investigação são remetidos ao Ministério Público, mas a polícia, ato contínuo, prossegue com as diligências que entender necessárias.

17.5 A requisição fundamentada de novas diligências pelo Ministério Público

Da mesma forma que é possível à autoridade policial especificar diligência, mas o Ministério Público pode considerá-las desnecessárias, oferecendo logo a denúncia ou promovendo o arquivamento (ver comentários no próximo item), o contrário, também, pode acontecer, ou seja, a polícia pode dar por concluída uma investigação e o Ministério Público entender que ainda é necessária alguma diligência complementar, para dar suporte à denúncia ou ao arquivamento. Neste caso, requisitará, fundamentadamente, a diligência, mas os autos da investigação não retornarão à origem. Bastará uma simples comunicação à polícia, requisitando as diligências.

A fundamentação exigida pelo dispositivo, evidentemente, não é dirigida ao presidente do inquérito, pois este não pode recusar-se a atender à requisição do Ministério Público. Na realidade, não há como forçar o Ministério Público a optar, desde já, pelo arquivamento ou oferecimento da denúncia. Se este órgão ainda não se convenceu da existência de base para o oferecimento da denúncia ou arquivamento, resta atender à sua requisição. Para tanto, a requisição será especificada, vedando-se ao Ministério Público simplesmente requisitar "novas diligências", genericamente mencionadas. Há que detalhar a sua requisição. Se a polícia deu por encerrados seus trabalhos e o Ministério Público não sabe qual diligência seria necessária para sustentar a peça acusatória, então deverá promover ao arquivamento da investigação criminal.

A fundamentação está prevista, neste dispositivo, como reafirmação da legitimidade do Ministério Público, pois toda a sua atuação deve ser fundamentada, sendo-lhe vedado agir por seu livre arbítrio. O Ministério Público tem o dever de buscar a punição devida aos que são apontados com autores dos diversos delitos. Sempre que deixar de agir nessa direção deve estar pautado por uma sólida razão. Sua fundamentação é dirigida à sociedade, como uma satisfação pelo não oferecimento imediato da denúncia.

Da mesma forma que ocorre quando a própria polícia especifica novas diligências e, ao final, remete seu conteúdo em autos suplementares, quando o Ministério Público requisita o prosseguimento das investigações, os autos não retornam à polícia e o resultado das diligências requisitadas será encaminhado em autos suplementares, aplicando-se o § 4.º às situações previstas nos incs. III e IV.

18. Oferecimento de denúncia não obstante à requisição de diligências (art. 9.º, § 3.º)

O projeto diz que a *requisição de novas diligências não obsta ao oferecimento da denúncia*. Esta é a hipótese em que, passados os 20 dias iniciais de investigação, a polícia encaminha os autos correspondentes ao Ministério Público, especificando diligências que está, ainda, realizando, ou que irá proceder, tudo na conformidade do inc. III do § 2.º do art. 9.º. Observa-se, pois, no § 3.º, uma incoerência na linguagem. O § 3.º usa a expressão “*requisição de diligências*, na forma prevista no parágrafo anterior”, mas está se referindo apenas às diligências mencionadas no inc. III deste parágrafo anterior e este dispositivo trata das *diligências especificadas pela autoridade que presidiu a investigação* e não de diligências requisitadas.

A autoridade policial não requisita novas diligências. De acordo com o projeto, essa prática, prevista no código em vigor, será totalmente abolida. Esta autoridade, se entender que deve prosseguir nas diligências, prossegue, normalmente suas atividades e apenas envia comunicação ao Ministério Público, *especificando* as diligências que ainda não concluiu e aquelas que sequer começou a praticar. Neste caso, diz o § 3.º do art. 9.º, o Ministério Público não estará obrigado a aguardar a realização de tais diligências, pois ele é quem, por incumbência constitucional e legal, saberá se os elementos de informação que dispõe já são suficientes para sustentar a peça acusatória. Se assim for o Ministério Público oferecerá, desde logo, a denúncia, comunicando o fato à autoridade que presidiu a investigação criminal, que cessará suas atividades imediatamente.

19. Autos suplementares (art. 9.º, § 4.º)

Encerrada a investigação, com a realização das diligências a que se referem os incs. III e IV supracomentados, a autoridade policial fará novo relatório, remetendo-o ao Ministério Público, juntamente com as peças elaboradas, documentos juntados e fitas que, porventura, tenham sido gravadas. Os autos suplementares a que alude o § 4.º, bem como os autos originais da investigação criminal não serão como os atuais, repletos de papel. O conceito de documento já foi alterado pela sociedade moderna e o projeto do novo código procura ser contemporâneo. Oferecimento de denúncia não obstante à requisição de diligências (§ 3.º).

20. Condutas possíveis ao Ministério Público após a realização das diligências complementares (art. 9.º, § 5.º)

Com o novo código, não haverá qualquer possibilidade de se proceder ao *ping-pong* praticado atualmente, com a *subida e descida* dos autos do inquérito por vezes infinitas. Vamos, primeiro, recapitular as fases e os prazos, conforme comentário ao art. 10 supra (item 14): o registro da ocorrência ocorre imediata-

mente após a comunicação do fato; o inquérito é instaurado até 10 dias após o registro da ocorrência; em 20 dias, a investigação é remetida ao Ministério Público; se novas diligências forem necessárias e o iniciado solto, aguarda-se mais 30 dias, no máximo. Depois, então, desses 60 dias, a investigação tem que estar concluída e o Ministério Público, conforme disciplina o § 5.º ora comentado, recebendo os autos suplementares da investigação, após efetivamente realizadas as diligências especificadas ou requisitadas, *somente* poderá oferecer denúncia ou promover o arquivamento. O projeto não menciona qualquer possibilidade de retorno à polícia ou requisição de novas diligências.

É muito importante retornar à atenta leitura das disposições deste projeto, juntamente com os outros seis que foram elaborados pela *Comissão Pellegrini*, para que se compreenda a factibilidade das últimas duas disposições comentadas: prazo total de 60 dias e impossibilidade de novas diligências.

Em primeiro lugar, deve-se retornar aos dispositivos sobre a desburocratização e agilização da investigação criminal. Com a nova lei, os depoimentos poderão ser informais. Não será mais necessário retornar os autos do inquérito à polícia para o depoimento formal de uma testemunha que já foi entrevistada informalmente pelo agente de polícia. Essa entrevista informal será o depoimento único que esta testemunha prestará na fase policial. Com a aplicação adequada dessa nova orientação, o tempo da investigação será reduzido drasticamente.

Ainda que seja necessário colher um depoimento formal e pormenorizado, o projeto estabelece que este depoimento não será transcrito, como ocorre hoje. No lugar de ditar todas as respostas a um escrivão, que datilografa ou digita o depoimento, este será gravado em áudio ou audiovisual e a respectiva fita será enviada, na íntegra ao Ministério Público, proporcionando, além da fidelidade da informação, grande fator de agilização.

As investigações prosseguem mesmo com a subida dos autos para o Ministério Público, sem provocar solução de continuidade e, conseqüentemente, os autos da investigação não retornam à polícia para a realização de novas diligências. A inexistência de interrupção implicará na maior agilização.

Estas e outras inovações do projeto proporcionarão uma rápida investigação, aumentando a qualidade de seu resultado. O tempo menor significa a probabilidade maior de todas as diligências necessárias serem efetivadas dentro do prazo total de 60 dias. A melhor qualidade significa a probabilidade de não ser necessário requisitar novas diligências.

Adiantando os olhos ao disposto no art. 26 reformado, que determina à autoridade administrativa a remessa dos processos administrativos diretamente ao Ministério Público, quando se tratar de crime contra o Sistema Financeiro Nacional, a ordem econômica ou tributária. Esses costumam ser os casos em que é necessária uma longa investigação, sobretudo pela necessidade de perícias complexas, mas a nova disposição exclui qualquer atividade policial na apuração, considerada, hoje, desnecessária.

A remessa direta ao Ministério Público significa, porém, que todas as diligências devem estar concluídas, pois, caso contrário, se o Ministério Público requisitar qualquer complementação, o prazo de 30 dias, previsto no art. 9.º, § 2.º, IV, deve ser rigorosamente cumprido.

21. As alternativas do ofendido diante da inércia da polícia e do Ministério Público (art. 10, § 1.º e art. 14)

O *caput* do art. 10 do projeto trata do prazo total para o inquérito, fixando-o em 60 dias quando se tratar de indiciado solto e em 20 dias quando preso. Antes, em diversas disposições, trata-se dos prazos intermediários, que somados, resultam no prazo fixado no art. 10 (ver comentários supra, itens 14 e 17). Esses prazos são dirigidos, especialmente, à autoridade que preside o inquérito.

Em todos os casos, no entanto, a polícia judiciária é chamada a atuar, com prescrições e prazos determinados. Configura-se abuso qualquer descumprimento injustificado dos prazos. Diante dessa possibilidade, o novo código prevê a possibilidade de opção por parte do prejudicado, podendo ele dirigir-se à autoridade policial superior ou ao Ministério Público. Poderá, também, evidentemente, primeiro dirigir-se à autoridade policial superior, para depois, caso não seja atendido, representar ao Ministério Público.

O projeto não apresenta nenhuma novidade neste sentido. O recurso à autoridade policial superior é decorrência do sistema administrativo. Em qualquer repartição, não sendo devidamente atendido, o cidadão que se sentir prejudicado pode e deve recorrer ao superior hierárquico. Também não é novidade que qualquer pessoa pode dirigir-se ao Ministério Público requerendo sua interferência no inquérito policial, visando ao êxito das investigações e a responsabilização dos que estão descumprindo as regras vigentes, inclusive a que concerne aos prazos.

O Ministério Público possui atribuição para agir em face de qualquer serviço público, quando constata que os direitos do cidadão não estão sendo respeitados. Para tanto, a Lei Complementar 75, de 1993, criou o cargo de Procurador Federal dos Direitos do Cidadão. A atuação do Ministério Público de controle sobre o inquérito policial é decorrência das regras gerais sobre as atribuições deste órgão, bem como da disposição constitucional específica constante do art. 129, VII.

A norma do § 1.º do art. 10 é ampla, pois abrange *qualquer dos prazos assinalados à polícia judiciária*. Enquanto este dispositivo cuida de fazer valer os prazos, o art. 14 dispõe sobre o direito do ofendido, investigado e indiciado requererem à polícia ou ao Ministério Público a realização de qualquer diligência.

Note-se, então, que não somente o ofendido pode requerer diligências, mas, igualmente, o investigado e o indiciado. Isso quer dizer que o serviço público da polícia judiciária visa a obtenção da verdade e a defesa dos valores sociais protegidos pela Constituição Federal e pelas leis do País. Não importa se a diligência requerida será de valia à acusação ou à defesa, a investigação será realizada.

O par. ún. do art. 14 estabelece disposição semelhante à do art. 10, § 1.º, pois faculta ao prejudicado, quando seu pedido de diligência for indeferido, recorrer à autoridade policial superior e/ou representar ao Ministério Público. Em outras palavras, não somente quando o prazo for descumprido, mas quando for indeferido algum requerimento de diligência, aquele que se vê prejudicado pode valer-se do recurso administrativo ou da representação ao Ministério Público, podendo, igualmente, apresentar primeiro o recurso e, caso não atendido, representar ao Ministério Público.

O Ministério Público pode requisitar qualquer diligência e sua requisição jamais poderá deixar de ser atendida, pois, sendo o autor da ação penal, é de sua responsabilidade obter as provas necessárias ao recebimento da denúncia e, mais tarde, à procedência de seu pedido de condenação. Podendo requisitar diligências *ex officio*, evidentemente, pode, também, o Ministério Público requisitá-la em decorrência de uma representação que lhe é dirigida pelo interessado.

22. Diligências que dependem de autorização judicial (art. 10, § 2.º e art. 13, IV)

Trata-se de disposição que tomou dias de discussão no seio da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal. O art. 129, I, da CF é claro ao dispor que é função institucional do Ministério Público *promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*. Tão logo foi promulgada a Constituição, o Colégio de Procuradores de Justiça do Brasil proclamou o fim do processo penal de iniciativa do juiz e do delegado de polícia, prevista pelo ordenamento vigente. Não houve resistência, nem questionamentos. Os juízes e delegados, desde 05.10.1988, não baixaram qualquer portaria iniciando algum processo penal.

Todavia, um resquício do sistema anterior continua se operando na prática e o projeto, *data venia*, não logrou suprimi-lo definitivamente. Trata-se do pedido de prisão e outras medidas cautelares promovidos diretamente pelo delegado de polícia. Ação cautelar é ação penal e qualquer iniciativa para provocar a jurisdição, seja ela de conhecimento, cautelar ou de execução, nos termos do inc. I do art. 129 da CF, é privativa do Ministério Público.

A *Comissão Pellegrini* desenvolveu um projeto tratando exclusivamente da prisão, medidas cautelares e liberdade. O art. 282, § 2.º deste projeto estabelece que as medidas cautelares *serão decretadas de ofício, a requerimento das partes ou, quando cabível, por representação da autoridade policial*. Coerentemente, o § 2.º do art. 10, ora comentado, dispõe de forma semelhante.

Diz esse dispositivo que *as diligências que dependerem de autorização judicial serão requeridas ao juiz competente pelo Ministério Público, autoridade policial, ofendido, investigado ou indiciado*. A regra é clara e dispensa maiores comentários: qualquer desses nominados é parte legítima para propor ação cautelar visando a autorização das diligências que somente podem se realizar por ordem judicial.

Segundo nossa crítica, somente o investigado, indiciado e o Ministério Público são constitucionalmente legitimados para tal medida. O Ministério Público porque é titular exclusivo da ação penal, seja ela de que natureza for. O investigado e o indiciado porque são parte passiva da ação penal e como se sabe, tanto autor quanto réu da ação principal são legitimados para propor a ação cautelar.

O ofendido, atuando como assistente da acusação, igualmente assume o pólo ativo da relação processual, estando, pois, legitimado para a ação cautelar.

Dos que estão relacionados no § 2.º do art. 10 ora comentado, somente a polícia não tem legitimação para a ação penal. Não poderia, então, ser legitimada para a ação cautelar. Todavia, não foi essa a orientação que dominou na Comissão e o texto proposto é claro ao dizer que *as diligências que dependerem de autorização judicial serão requeridas ao juiz competente pelo Ministério Público, autoridade policial, ofendido, investigado ou indiciado*.

23. Providências cartoriais (arts. 11 e 12)

Os arts. 11 e 12 do projeto referem-se a algumas providências que devem ser tomadas pelo cartório ou secretaria do juízo.

O art. 11 do projeto praticamente repete o atual, apenas substituindo a expressão “instrumentos do crime” por “instrumentos da infração penal”. A modificação, apenas terminológica, utiliza-se do termo mais apropriado tecnicamente.

Os instrumentos a que se refere este dispositivo são aqueles que foram utilizados na prática da infração e que, naturalmente, já passaram pelo exame pericial. Por outro lado, a expressão “objetos que interessarem à prova” refere-se aos objetos que, em si, já se constituem em prova.

Todos esses objetos e instrumentos devem ser remetidos ao Ministério Público, para onde são encaminhados os autos da investigação e devem, obrigatoriamente, acompanhá-los, quando do oferecimento da denúncia, permanecendo em poder da Justiça até o trânsito em julgado da decisão.

O art. 12 do projeto determina que *os autos da investigação instruirão a denúncia ou a queixa, sempre que lhe servirem de base*. A alteração promovida, igualmente, é apenas terminológica. Em primeiro lugar substituiu-se a expressão “inquérito policial” por “autos da investigação”. Essa alteração destina-se a compatibilizar o novo código com a novidade introduzida pela Lei 9.099, de 1995, que instituiu os juizados especiais e determinou que a atividade policial para as infrações penais de menor potencial ofensivo se processe mediante *termo circunstanciado*. Havendo, hoje, duas espécies, a lei deve referir-se ao gênero quando se referir às duas.

A segunda alteração apenas substitui a expressão “uma ou outra” pelo pronome “lhe”, visando a aperfeiçoar a linguagem.

Importante observação se faz necessário, sobretudo para aqueles que acompanharam, desde o início, os trabalhos da reforma. A primeira proposta da *Comis-*

ção. Por esta razão, ampliou a disciplina da matéria, para que fossem atingidos todos os servidores dos três órgãos que participam do processo penal.

A vedação atinge não somente os servidores "do quadro", mas todos aqueles que prestam serviços, ainda que contratados através de empresas de mão-de-obra. Essa observação é importante, pois tem sido comum a Administração Pública contratar empresas para prestar serviços de limpeza, vigilância e copa. Não seria correto que o Delegado de Polícia deixasse de nomear seu escrivão para atuar como curador do menor, para que a escolha recaia sobre a "moça do cafezinho". Ambos são servidores da polícia, um servidor estatutário, outro contratado indiretamente. Ambos não possuem independência em relação à autoridade que dirige o inquérito.

25. A garantia constitucional da fundamentação (art. 16)

O projeto estabelece, em seu art. 16, sobre a necessidade de fundamentação para todos os atos oriundos da polícia e do Ministério Público. Trata-se do desdobramento da garantia constitucional dos atos judiciais. O art. 93, IV, da CF determina que todas as decisões judiciais serão públicas e fundamentadas. Sem a fundamentação o ato é nulo. Grande polêmica, porém, foi estabelecida a respeito do ato judicial que recebe a denúncia. Segundo a melhor orientação doutrinária, a denúncia é recebida mediante decisão e, por consequência, deve ser fundamentada. O código proposto elimina qualquer dúvida, ao estabelecer para o novo art. 396, no projeto sobre *procedimentos*, que o juiz, *fundamentadamente, decidirá sobre a admissibilidade da acusação, recebendo ou rejeitando a denúncia ou queixa*.

Este tema relaciona-se, plenamente, com o artigo ora comentado. O art. 16 do projeto sobre a *investigação criminal* impõe à autoridade que preside a investigação e ao Ministério Público que indiquem os fatos que os determinarem e fundamentem todos os atos por eles praticados. Sabe-se que todos os atos praticados durante a investigação visam tão-somente a definição da viabilidade do recebimento da denúncia. Sendo o recebimento da denúncia uma decisão fundamentada, não serviria como fundamentação judicial qualquer referência do juiz aos atos praticados na investigação se estes atos, por sua vez, não tivessem sido cometidos depois de acurada fundamentação. Trata-se de uma decorrência lógica. Os atos judiciais devem ser fundamentados, portanto os atos que sustentam as decisões judiciais, igualmente, assim devem ser.

A autoridade que preside a investigação deve fundamentar, por exemplo, o ato que especifica diligências que ainda devem ser praticadas na investigação. Ao fazê-lo, está se dirigindo ao Ministério Público, pois somente a este compete decidir se as diligências são ou não necessárias para o exercício da ação penal. Mesmo assim, a fundamentação para a especificação de novas diligências se constitui em um ato autônomo e destina-se, também, a legitimar o trabalho da autoridade que dirige a investigação. A fundamentação é uma satisfação que se dá aos superiores hierárquicos, ao destinatário da investigação (Ministério Público ou querelante), ao juiz e, o que é mais importante, à sociedade, que espera que seus servidores somente pratiquem atos necessários e úteis.

O mesmo ocorre com o Ministério Público. Embora seja ele quem decida sobre a viabilidade da propositura da ação penal, buscando obter, antes, todos os elementos necessários, deve, sempre, fundamentar seus atos, sobretudo quando se dirige à autoridade policial para requisitar alguma diligência. Não que esta autoridade tenha o poder de avaliar a fundamentação, pois está sempre obrigada a atender à requisição. Mas é que as diligências policiais, como visto acima, por vezes são providências drásticas e não podem ser praticadas sem justificativa plausível. O Ministério Público, quando fundamenta suas requisições, está obrigado a demonstrar, antes, sua utilidade e necessidade. Dirige-se, o Ministério Público, ao delegado de polícia, mas, igualmente, aos órgãos superiores de sua instituição, ao juiz e, repetindo, a toda sociedade.

A fundamentação dos atos da autoridade policial e do Ministério Público consiste, em primeiro lugar, na indicação dos fatos que os determinaram. Esses fatos devem ser descritos pormenorizadamente. Infelizmente, tem sido comum, por exemplo, que os pedidos de *busca e apreensão em domicílio* sejam acompanhados de "fundamentação" nos seguintes termos: "agentes de polícia desta especializada efetuaram campana diante da casa de fulano de tal e perceberam movimentação característica do tráfico de drogas". Ora, isso não é fundamentação. Se o juiz acatar esses pobres argumentos estará transferindo para estes agentes de polícia o poder de decidir sobre uma medida cautelar importantíssima. Os agentes devem descrever pormenorizadamente os fatos. O delegado deve até abster-se de utilizar expressões conclusivas (como "movimentação característica do tráfico de drogas"), para descrever, pormenorizadamente, os fatos que justificam suas conclusões.

Quem detém o poder de avaliar se a movimentação tal é característica do tráfico de drogas é o juiz de direito e não agente de polícia, delegado ou promotor de justiça. A estes cabe, ao requer a decisão indicar os fatos que determinam o pedido, deixando sua qualificação para a autoridade judicial. Como dito supra, trata-se de um encadeamento lógico, onde somente a fundamentação do ato antecedente pode justificar o ato conseqüente, quando este é baseado somente naquele.

26. O arquivamento dos autos e a retomada das investigações (arts. 17 e 18)

O art. 17 do projeto promove alterações terminológicas, sobretudo para alcançar as duas modalidades de investigação, valendo-se do termo genérico "investigação criminal", que está sendo adotado pela *Comissão Pellegrini* em todo o seu trabalho. A investigação criminal se faz mediante *inquérito policial* ou *termo circunstanciado*. Nenhum dos dois poderá ser arquivado pela polícia, pela simples razão de que o titular da ação penal é o Ministério Público, que age com exclusividade, decidindo oferecer a denúncia ou arquivar a investigação.

A proposta para o novo art. 18 trás, também, algumas alterações meramente terminológicas, mas apresenta inovações substanciais. Em primeiro lugar, pode-se assinalar que, conforme o novo art. 28, adiante comentado, o próprio Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, que não será, como hoje, um ato decorrente de ordem judicial. Assim substitui-se a frase "depois de orde-

nado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária” pela frase “arquivados os autos da investigação”.

Em segundo lugar, observa-se a substituição do verbo “poderá” pelo “deverá”, ou seja, se a autoridade policial tiver notícia de outras provas, está obrigada a proceder a novas diligências. Na dicção do código atual, a autoridade policial “poderá proceder a novas pesquisas”, redação vaga e indefinida. Com a redação proposta, fixa-se uma condição precisa: “havendo notícia de outras provas”. Neste caso, então, autoridade *deverá* agir, reiniciando a investigação criminal e a contagem de novo prazo para a conclusão.

Essa disposição é coerente com a que consta do art. 4.º proposto, pois todos os comandos do novo código dirigidos à polícia partem do ato pelo qual a autoridade policial toma conhecimento dos fatos, que estará obrigado a agir (e com agilidade) desde esse momento. Assim, fica evidente que, quando a polícia tiver notícias de novas provas, deverá iniciar a nova investigação em, no máximo, 10 dias, encaminhando os autos ao Ministério Público em outros 20, coerente com a disposição sobre prazos constantes dos arts. 9.º e 10 supracomentados.

Ainda coerente com as demais disposições do projeto, estabelece-se, no artigo comentado, que as novas diligências poderão ser realizadas de ofício ou mediante requisição do Ministério Público. Esta redação não tem o condão, no entanto, de excluir a obrigatoriedade de nova investigação por requerimento do ofendido ou comunicação de qualquer do povo, consoante dispõe o art. 4.º. Como o art. 18 proposto insere o comando “deverá”, sempre que “houver notícias de novas provas”, caso a notícia seja dada pelo ofendido ou por qualquer outra pessoa, fica constatada a obrigação de agir.

Não foi adotada a tese, embora bastante discutida pela Comissão, de se adotar a possibilidade do arquivamento definitivo da investigação. Tratar-se-ia de um dispositivo que facultaria ao órgão superior do Ministério Público determinar, nos casos que entendesse conveniente, o arquivamento definitivo dos autos da investigação, o que impediria que se procedesse a novas diligências, ainda que surgissem novas provas. A denúncia por aquele fato jamais poderia ser oferecida. Essa proposta, como se vê, apresenta-se como uma medida muito radical, mas longe de ser despropositada, está carecendo apenas de maiores debates, para que não só a comunidade jurídica, mas toda a sociedade possa conhecer os argumentos existentes para sua adoção. Há casos que indicam a necessidade de se pôr, logo, uma pá de cal, evitando-se o desgaste de uma investigação eternizada. Todavia, entendendo prematura a adoção do instituto do arquivamento definitivo, a *Comissão Pellegrini* entendeu não introduzi-lo em sua proposta.

27. A remessa dos autos à Justiça nos casos de ação penal privada (art. 19)

Tratando-se de crime que se procede mediante ação penal privada, os autos da investigação, ao invés de seguirem diretamente para o Ministério Público, como ocorre quando se trata de ação penal pública, seguirão para a Justiça, onde aguardarão providências daquele que tem qualidade para promover a ação. É possível,

ainda, que os autos sejam entregues ao interessado. Essas disposições não são inovadoras e já constam do atual art. 19 do CPP. Altera-se, mais uma vez, apenas a redação.

28. O sigilo das investigações e a preservação da intimidade do investigado (art. 20)

O sigilo das investigações já consta do código atual. Todavia, a nova redação, especialmente com o acréscimo do § 1.º, imprime à investigação criminal a roupagem da Constituição Federal de 1988. Em primeiro lugar, o projeto esclarece a que autoridade se refere o *caput* do artigo. Enquanto que a lei em vigor fala em "autoridade", o projeto esclarece melhor: "a autoridade policial, o Ministério Público e o juiz", deixando claro que o comando "assegurarão, na investigação, o sigilo necessário ao esclarecimento dos fatos" é a todos eles dirigido. A quebra do sigilo pode constituir-se em fator determinante do fracasso da investigação e aquele que lhe der causa deverá ser chamado à responsabilidade. Nem juiz, nem Ministério Público, nem delegado podem revelar as informações constantes da investigação.

O parágrafo único atual foi deslocado para § 2.º, sendo introduzido um novo dispositivo, numerado como § 1.º, cujo escopo é assegurar a proteção da intimidade e privacidade, direitos que não são vedados àqueles que estão sendo investigados pela prática de qualquer delito.

O § 1.º possui uma linguagem bastante ampla, com vistas a não deixar qualquer dúvida a respeito de seu objetivo. Devem ser preservadas a *intimidade*, a *vida privada*, a *honra* e a *imagem*, tanto do investigado como do *indiciado*, *ofendido* e *testemunhas*. São responsáveis por tomar providências para garantir esses direitos tanto o *delegado*, quanto o *promotor* e o *juiz*. Não podem, portanto, estes mesmos, agir em sentido contrário.

É vedada qualquer forma de exposição do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas aos meios de comunicação. Evidentemente o trabalho da imprensa não é atingido por este dispositivo, mas a liberdade assegurada aos meios de comunicação não pode impor a colaboração dos servidores e agentes públicos. A imprensa agirá por seu próprio esforço, atendendo, igualmente, às normas que lhe são próprias. As autoridades públicas são proibidas de expor as pessoas que fazem parte da investigação criminal, tanto o investigado, quanto o indiciado, ofendido e testemunhas, sob pena de responsabilidade.

29. A incomunicabilidade do preso (art. 21)

Foi decretado o fim da incomunicabilidade do preso, resquício dos regimes autoritários. A Constituição Federal assegura ao preso a assistência necessária (art. 5.º, LXII e LXIII) e até mesmo durante o Estado de Defesa as normas constitucionais vedam, totalmente, a incomunicabilidade do preso (CF, art. 136, § 3.º, IV).

A redação atual do código, disciplinando a incomunicabilidade do preso e seus limites foi radicalmente substituída pela frase "É vedada a incomunicabilidade do preso". Fim de uma página negra da história do Brasil.

30. A desconsideração das barreiras territoriais (art. 22)

O código atual permite que a autoridade policial ordene diligências em circunscrição de outra. Todavia, limita esta permissão ao território da comarca, ou seja, a polícia somente pode agir em outra circunscrição que esteja incluída no território da mesma comarca. O projeto estende as fronteiras, pois considera que o limite da comarca não guarda nenhuma relação com a atividade policial. A polícia é estadual ou federal. A polícia federal pode agir em qualquer parte do território nacional. A polícia estadual pode agir em toda a área do Estado correspondente, sem que a lei federal (Código de Processo Penal) possa impor qualquer limite. Trata-se das regras próprias do pacto federativo, insertas na Constituição Federal e que não poderiam ser modificadas por uma lei federal processual.

A redação do projeto é no sentido de retirar o *território da comarca* como barreira. Não estabelecendo outros limites, o que não lhe competiria fazer, permanecem, como dito, as normas constitucionais. Evidentemente que a atribuição constitucional relativa à segurança pública, estabelecendo que compete às polícias civis as funções de polícia judiciária e de apuração das infrações penais (art. 144, § 4.º), não permite que a polícia civil de um Estado aja em território de outro. Mas não havia qualquer motivo para manter a disposição do código atual, que limita a polícia ao território da comarca, que é uma divisão judicial e não administrativa. A polícia não está sob o comando do Judiciário, podendo agir livremente, independentemente da jurisdição.

31. As estatísticas criminais (art. 23)

As disposições do atual art. 23 são pormenorizadas e referem-se ao sistema de remessa dos autos do inquérito ao juízo competente. De acordo com os artigos do projeto supracomentados, deve-se preferir o gênero *investigação criminal* e os autos não irão mais ao juiz e sim, diretamente, ao Ministério Público. Só por estas razões, a redação do art. 23 deveria ser alterada. Todavia, a Comissão procurou uma redação enxuta, preferindo referir-se a *órgão competente* no lugar de *Instituto de Identificação e Estatística*. Afinal os órgãos públicos estão sempre mudando de nome e os governos têm tido o hábito de reformular continuamente a estrutura da Administração Pública, situação que sugere ao legislador utilizar expressões genéricas, como a que está sendo adotada pelo projeto.

O Brasil é um País onde faltam estatísticas e pesquisas. A norma constante do art. 23 do CPP demonstra que o legislador sempre esteve atento à necessidade de subsidiar o planejamento da atividade de persecução penal e da administração carcerária. Falta, tão-somente, que os dados sejam, realmente, encaminhados, atualizados e processados, fornecendo subsídios para o planejamento das ações administrativas, do Ministério Público e da Justiça, sem falar na necessidade de oferecer ao magistrado elementos concretos e verdadeiros sobre cada acusado, para que ele possa cumprir as disposições sobre a individualização da pena.

32. A prescindibilidade da investigação policial quando se tratar de crimes do colarinho branco (art. 26)

A *Comissão Pellegrini* inovou, sobremaneira, ao apresentar a redação do art. 26. Trata-se de disposição inovadora, em nada correspondendo ao atual artigo, aproveitando-se, apenas, a numeração.

Fica, então, revogado o atual art. 26, que não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e, desde então, não vem sendo aplicado.

A cada dia que passa percebe-se que a sociedade exige que o foco da persecução penal seja alterado, para alcançar a punição daqueles que cometem crimes mais graves, sobretudo os que decorrem da criminalidade organizada e os que atingem a economia pública e popular. Não é mais possível limitar a punição aos que cometem crimes de furto e roubo pequenos. A Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, então, oferece sua contribuição para a agilização na apuração dos crimes contra o *Sistema Financeiro Nacional, a ordem tributária e a ordem econômica*, determinando que, nesses casos, os elementos de informação sejam remetidos pela *autoridade administrativa* diretamente ao *Ministério Público*.

Essa disposição já vem sendo reclamada pelos operadores do direito, pois, normalmente, nos crimes desta natureza não há qualquer serviço de apuração praticado por meio de diligências eminentemente policiais. Ou a Administração Pública encaminha os elementos de informação de forma completa ou, lhe é solicitada qualquer complementação. A apuração, em realidade, se faz pela própria administração. De acordo com a proposta, o Ministério Público assume uma posição de controle efetivo e direto sobre as diligências, recebendo diretamente os autos do inquérito ou processo administrativo, para desde logo oferecer a denúncia, promover o arquivamento ou requisitar novas diligências. Se for o caso de serem necessárias diligências de natureza policial, dirigirá sua requisição à polícia e se as diligências que faltarem forem de natureza administrativa, o Ministério Público requisitará da própria administração, diretamente, as providências cabíveis. Agirá sempre, fundamentadamente e cumprindo os prazos que lhe são estabelecidos, mas suas requisições são de cumprimento obrigatório, não cabendo à autoridade administrativa ou policial avaliar a procedência da fundamentação.

Essas disposições são decorrentes, como já se disse, de amplo anseio de diversos operadores do direito, tendo sido recentemente referidas pelo Min. José Arnaldo da Fonseca, do Superior Tribunal de Justiça.

33. O arquivamento da investigação criminal (art. 28)

33.1 O sistema atual

O arquivamento dos autos do inquérito policial, hoje, é coerente com outras disposições do Código de 41, que não adota o sistema acusatório puro, concedendo ao juiz diversas atribuições próprias de órgão acusatório. Atualmente, o juiz

controla a investigação, sendo a ele dirigidos os autos do inquérito, autorizando ele a realização de novas diligências. O art. 26, não recepcionado pela Constituição Federal de 1988, dava ao juiz, inclusive, o poder de iniciar a ação penal.

Conforme já se disse supra, a Constituição Federal de 1988 não recepcionou algumas disposições do Código de Processo Penal de 1941, dentre elas as que tratam da remessa dos autos do inquérito ao juiz, da necessidade de sua autorização para a realização de diligências normais (exceto as que decorrem de medida cautelar) e a norma que determina a participação do juiz na decisão de se promover o arquivamento dos autos da investigação criminal.

O dispositivo do Código de 41 sempre apresentou certa perplexidade, pois não se compreende a necessidade de submeter ao juiz de direito a promoção do arquivamento, sobretudo considerando que o próprio código dispõe que quando o Procurador-Geral insiste no “pedido” o juiz está “obrigado a atender”. A anomalia técnica e política desse velho sistema, bem como sua inconstitucionalidade, estão para acabar.

33.2 *As novas regras para o arquivamento*

O novo código estabelece algumas regras básicas para o arquivamento:

- a) O arquivamento é um ato exclusivo da instituição do Ministério Público, não havendo qualquer interferência ou atuação judicial.
- b) Todas as promoções de arquivamento estarão sujeitas à revisão por um órgão superior do Ministério Público.
- c) O ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo e o investigado ou indiciado serão intimados a tempo de influir na decisão final do órgão superior do Ministério Público.

Trata-se, pois, de normas que corrigem a distorção hoje existente, definem o trabalho do Ministério Público como responsável pela política criminal e valorizam o papel da vítima no processo penal e a garantia do contraditório (com a faculdade de participação do investigado ou indiciado).

33.3 *A promoção fundamentada de arquivamento (art. 28, caput)*

O *caput* do art. 28 estabelece que o Ministério Público, “após a realização de todas as diligências cabíveis, convencer-se da inexistência de base razoável para o oferecimento da denúncia, promoverá, fundamentadamente, o arquivamento dos atos da investigação ou das peças de informação”. Eis as principais disposições apresentadas:

- a) são duas as condições para a promoção de arquivamento: a realização de todas as diligências cabíveis e a inexistência, ainda assim, de base para a denúncia;
- b) é atribuição exclusiva do órgão do Ministério Público, que, para o arquivamento, deve “convencer-se” do preenchimento das duas condições supra;

c) a manifestação do Ministério Público promovendo o arquivamento deve ser *fundamentada*.

A fundamentação exigida se referirá ao preenchimento das duas condições apresentadas pelo dispositivo ora comentado, constantes da alínea *a* supra. O Ministério Público tem para com a sociedade o dever de buscar a punição do culpado pela prática de todas as infrações penais e o sistema ora em vigor estabelece, como regra, a obrigatoriedade da ação penal (exceção feita apenas quando se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo). Compete, pois, a este órgão, demonstrar, por escrito, as razões de sua conclusão, tanto quando oferece a denúncia quanto quando promove o arquivamento.

Como em todos os casos de fundamentação, não bastará fazer-se referência vaga à inexistência de base razoável para o oferecimento da denúncia. Valer-se dessa expressão como única fórmula de "fundamentação" é desatender desrespeitosamente ao comando que exige fundamentação verdadeira. Fundamentar é indicar os fatos e formular argumentos lógicos.

33.4 A revisão obrigatória pelo órgão superior

A comissão retirou do juiz qualquer participação na decisão de promover a denúncia ou arquivar os autos da investigação. O Ministério Público, como instituição, é encarregado, com exclusividade, desta decisão. Não, porém, o órgão que atua na causa, em atuação monocrática. Se este se convencer da inexistência de base para o oferecimento da denúncia deverá enviar cópias da promoção de arquivamento e das principais peças dos autos ao órgão superior do Ministério Público a que a lei atribuir essa função, que confirmará ou não a promoção de arquivamento.

A *Comissão Pellegrini* tomou o cuidado de evitar o descontrole, que poderia ser causado com o simples fim do tradicional controle judicial. A solução adotada é perfeitamente técnica e guarda consonância com a tendência moderna de conferir maior controle sobre aqueles que detêm qualquer parcela de poder. O Ministério Público age em defesa da sociedade e a ação penal, repita-se, é obrigatória. Todo o cuidado é necessário para evitar que se deixe de promovê-la quando houver elementos suficientes. Como órgão administrativo, o Ministério Público é organizado e estruturado de forma a permitir que se faça um controle rigoroso e ágil.

Ressalte-se a experiência das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público da União, mencionadas na exposição de motivos. Trata-se de órgãos criados pela LC 75, de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União). As Câmaras são compostas de ocupantes do último nível da carreira (nos Estados seriam os Procuradores de Justiça) cujos membros são eleitos pelo Conselho Superior, deste, portanto, distinguindo-se.

O Conselho Superior é o órgão político que efetua a direção superior do Ministério Público. Atualmente é ele encarregado de apreciar o arquivamento dos autos do inquérito civil público. Diante dessa atribuição, muitos têm feito uma leitura equivocada do disposto no § 1.º do art. 28 do projeto, concluindo, precipitadamente, que a expressão "órgão superior" alude ao Conselho Superior.

O projeto, por outro lado, inspirou-se nas mencionadas câmaras superiores, em funcionamento há 7 anos, demonstrando ser positiva a experiência. Cada Estado instituirá, por lei, tantas câmaras quantas forem necessárias, permitindo, inclusive, a regionalização e a especialização. Assim, poderiam ser criadas, por exemplo, uma câmara de crimes contra o Sistema Financeiro, a ordem econômica e tributária; outra para crimes de entorpecentes e drogas afins; outra para crimes contra a vida e outra residual, que atenderia a todos os demais delitos. Conforme se encontra mencionado na exposição de motivos, a participação dos procuradores de justiça seria muito valiosa, pois participariam das câmaras emprestando sua experiência para a definição da política criminal.

Enquanto não forem criadas as câmaras de coordenação e revisão em cada estado, as funções determinadas por este artigo serão desempenhadas pelo Conselho Superior, que poderá, por ato administrativo, convocar procuradores de justiça ou promotores para assessorá-los. De forma alguma se pensou em sobrecarregar o Conselho Superior com novas atribuições. Bastará a criatividade para fazer valer a lei desde seu primeiro momento de vigência até que novos órgãos sejam criados, com o aumento do quadro de promotores de justiça e procuradores, que, por certo, advirá.

33.5 Arquivamento promovido pelo Procurador-Geral

Importantíssima alteração constante do projeto encontra-se no fato de que o novo art. 28 tem como destinatário todos os membros do Ministério Público, inclusive o Procurador-Geral de Justiça, Procurador-Geral Militar e o Procurador-Geral da República. Sempre que o titular da ação penal for o próprio Procurador-Geral e este se convencer de inexistência de base para o oferecimento da denúncia, promoverá o arquivamento e, cumprindo o disposto no § 1.º do art. 28 do novo código, extrairá cópias e as enviará ao órgão superior para a revisão obrigatória da promoção de arquivamento. Neste caso, será melhor que a lei federal que trata do Ministério Público da União e as leis estaduais determinem que a revisão obrigatória seja procedida pelo próprio Conselho Superior, que é o órgão que pode rever os atos do Procurador-Geral.

Não é novidade que os órgãos superiores do Ministério Público (à semelhança dos tribunais) possam rever os atos do Procurador-Geral, portanto, trata-se, apenas, da extensão dessa atribuição às promoções de arquivamento. Com essa disposição importante lacuna estará sendo preenchida pois, atualmente, a decisão de arquivamento do Procurador-Geral, nos casos em que lhe compete oferecer a denúncia originariamente, é desprovida de qualquer controle e a crônica está repleta de casos em que a sociedade se viu desamparada com descabidas promoções de arquivamento sem qualquer possibilidade legal de evitá-las.

A regra do § 1.º do art. 28 vale, portanto, para os casos em que compete ao Procurador-Geral, originariamente, oferecer a denúncia e este, convencendo-se da inexistência de base razoável para a acusação, opta por promover o arquivamento dos autos da investigação criminal. Esta decisão será revista pelo Conselho Superior.

34. A revisão da promoção de arquivamento

34.1 *O procedimento administrativo de revisão*

Ao promover o arquivamento, o membro do Ministério Público que estiver atuando no caso extrairá cópias das principais peças dos autos e as remeterá, em 3 dias, ao órgão superior do Ministério Público e intimará o investigado ou indiciado e o ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo.

O novo código cria certa facilidade ao não exigir que sejam remetidos os próprios autos da investigação, permitindo que se extraiam cópias para remessa ao órgão superior. Isso não impede, porém, que os próprios autos sejam encaminhados ao órgão superior, se assim estabelecer a norma local.

O próprio membro do Ministério Público que atua no caso deverá expedir carta registrada com aviso de recebimento ao investigado ou indiciado e ao ofendido ou seu representante. Essa providência significa a obediência à garantia constitucional do contraditório, pois o arquivamento da investigação ou a propositura da denúncia provoca consequências importantes, tanto para aquele contra quem se propõe ou se proporia a ação como para a vítima ou seu representante.

Dando sequência à valorização do princípio do contraditório, o § 2.º do art. 28 estabelece que, se o membro do Ministério Público não encaminhar a promoção de arquivamento para a revisão obrigatória pelo órgão superior no prazo estabelecido, o investigado, indiciado e o ofendido podem dirigir-se ao órgão superior requerendo sua requisição. Sem falar na correição que se faz periodicamente, que, por certo, apurará a falta funcional e determinará a responsabilidade do membro do Ministério Público que promover o arquivamento dos autos da investigação criminal ou de quaisquer outras peças de informação, sem submeter sua conduta à revisão obrigatória do órgão superior.

34.2 *A valorização da vítima e da garantia do contraditório*

São interessados no arquivamento, na dicção de todo o art. 28, o investigado ou indiciado, o ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo.

Indiciado é aquele que assim foi cientificado pela autoridade que preside a investigação, após ter constatado que há elementos informativos suficientes para tanto. Investigado é aquele sobre quem recai alguma informação que indique ter tido alguma participação no fato ilícito. Dependendo do estado em que se encontra a investigação, o arquivamento ocorre quando há apenas um investigado ou quando já há alguém indiciado.

O interesse do investigado ou indiciado será, naturalmente, que se ratifique o arquivamento, mas nada obsta que postule ser levado a julgamento, visando sua absolvição, um desfecho definitivo para o caso.

Por outro lado, refere-se, claramente, este dispositivo, ao direito do ofendido. Quando for incapaz, atuará o seu representante. Quando tiver falecido ou for

declarado ausente, atuará o seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão. A lei, retirando do ofendido a titularidade para promover a ação penal, deve-lhe conferir todos os meios possíveis para, ao menos, acompanhá-la e exigir sua propositura. Atualmente, o ofendido ou seu representante somente pode atuar quando é admitido como assistente de acusação, após a denúncia e a citação. Com o projeto, fica valorizada sua participação, admitindo-se sua real influência na revisão obrigatória da promoção de arquivamento.

Nos termos acima descritos, os interessados serão intimados da decisão de promover o arquivamento e de que esta decisão será revista pelo órgão superior. Esta intimação deve conter todos os elementos necessários para que se possa tomar qualquer atitude. Deve vir acompanhada das peças importantes, do endereço da Promotoria ou Procuradoria onde se encontram os autos da investigação e o endereço do órgão superior para onde devem ser remetidas suas razões.

Caso não sejam intimados da decisão de promover o arquivamento, o interessado pode dirigir-se diretamente ao órgão superior, alertando-o para a gravíssima falta funcional do membro do Ministério Público e requerendo seja requisitada a promoção de arquivamento, para que se proceda à revisão obrigatória a que alude o art. 28.

Cientes da data em que será apreciada a promoção de arquivamento pelo órgão superior, os interessados poderão apresentar razões escritas. Considerando que a lei estabelece o direito dos interessados de apresentar razões escritas, não há direito estabelecido no Código de Processo Penal à sustentação oral. Todavia, seguindo a tradição das deliberações administrativas tomadas por colegiado, nada obsta que a lei estadual estabeleça esta possibilidade. A forma da deliberação será estabelecida pelo regimento.

34.3 As opções do órgão superior

Diz o § 4.º do art. 28 que “a promoção de arquivamento, com ou sem as razões dos interessados, será submetida a exame e deliberação do órgão superior do Ministério Público, na forma estabelecida em seu Regimento”.

As opções que estão postas para o órgão superior estão estabelecidas nos §§ 5.º, 6.º e 7.º:

- a) O § 5.º estabelece que *o relator poderá, quando o entender necessário, requisitar os autos originais, bem como a realização de quaisquer diligências reputadas indispensáveis.*
- b) O § 6.º disciplina a hipótese de ser ratificada a promoção de arquivamento.
- c) O § 7.º determina as providências que devem ser tomadas quando o órgão superior não concordar com a promoção de arquivamento.

A redação do § 5.º demonstra a preocupação da Comissão em evitar eventual precipitação. Embora tenha promovido modificações visando conferir agilidade à investigação criminal, não poderia impedir que todas as diligências cabíveis

sejam realizadas antes de qualquer decisão de arquivamento. Neste sentido, é clara a redação do *caput* do art. 28, condicionando o arquivamento à *realização de todas as diligências cabíveis*.

O § 6.º disciplina a hipótese natural de ser ratificada a promoção de arquivamento, ao mesmo tempo em que estabelece as providências que devem ser tomadas. Este dispositivo é de vital importância, deixando claro a posição equilibrada da *Comissão Pellegrini*, promovendo um entrelaçamento entre as diversas funções.

O novo código estabelece que a decisão sobre o arquivamento da investigação criminal é exclusiva do Ministério Público, criando a revisão obrigatória interna. Por outro lado, o § 6.º do art. 28 estabelece que, ao final, os autos serão fisicamente arquivados no juízo competente. Esta regra se justifica por dois motivos: em primeiro lugar para que se valha da estrutura do Poder Judiciário, já existente, de manter os autos em arquivos organizados, com possibilidade de prestar informações aos interessados na forma da Constituição Federal e das leis. Em segundo lugar porque o juiz deve controlar as medidas cautelares eventualmente concedidas.

O § 6.º é claro, fixando duas finalidades para a remessa dos autos ao juízo competente:

- a) para o arquivamento, e
- b) para a declaração da cessação da eficácia das medidas cautelares eventualmente concedidas.

Se os autos da investigação não forem remetidos ao juízo quando da promoção do arquivamento, se estaria limitando o controle judicial das medidas cautelares em investigações que resultarem em denúncia. As medidas cautelares concedidas em investigações arquivadas estariam fora de qualquer controle pelo juiz.

Recebidos os autos da investigação o juiz verificará, em primeiro lugar, se foi procedida à revisão obrigatória, de forma que jamais aceitará que lhe sejam remetidos os autos pelo próprio membro do Ministério Público que atue perante seu juízo. Em seguida, o juiz verificará se foi concedida alguma medida cautelar e se foi efetivamente aplicada. Caso positivo, considerando que o arquivamento tornaria prejudicada, desnecessária e abusiva a manutenção de qualquer medida cautelar, o juiz declarará a cessação das medidas cautelares eventualmente concedidas.

O § 7.º disciplina a hipótese de o órgão superior discordar da promoção de arquivamento, concluindo pela viabilidade da ação penal. Neste caso, *designará outro representante do Ministério Público para oferecer a denúncia*.

35. A legitimidade dos entes coletivos na ação penal privada (art. 30)

Outra importante inovação do projeto sobre a *investigação criminal* é a atribuição de legitimação para a ação penal privada às entidades reconhecidas por lei para a defesa de direitos difusos ou coletivos.

O art. 30 do novo código mantém a legitimidade da ação penal privada para o ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo. Quando for incapaz, será

representado. Quando tiver falecido ou for declarado ausente, o direito de queixa será exercido pelo seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão (art. 31).

A inovação, então, fica por conta da segunda parte do artigo proposto. As entidades legitimadas por lei à defesa de direitos difusos ou coletivos, quando se trate de ação penal que os envolva, possui, também, o direito de apresentar queixa-crime nos casos de crime que se procede mediante ação penal privada.

36. Os prazos para o Ministério Público e suas conseqüências (art. 46)

Ao lado de uma importante inovação, o art. 46 do novo código trás, também, algumas alterações terminológicas. A inovação diz respeito ao prazo concedido ao Ministério Público para a promoção de arquivamento, inexistente no ordenamento em vigor. Recebendo os autos da investigação criminal pela primeira vez, ou recebendo sua complementação, de acordo com o art. 10, o representante do Ministério Público dispõe de único prazo para decidir oferecer a denúncia ou promover o arquivamento.

O prazo é mantido em cinco dias se o indiciado estiver preso e de quinze dias se estiver solto. Substitui-se o termo “réu”, equivocadamente utilizado, por “indiciado”. Não se permite a prisão de uma pessoa que seja meramente *investigado*. Se há elementos para a prisão, mais elementos ainda haverá para que o *investigado* seja cientificado de que há indícios de sua participação, passando, então, à condição jurídica de *indiciado*.

É importante a fixação de prazo para a promoção do arquivamento. O que se espera é que os autos não permaneçam indefinidamente com o Ministério Público. O descumprimento deste prazo ensejará não só a apuração da responsabilidade disciplinar do representante do Ministério Público, como, igualmente, a representação do interessado ao órgão superior, na forma do art. 28, que poderá designar outro membro da instituição para oferecer a denúncia ou manifestar-se pelo arquivamento.

O prazo para o oferecimento da denúncia, como se sabe, vem sendo interpretado pela jurisprudência como irrelevante para eventual soltura do indiciado preso. A prática brasileira, que considero lamentável, é a da soma dos prazos e, de acordo com o entendimento de vários tribunais, sequer precisa ser seguida, mantendo-se alguns presos provisórios indefinidamente. Espera-se, com o novo código, que se fixem conseqüências sérias para o caso de não ser oferecida a denúncia dentro dos cinco dias legais, quando se trata de indiciado preso. A Comissão, no entanto, preferiu não abordar esse tema, deixando-o para ser disciplinado pela jurisprudência.

37. A *vacatio legis* (art. 2.º do projeto)

O art. 2.º de todos os sete projetos elaborados pela *Comissão Pellegrini* estabelece uma *vacatio legis* de sessenta dias, considerada suficiente para a adaptação e preparação de todos os órgãos e pessoas envolvidas.

O mais difícil será a adaptação do Ministério Público, que deverá instalar, sem muita demora, as câmaras de coordenação e revisão, para proceder à revisão obrigatória de todas as promoções de arquivamento. Enquanto não forem instaladas, atuará o Conselho Superior, não sendo vedado a este órgão convocar outros Procuradores e Promotores para assessorá-lo.

As regras são todas eminentemente processuais, sem qualquer reflexo penal, o que significa estar afastada qualquer polêmica sobre sua retroatividade. A partir da vigência da nova lei, os delegados deverão, em 10 dias, instaurar inquérito policial de todas as ocorrências de infração penal que tiver conhecimento. Todas as ocorrências deverão, desde então, ficar à disposição do Ministério Público.

As normas estabelecidas são de vigência imediata (após os sessenta dias) e devem ser aplicadas a todos os casos em andamento, mas os atos praticados não precisarão ser repetidos e devem ser respeitadas as fases já concluídas. Assim, por exemplo, os arquivamentos já operados por ordem judicial não precisarão ser revistos pelo órgão superior do Ministério Público.

38. Conclusão

Participar da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal foi, para mim, uma grande honra. Desejo manifestar meu reconhecimento pela brilhante presidência desenvolvida pela Profa. *Ada Pellegrini Grinover*, que soube, com sabedoria ímpar, imprimir o equilíbrio entre as diversas posições que foram manifestadas durante o transcurso de 10 meses de trabalho, não somente as que foram apresentadas pelos integrantes da Comissão, como pelas inúmeras pessoas e instituições que apresentaram contundentes críticas e sugestões. Todas as manifestações foram bem recebidas. Evidentemente não se atendeu a todos, mas o resultado final é, inequivocamente, fruto do equilíbrio, que somente foi possível atingir mediante o pulso firme, o conhecimento e a doçura da Presidente da Comissão.

Não se pode deixar de reconhecer e de exaltar a iniciativa corajosa do Min. José Carlos Dias, que, de sua curta passagem pelo Ministério da Justiça, deixou, ao menos, duas obras importantíssimas: a reforma da parte geral do Código Penal e a Reforma do Código de Processo Penal. Por fim, reconhece-se o brilho do atual Ministro da Justiça, José Gregori, que deu continuidade aos trabalhos iniciados na gestão anterior e deixando de lado a vaidade que faz com que alguns homens públicos queiram sempre começar tudo de novo, receberá a glória de concluir um trabalho tão importante.

Espero, então, que o Congresso Nacional mantenha íntegro o projeto original sem se deixar influenciar por *lobyes* corporativos e que a nova lei sirva para diminuir a impunidade no País.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.3

A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS AO DIREITO BRASILEIRO:

A questão da prisão do depositário infiel

SILVANA SAMPAIO ARGUELHO

SUMÁRIO: 1. Introdução e finalidade – 2. Prisão civil. Disposições legais – 3. Integração das normas internacionais no direito interno – 4. Destinatários das normas de direito internacional – 5. Sistema da ordem jurídica estatal. Teorias monista e dualista – 6. Natureza jurídica das normas de direito internacional: 6.1 Direito comparado; 6.2 Constituição Federal brasileira de 1988. Interpretação – 7. Soberania estatal – 8. Posicionamento doutrinário: contribuição para a defesa internacional efetiva dos direitos fundamentais do homem – 9. Resultados da integração dos acordos internacionais de direitos humanos no direito interno brasileiro, dentro de uma perspectiva jurídica – 10. Incompatibilidade da prisão civil do depositário infiel com o atual ordenamento jurídico constitucional. Segmento doutrinário e jurisprudencial – 11. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: A proposta do presente estudo diz respeito à garantia de liberdade do indivíduo. A par das medidas cautelares restritivas de locomoção, que encontram sua aplicabilidade na seara penal, nosso ordenamento jurídico prevê, ainda que de modo excepcional, as prisões de natureza civil.

A questão que resta a ser dirimida tem como meta o exame do cabimento ou não da prisão civil por dívida, particularmente a correspondente ao do depositário infiel, sob a ótica do Direito Constitucional Internacional.

As disposições legais que tratam do assunto serão analisadas, seja no âmbito interno, quanto externo, mormente no que diz respeito à Convenção Americana dos Direitos do Homem, sem perder de vista o tema central que reclama a atenção especial dos operadores do direito para a solução da demanda, que é o da máxima efetividade das normas garantidoras dos direitos humanos.

Para tanto, necessário será traçar o processo de integração das cláusulas internacionais em nosso direito interno, individualizando qual a posição jurídica que as mesmas encontram dentro do ordenamento jurídico (inclusive mediante a utilização do direito comparado), analisando, ao final, os resultados e benefícios obtidos.

Palavras-chave: Prisão civil. Disposições legais – Integração das normas internacionais no direito interno – Natureza jurídica – Direito comparado – Posicionamento doutri-

nário – Resultados da integração dos acordos internacionais de direitos humanos no direito interno brasileiro – Incompatibilidade da prisão civil do depositário infiel com o atual ordenamento jurídico constitucional.

1. Introdução e finalidade

A transição do regime autoritário para o democrático importou em grandes avanços para a Nação, tanto no plano das relações internas quanto externas, ocasionando mudanças nos aspectos político, social, econômico e jurídico do País. Quanto a este último, embora a Carta Constitucional de 67 (alterada pela Emenda 1/69) já assegurasse os direitos e garantias individuais em seus arts. 153 e 154, tutelando, v.g., a garantia da ampla defesa, bem como a contraditoriedade da instrução criminal, não é dado olvidar que somente com a Constituição Federal de 1988 é que estas disposições ganharam uma dimensão e força maior, principalmente no que tange à questão dos direitos humanos que, a despeito de terem sido objeto de grandes violações naquele período, passaram a ganhar o *status* de verdadeiros princípios de ordem constitucional a serem observados pelos operadores do direito, com o fito de zelar pela observância do “devido processo legal”. Se antes este já tinha corpo, passou a ganhar alma.

Entretanto, passados mais de doze anos da data da sua promulgação, observamos que a efetivação de todo o conjunto daquelas garantias asseguradas pelo novo poder constituinte, ainda, está longe de ser consagrada em sua plenitude.

Dificuldades de interpretação e assimilação podem ser algumas, dentre tantas, causas justificadoras desse fenômeno, que é verificado principalmente através das decisões emanadas dos nossos Tribunais Superiores que, muitas das vezes, se negam em aplicar, em sua máxima extensão, o rol de direitos assegurados expressamente pela Lei Maior.

Embora as fontes de direito interno não tenham o poder necessário para consagrar de modo efetivo os direitos fundamentais do homem, resta questionar se o contrário ocorreria caso dispuséssemos de outra fonte normativa da ordem jurídica, qual seja, a do direito internacional, de molde a extrair da mesma a sua força coercitiva capaz de implementar de maneira eficaz as disposições legais referentes aos direitos fundamentais do indivíduo (mormente em face da norma *pacta sunt servanda*), à medida que o Estado-Parte, quando da submissão àquele acordo, comprometer-se-ia a observá-lo e a obedecê-lo, sob pena de ser responsabilizado perante a organização mundial.

Neste contexto é que se insere a proposta do presente estudo, mais, especificamente, no que diz respeito à garantia de liberdade do indivíduo.

A par das medidas cautelares restritivas de locomoção, que encontram sua aplicabilidade na seara penal, nosso ordenamento jurídico prevê, ainda que de modo excepcional, as prisões de natureza civil.

A questão que resta a ser dirimida tem como meta o exame do cabimento ou não da prisão civil por dívida, particularmente a correspondente ao do depositário infiel, sob a ótica do Direito Constitucional Internacional.¹

As disposições legais que tratam do assunto serão analisadas, seja no âmbito interno, quanto externo, mormente no que diz respeito à Convenção Americana dos Direitos do Homem, sem perder de vista o tema central que reclama a atenção especial dos operadores do direito para a solução da demanda, que é o da máxima efetividade das normas garantidoras dos direitos humanos.

Para tanto, necessário será traçar o processo de integração das cláusulas internacionais em nosso direito interno, individualizando qual a posição jurídica que as mesmas encontram dentro do ordenamento jurídico, analisando, ao final, os resultados e benefícios obtidos.

2. Prisão civil. Disposições legais

A prisão de natureza civil, ainda que inicialmente defesa pela ordem constitucional vigente, encontrou no corpo da Constituição Federal, art. 5.º, LXVII, duas exceções restritivamente previstas, quais sejam: “a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, bem como a do depositário infiel”.

Ao contrário da modalidade da prisão penal, que tem como fundamento legal a cautelaridade ou, em se tratando de sentença condenatória transitada em julgado, o próprio exercício da pretensão executória estatal, a prisão civil por dívida, oriunda de obrigação alimentar, é vista pela nossa doutrina pátria como sendo “o meio de coerção para conseguir o adimplemento da prestação por obra do devedor, nela não se vislumbrando o menor traço de índole punitiva”.² A do depositário infiel, por seu turno, embora não detenha “caráter apenatório, mas tão-somente dissuasório, objetiva a remover os óbices que o depositário esteja criando à restituição da coisa”.³

Todavia, em que pese os esforços para destituir o caráter punitivo da prisão civil por dívida, não é dado desconsiderar que o limiar desta prisão é muito tênue, a partir do momento em que a natureza coativa do ato traz em si uma situação expiatória inerente, posto que impõe como consequência do descumprimento da obrigação a restrição à liberdade de locomoção do indivi-

⁽¹⁾ O presente estudo não tem por escopo discutir se o fiduciante se equipara, para efeitos constitucionais, ao depositário infiel.

⁽²⁾ Cf. José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988, p. 562, vol. 1.

⁽³⁾ Cf. Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1988-1989, p. 310, vol. 2.

duo, tanto mais pela circunstância de que por outros meios legais previstos em nosso estatuto processual civil, o mesmo objeto de quitação da dívida poderia ser logrado.

Atento a este fator, bem como a outros, o direito internacional cuidou de tratar de maneira mais humanitária a questão em apreço.

Com uma preocupação mais voltada à efetiva proteção dos direitos humanos, no sentido de restringir ao máximo qualquer tipo de medida restritiva de liberdade, consagrada como o bem maior legado ao homem desde o seu nascimento, os textos cuidaram de dar tratamento diverso às prisões de natureza civil.

É o que se deduz do disposto no art. 7.º, § 7.º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assim dispôs acerca do tema: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade jurídica competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, por seu turno, preceituou que: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual” (art. 11).⁴

3. Integração das normas internacionais no direito interno

O primeiro passo para que se inicie o processo de integração das normas internacionais no direito interno consubstancia-se na expressa anuência por parte do Estado em obrigar-se por um tratado, seja através da ratificação, aceitação, aprovação ou aderência.⁵

Tanto é assim que a Convenção de Viena, em seu art. 52 prevê a nulidade do acordo quando o consentimento se der mediante ameaça ou uso de força.⁶

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 84, VIII, tratou de incorporar ao ordenamento jurídico interno, os tratados em geral, ao estabelecer que: “competem privativamente ao Presidente da República: celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

(4) Referidos acordos internacionais foram ratificados pelo Brasil, respectivamente, em 25.09.1992 e 24.01.1992, tendo o primeiro sido incorporado ao nosso direito positivo constitucional através do Dec. 678/92.

(5) O art. 11 da Convenção de Viena enuncia que o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim for acordado.

(6) “Art. 52. É nulo o tratado cuja conclusão foi obtida pela ameaça ou com o emprego de força, em violação dos princípios de direito internacional incorporados na Carta das Nações Unidas”.

Desse modo, celebrado o acordo pelo Poder Executivo, através do Presidente da República, o mesmo é submetido à aprovação do Congresso Nacional,⁷ mediante referendo. A seguir, em havendo aquela aceitação, expede-se um ato com força de lei – decreto legislativo.

Após a aprovação do Poder Legislativo, o acordo vem a ser promulgado pelo Poder Executivo, mediante decreto assinado pelo Presidente da República e, após, publicado na imprensa oficial.⁸

Situação diversa ocorre quando a convenção tenha por escopo a proteção dos direitos humanos. Neste caso, aplicável seria o preceito contido no § 1.º do art. 5.º da CF, *in verbis*: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isto quer dizer que a incorporação do acordo ocorreria de forma automática, não sendo necessário nenhum ato com força legislativa para torná-lo obrigatório dentro da ordem interna.

Antônio Augusto Cançado Trindade, em estudo sobre o Impacto de Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos nas recentes Constitui-

⁽⁷⁾ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

⁽⁸⁾ Quanto à questão da vigência dos tratados no plano normativo interno, a ratificação do tratado, pelo Poder Executivo, somente ocorre após a aprovação do texto pelo Congresso Nacional. Assim, *celebrado o tratado por representante do Poder Executivo, aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado, por decreto, pelo Presidente da República (ratificação), com a publicação do texto em português no órgão da imprensa oficial, tem-se como integrada a norma internacional no direito interno*. É que um tratado somente pode ser considerado regularmente concluído no Brasil, quando é promulgado, por decreto do Presidente da República, e tenha sido objeto de aprovação pelo Congresso Nacional. Este ato de promulgação do decreto (ato do chefe de Estado) nada mais é senão um ato de publicidade da existência do tratado, norma jurídica de vigência atual ou eminente. Quando publicado, é introduzido na ordem interna legal e opera desde o momento próprio. Essa publicidade é de todo necessária para que o tratado venha a integrar o acervo normativo nacional, habilitando-se ao cumprimento por particulares e governantes, e à garantia de vigência pelo Judiciário.

Decretos promulgatórios de tratados internacionais costumam determinar sua vigência – a do decreto – na própria data da publicação. Caso contrário, aplica-se a norma da Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-lei 4.457, de 04.09.1942), que difere em quarenta e cinco dias essa vigência.

Entretanto, ainda que o tratado não tenha vigência imediata, nem por isso o compromisso internacional deixa de estar consumado, mormente em razão do princípio *pacta sunt servanda*. Desse modo, inviável, de ponto de vista jurídico, a intenção de uma possível retratação por parte do Estado, a pretexto de o pacto ainda não ter entrado em vigor. (Neste sentido vide: José Francisco Rezek, *Direito dos tratados*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 382 *et seq.*; *Direito internacional público: curso elementar*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 50 e 84-85; e Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996, p. 73 *et seq.*)

ções, preleciona que “a Constituição Federal brasileira de 1988 em seu art. 5.º, § 2.º, além de ter concedido tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados, reconheceu e sancionou os tratados de proteção internacional dos direitos humanos. Neste contexto, se para os acordos internacionais em geral exigia-se a intermediação pelo Poder Legislativo, de modo a outorgar a suas disposições, vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passariam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno. Ademais, com exceção de seis cláusulas contidas na Convenção Americana, que reclamariam a existência de lei ou medidas complementares, as demais seriam auto-aplicáveis – *self-executing*, seja em razão da obrigação que incorporam, bem como pelo seus caracteres de exigibilidade direta e imediata”.⁹

Também nesta esteira de pensamento, Flávia Piovesan defende a possibilidade da “invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais”.¹⁰

Com efeito, conforme assinala Dalmo de Abreu Dallari,¹¹ considerando que os direitos fundamentais contidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem foram proclamados pela Assembléia Geral das Nações Unidas e não-somente reconhecidos ou concedidos, podemos afirmar que a sua existência independe de qualquer decisão ou formalidade.

E foi justamente essa a vontade dos legisladores ao consagrar, inclusive, três objetivos fundamentais no referido documento, quais sejam, o da *certeza, segurança* e a *possibilidade* dos direitos. O primeiro, como forma de estabelecer de maneira prévia e clara aqueles direitos e deveres; o segundo para o fim de garantir o respeito dos direitos fundamentais, em qualquer circunstância; e, o terceiro, com vistas a assegurar a todos os homens os meios necessários à fruição dos direitos.

Assim, o operador do direito deve se nortear pela eficácia imediata das normas de proteção dos direitos humanos, que proclamadas como normas jurídicas anteriores aos Estados, hão de ser aplicadas independentemente de sua inclusão nos direitos dos Estados pela formalização legislativa.

4. Destinatários das normas de direito internacional

Não só o Estado, como pessoa jurídica, é sujeito de direitos e obrigações por parte do direito internacional, a pessoa física também o é, ainda que de modo

⁽⁹⁾ *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo, 1996. p. 21 *et seq.* e 34.

⁽¹⁰⁾ Op. cit., p. 104.

⁽¹¹⁾ *Elementos de teoria geral do Estado*. 20 ed. São Paulo : Saraiva, 1998.

mediato e para quem não haja a correlação de sanção, como ocorre com aquele, em face da responsabilidade civil por obra da violação do compromisso assumido.

É o que se deduz dos acordos que tenham como escopo nodal a proteção dos direitos humanos, posto que a observância por parte do Estado quanto aos deveres assumidos, espontânea e voluntariamente, perante o organismo mundial, tem como finalidade a garantia dos direitos fundamentais do indivíduo.

Neste sentido, é o teor do preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos quando assim dispõe: “os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos estados americanos”.

E mais, o art. 1.º do mesmo documento estabelece que: “os Estados-Partes hão de se comprometer a respeitar os direitos e liberdade nele reconhecidos, de molde a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa (entendida esta como ser humano) que esteja sujeita à sua jurisdição”.

Portanto, dizer que o direito internacional, como outro qualquer, consubstancia-se na regulamentação da conduta humana, ou seja, do homem em particular, significa que o destinatário final tanto dos direitos quanto dos deveres conferidos é senão a pessoa física, constituindo o Estado, no mais das vezes, em expressão personificadora desse processo.¹²

5. Sistema da ordem jurídica estatal. Teorias monista e dualista

Do ponto de vista da teoria monista, que por seu turno dividiu-se em duas correntes, o direito internacional e o direito interno constituiriam uma única ordem jurídica, sendo que na primeira, a primazia seria daquele¹³ e, na segunda, deste. Em ambas as situações, entretanto, haveria uma característica em comum expressa na unicidade dos respectivos ordenamentos jurídicos.

Já a visão dualista, consiste em considerar o direito internacional como um sistema de normas jurídicas independente e distinto, ou seja, entre o ordenamento jurídico internacional e nacional existiria um verdadeiro isolamento, com o fim, inclusive, de evitar o surgimento de eventuais conflitos insolúveis entre os dois ordenamentos, a reclamar, portanto, este isolamento.¹⁴

Todavia, assim não é dado considerar, posto que, embora, nesta interação entre as normas internas e externas surjam contradições entre si, ao operador do

⁽¹²⁾ Cf. Hans Kelsen, *Teoria pura do direito* (tradução João Baptista Machado; revisão para a edição brasileira Silvana Vieira), 3. ed., São Paulo, Martins Fontes, 1991, p. 343.

⁽¹³⁾ Monismo internacionalista adotado por Kelsen.

⁽¹⁴⁾ Acerca do tema em enfoque, vide Hans Kelsen, op. cit., p. 344 *et seq.*

direito caberá dar a interpretação jurídica cabível, na busca da solução legal e justa ao caso em concreto, conforme mais adiante será exposto.

6. Natureza jurídica das normas de direito internacional

A Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5.º, § 2.º, cuidou de recepcionar os direitos e garantias previstos nos tratados internacionais de que o Brasil fosse parte, dispondo que aqueles já previstos na esfera interna não teriam o condão de excluir os demais conjecturados no ordenamento jurídico mundial.

Ao assim agir, poderíamos concluir que a intenção do legislador brasileiro foi a de adotar a teoria monista com primazia da ordem jurídica interna, dado que condicionou esta integração ao expresso reconhecimento por parte do Estado, numa nítida intenção de dar um tratamento, quando muito, paritário com o das normas internas, mas, de modo algum, supranacional.

Desse modo, oportuna é a discussão acerca da natureza jurídica das normas de direito internacional, ou seja, se a ordem jurídica constitucional do Estado recepcionou-as no mesmo nível que os seus preceitos, ou quando não, de modo supremo ou, ainda, de maneira inferior, nos termos do mencionado dispositivo legal.

Entretanto, antes de adentrarmos a este assunto específico, para um melhor esclarecimento acerca do tema enfocado, examinaremos, inicialmente, os modelos comparativos, com o escopo de verificar qual o nível de reconhecimento dado pelas Constituições de outros países às regras contidas nos acordos internacionais por eles celebrados.

6.1 Direito comparado

Verificando-se o texto constitucional da República Federal da Alemanha, constatamos que o tratamento dado às normas de direito internacional foi o de superioridade perante as normas de direito interno.

É o que se deduz da leitura do seu art. 25, a saber: "As regras gerais do direito internacional fazem parte integrante do direito federal. Prevalecem sobre as leis e delas resultam diretamente direitos e deveres para os habitantes do território alemão".

Cumpramos observar, que a Lei Fundamental Alemã, datada de 23.05.1949, nasceu no período pós-guerra, sendo que a elaboração do documento teve como finalidade básica a realização do Estado Social de Direito.¹⁵

De maneira diversa, a Constituição italiana, mesmo a despeito da similitude guardada com a Constituição alemã, seja pela identidade do objeto de interesse

⁽¹⁵⁾ Neste sentido, vide Jorge Miranda, *Constituições de diversos países*, 3. ed., Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, e.p., 1986, I vol., p. 20.

quando da sua organização, seja porque nascida em uma época pós-fascista (27.12.1947), deixou de consagrar, de maneira objetiva, o valor jurídico das regras de direito internacional, consoante se infere do disposto em seu art. 10: “o ordenamento jurídico italiano conforma-se com as normas de direito internacional geralmente reconhecidas”.

Do mesmo modo, a Constituição espanhola deixou de atribuir a especificidade da posição hierárquica das normas de direito internacional no plano interno. É o que se observa da leitura do dispositivo legal contido no art. 10.º, § 2.º: “As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades reconhecidas pela Constituição serão interpretadas em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os tratados e acordos internacionais sobre essas matérias ratificados pela Espanha”.

Supraconstitucional, entretanto, foi o valor estabelecido pela Carta Constitucional da Holanda às cláusulas internacionais, ao firmar em seu art. 94 que: “As disposições legais em vigor no Reino deixarão de se aplicar quando colidirem com disposições de tratados obrigatórias para todas as pessoas ou com decisões de organizações internacionais”.

Por fim, a Constituição portuguesa, em seu art. 8.º, § 1.º, estabeleceu *in verbis*: “As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português”.

Por outro lado, em seu art. 16, dispôs que: “1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.¹⁶

Embora as Constituições espanhola, italiana e portuguesa não dêem o mesmo tratamento às normas de direito internacional como o faz a alemã, por outro lado, podemos enunciar que suas respectivas cláusulas não tratam de maneira taxativa os direitos fundamentais, pelo contrário, são preceitos de *ordem aberta* ou se preferirmos falar, de *cláusulas de não tipicidade de direitos fundamentais*.¹⁷

⁽¹⁶⁾ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao discorrerem sobre o art. 16, enunciam tratar-se de cláusula aberta, com aplicabilidade do regime geral dos direitos fundamentais. Acrescentam que no tocante à Declaração Universal, a interpretação constitucional em matéria de direitos fundamentais há de ser feita sob sua vertente, ou seja, no caso de polissemia de uma norma constitucional de direitos fundamentais, deve-se dar preferência ao sentido que permita uma interpretação conforme a Declaração Universal. Do mesmo modo, quando do preenchimento de conceitos indeterminados. O contrário se verifica quando a interpretação endógena da Constituição se apresentar mais favorável aos direitos fundamentais (*Constituição da República portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1993. p. 138-139).

⁽¹⁷⁾ Jorge Miranda, ao dispor acerca do mencionado art. 16, n. 1, da Constituição portuguesa, defende a ocorrência da abertura de novos direitos fundamentais, dado que a

Ademais, mesmo a despeito de os textos constitucionais deixarem de dar a atribuição específica do valor jurídico das normas de direito internacional, a doutrina estrangeira tem se orientado pelo afastamento da paridade hierárquico-normativa das convenções internacionais, quando se tratar de tratados de proteção dos direitos humanos, em face do conteúdo materialmente constitucional.¹⁸

6.2 Constituição Federal brasileira de 1988. Interpretação

A nossa Lei Maior, por seu turno, de modo análogo ao da portuguesa, em seu art. 5.º, § 2.º, assegurou que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte”.

Resta dirimir, portanto, qual a interpretação correta a ser dada ao referido preceito legal, a fim de aferirmos qual a natureza conferida pelo poder constituinte brasileiro às cláusulas internacionais, integrantes do ordenamento jurídico nacional.

Nesse particular, a Convenção Americana dos Direitos do Homem cuidou de estabelecer de maneira expressa os deveres do Estado signatário em obrigar-se a respeitar os direitos e liberdades nela pactuados, devendo, para tanto, estarem garantidos em nível de direito interno. Do contrário, “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no art. 1.º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades” (art. 2.º).

O encargo contido neste dispositivo legal teve como propósito o de “superar obstáculos e tomar as medidas cabíveis para assegurar a aplicação de todas as normas (inclusive as programáticas) da Convenção e garantir assim a proteção dos direitos nela consignados em quaisquer circunstâncias”.¹⁹

cláusula, explica o autor, apesar de não ser, em rigor, exemplificativa, traz uma enumeração aberta, sempre disposta a ser complementada por novas faculdades para lá daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em cada momento, daí porque, chamá-las de cláusulas abertas ou de não atipicidade de direitos fundamentais. Vai além ao dispor que esta abertura justifica-se pelo princípio que rege o ordenamento jurídico, o da realização da pessoa humana como decorrência imediata da afirmação da sua dignidade (*Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1993. Tomo I, p. 152).

⁽¹⁸⁾ Acerca do afastamento do valor legislativo ordinário das Convenções Internacionais de conteúdo materialmente constitucional, vide, José Joaquim Gomes Canotilho, *Di-reito constitucional*, 5. ed., Coimbra, Almeida, 1991, p. 913.

⁽¹⁹⁾ Cf. Antônio Augusto Cançado Trindade, *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*, op. cit., p. 33.

Com efeito, a interação harmônica entre a normas contidas na Convenção Americana dos Direitos do Homem e na Carta Constitucional Brasileira foi expressamente prevista no bojo deste documento.

A corroborar ainda mais este entendimento, encontramos no art. 29 do aludido pacto a pedra de toque que faltava para afastar quaisquer dúvidas quanto à aplicabilidade das disposições de ordem externa no direito interno. Referido preceito consagra de uma vez por todas as normas de interpretação das suas respectivas cláusulas, tornando defeso a qualquer dos Estados-Partes, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdade reconhecidos no referido acordo ou limitá-los em maior medida do que a neles previstos, ou ainda, o de restringir o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de quaisquer dos Estados ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados. Preocuparam-se os redatores do referido documento em evitar possíveis interpretações falaciosas.²⁰

Portanto, é a própria Convenção a ditar as regras de interpretação a serem seguidas pelas partes signatárias (no caso o Brasil), quando da aplicação de suas normas no direito interno.

Para tanto, verifica-se que o meio que mais se adequa a este sistema de interpretação, reclamado pelos redatores do aludido Pacto, é tanto o lógico quanto o sistemático.

O primeiro, justificado pela busca do ideal consagrado pelo elaborador do preceito; o segundo, pelo modo a ser examinado e aferido o texto legal, ou seja, em consonância com o sistema jurídico garantidor dos direitos do homem, de molde a evitar a ocorrência de conflitos entre regras de conteúdo equivalente.

Por conseguinte, se dessume que o propósito maior da Convenção Americana consubstanciou-se na salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais do homem.

Neste sentido, também podemos observar, foi a preocupação do constituinte brasileiro ao dispor que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, cujo fundamento, dentre outros, é o da dignidade da pessoa humana, bem como ao estabelecer que nas suas relações internacionais, o Brasil rege-se-ia pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4.º, II, da CF). Ademais, o próprio § 2.º do art. 5.º supracitado, deixa clara a intenção do poder constituinte em recepcionar as normas de direito internacional como sendo normas de direito constitucional material, haja vista o caráter do seu próprio tema, qual seja, o dos direitos e deveres do homem. Aqui o que dita o valor jurídico do preceito é justamente a natureza material do seu conteúdo. Em

⁽²⁰⁾ Examinando a questão de interpretação dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos, Cançado Trindade enfatiza a preocupação de que aquela seja levada a efeito de molde a possibilitar que o acordo tenha os efeitos apropriados e não restritivos. Como sustentáculo desta premissa cita o art. 31 da Convenção de Viena (*A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 47).

se tratando de direitos e garantias fundamentais, forçoso é o reconhecimento do valor jurídico constitucional das cláusulas internacionais.

Com isso, resta hialino que a par da teoria monista com primazia da ordem jurídica estadual, adotada pelo legislador pátrio, as normas internacionais foram recepcionados pelo nosso ordenamento jurídico com verdadeiro *status* de disposições constitucionais.

7. Soberania estatal

Os constitucionalistas mais conservadores poderiam insurgir-se em face da natureza constitucional conferida às normas internacionais, sob o argumento de que, com isso, a soberania estatal estaria de todo ameaçada.

Entretanto, se levarmos em conta que a Convenção Americana dos Direitos do Homem só foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico interno após o referendo do Congresso Nacional, cuja composição está expressa tanto por representantes do povo, quanto dos Estados e do Distrito Federal, verificaremos que, na verdade, aquele poder supremo foi resguardado.

Neste sentido, o pensamento Kelseniano já pregava que o direito internacional, válido a partir do momento em que o Estado o reconhece como vinculante em relação a si, surge não como uma ordem jurídica supra-estadual, nem mesmo como independente da própria ordem estadual, mas sim, na medida em que é direito, como uma parte integrante da própria ordem jurídica estadual. A este direito denominou-o de “Direito estadual externo”, em virtude das relações que por ele eram reguladas do Estado com o Exterior, bem como, imediata e mediatamente com os indivíduos. A soberania estadual, nem por isso estaria ameaçada.²¹

Por fim, não é dado olvidar que a reverência da soberania é um dos alicerces do direito internacional público.

8. Posicionamento doutrinário: contribuição para a defesa internacional efetiva dos direitos fundamentais do homem

Apesar da matéria ora em estudo não ser objeto de muitas discussões dignas da importância que o tema reclama, parte da doutrina pátria mais sensível já manifesta os primeiros sinais de contribuição para a defesa da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais do homem, ao se enveredar por esta linha de pensamento, qual seja, a do valor jurídico constitucional conferido às cláusulas internacionais de proteção do direito humano.²²

(21) Hans Kelsen, op. cit., p. 350 *et seq.*

(22) Há, ainda, os que defendem a supremacia das normas de direito internacional. Hildebrando Accioly assim posiciona-se ao propugnar a idéia da maioria dos internacionalistas contemporâneos, que o direito internacional seja superior ao Estado, dado derivar de um princípio superior à vontade dos mesmos (apud *Manual de direito internacional público*, 11. ed., 5.ª tiragem, São Paulo, Saraiva, 1985, p. 5).

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, acerca das garantias processuais da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, entendem que os direitos e garantias processuais inseridos na Convenção possuem índole e nível constitucional.²³

Ainda, no dizer de Flávia Piovesan, "a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional".²⁴

Portanto, não é só o texto da lei a assegurar a incorporação das normas e princípios da Convenção Americana dos Direitos do Homem como parte integrante do direito constitucional brasileiro, os juristas também assim o fazem.

9. Resultados da integração dos acordos internacionais de direitos humanos no direito interno brasileiro, dentro de uma perspectiva jurídica

De tudo o que foi exposto até o presente momento, poderíamos deduzir que as normas do direito internacional teriam várias funções, dentre as quais, orientar, adicionar, complementar e estender os preceitos de direitos humanos constantes na Constituição Federal, bem como preencher suas lacunas.

Entretanto, a questão que suscita dúvidas está expressa no surgimento de conflito entre as normas previstas na Constituição Federal, bem como no tratado internacional, no tocante à proteção dos direitos humanos.

Há os que defendam a adoção do critério da prevalência do preceito mais favorável à vítima, ou seja, o que dê maior proteção aos direitos fundamentais, tendo em vista que a primazia, no caso, não seria nem do direito internacional ou interno, mas, sim, da regra que melhor proteja os direitos consagrados do indivíduo.²⁵

De forma contrária, encontramos posicionamento diverso, que inadmitte que o mesmo Estado sujeito de direito interno e de direito internacional, esteja submetido a duas ordens jurídicas que se chocam, dado que o direito na sua essência é um só. Assim sendo, tendo em vista que a ordem internacional acarreta a responsabilidade do Estado quando ele viola um de seus preceitos e o

⁽²³⁾ *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 85.

⁽²⁴⁾ *Op. cit.*, p. 82-83.

⁽²⁵⁾ Neste sentido vide, Flávia Piovesan, *op. cit.*, p. 123 *et seq.* No mesmo entendimento, Cançado Trindade, ao estatuir que "Não mais há pretensão de primazia de um ou outro, como na polêmica clássica e superada entre monista e dualista. No presente domínio de proteção, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno" (*Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*, *op. cit.*, p. 43 *et seq.*).

Estado aceita esta responsabilidade, este Estado necessariamente teria que dar primazia ao direito internacional.²⁶

Também, a ratificação de um tratado, desde que vigore ou passe a vigorar no plano internacional, produziria os seguintes efeitos para o Estado signatário: cessaria a eficácia da lei interna contrária a qualquer norma do tratado, dado que o direito constituído na ordem jurídica internacional seria superior ao direito autônomo emanado de uma das partes do acordo. A busca precípua consubstanciar-se-ia na harmonização das ordens jurídicas de cada Estado com a ordem jurídica internacional.²⁷

Oportuno ressaltar que a Convenção de Viena, assinada pelo Brasil em 23.05.1969, tratou da questão da superioridade das normas internacionais em seu art. 27 ao dispor que: "uma parte não poderá invocar as disposições do seu direito interno como justificação do incumprimento de um tratado".

Desse modo, verifica-se que a intenção do redator do acordo foi justamente a de evitar que as cláusulas internacionais se transformassem em letra morta, diante de um impasse com as normas de direito interno.

No caso da Constituição Federal brasileira, verifica-se que a superioridade será do dispositivo legal que melhor assegure o cumprimento dos direitos fundamentais do homem. Só assim os princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito estarão sendo velados e respeitados em sua plenitude, como determina a Lei Maior.

10. Incompatibilidade da prisão civil do depositário infiel com o atual ordenamento jurídico constitucional. Segmento doutrinário e jurisprudencial

Portanto, em uma apreciação preambular, conclui-se que as garantias expressas na Convenção Americana dos Direitos do Homem não de ser devidamente observadas pelos operadores do direito, dada a natureza constitucional que as revestem, devendo prevalecer a norma que preserve efetivamente os direitos humanos.

Nesta linha de pensamento, por conseguinte, verifica-se que a prisão civil decretada em face da condição de depositário infiel, por ter sido expressamente vedada pela Convenção Americana, conforme se depreende do teor do supramencionado art. 7.º, § 7.º, e, tomando-se em consideração os diversos preceitos já mencionados, mediante uma interpretação harmônica, coerente e eficaz, se apresenta defesa.

É que, havendo uma disposição de natureza constitucional que garanta de maneira mais ampla a liberdade do indivíduo, de molde a reduzir os casos previstos em lei no tocante às prisões de caráter civil, somente admitindo aquela oriun-

(26) Cf. Celso Albuquerque Mello, *Curso de direito internacional público*, 10. ed., 1.º vol., Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 102 *et seq.*

(27) Arnaldo Süssekind, citando Fauchille, *Tratados ratificados pelo Brasil*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1981, p. 20 *et seq.*

da de dívida decorrente de obrigação alimentar, não é mais dado permitir em nosso ordenamento jurídico a prisão civil do depositário infiel.

Somente assim, os direitos fundamentais do indivíduo estarão sendo plenamente resguardados e respeitados, em consonância com os valores constitucionais que se expressam patentemente em nosso atual ordenamento jurídico.

Na realidade, verifica-se que a intenção do redator da Convenção Americana foi a de, justamente, evitar práticas abusivas na cobrança de dívidas, que importem em constrangimento ou ameaça à pessoa do devedor, pelo que inaceitável é que a nossa Carta Constitucional, a par de garantir os direitos fundamentais do indivíduo, preveja uma medida restritiva de direito de caráter unicamente intimidatório, cujo bem juridicamente protegido (patrimônio), esteja num parâmetro valorativo acima do *status libertatis* do homem (bem maior que lhe é afeto).

Nesse sentido, com muita propriedade, assinala Arnaldo Quirino que: “A regra constitucional que autoriza a prisão do depositário infiel deve ser vista com certa reserva, já que as legislações mais avançadas estão excluindo essa modalidade de prisão de seus sistemas jurídicos, em atenção ao princípio da proporcionalidade da pena, segundo o qual a perda da liberdade individual pela prisão somente se entende razoável se tiver por finalidade proteger direitos ou um bem jurídico equivalente à liberdade, como, por exemplo, o direito à vida, à integridade física, à liberdade de locomoção etc., daí por que deve a prisão civil por dívida ser restringida aos casos de inadimplimento de obrigação alimentar”.²⁸

Por outro lado, impende assinalar que o legislador pátrio, atento a evitar justamente essas práticas abusivas na cobrança de dívidas, cuidou de estatuir no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, em seu art. 42 que: “na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”.

E como meio de assegurar a obediência a este dispositivo legal, o mesmo *codex*, em seu art. 71 cominou pena de detenção de três meses a um ano e multa à conduta expressa na “utilização, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de quaisquer outros procedimentos que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira, com o seu trabalho, descaso, ou lazer”.²⁹

⁽²⁸⁾ *Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado*. São Paulo : Atlas, 1999. p. 42.

⁽²⁹⁾ É-bem verdade que as práticas comerciais abusivas vedadas pelo comentado art. 42 dizem respeito à cobrança de dívidas extrajudiciais. Entretanto, se levarmos em conta que o próprio legislador entendeu que aquelas medidas tinham como efeitos nocivos o aumento do número de insolvências civis, a instabilidade matrimonial, perda de emprego, bem como invasão da privacidade (cf. Ada Pellegrini Grinover *et alii*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995, 254 *et seq.*), o que se dirá da restrição de liberdade, que expõe de maneira violenta e vexatória o devedor, não encontrando justificativa, ademais, por se tratar de cobrança judicial exercida em função de processo judicial; ao contrário, posto que aí sim é que a observância ao devido processo legal é obrigatória.

Não é por outra razão, que nossa doutrina tem se orientado no sentido de entender defesa a privação da liberdade por 'dívida', salvo nos casos de inexecução de obrigações alimentares.³⁰

Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, em sua obra *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro* leciona que: "A prisão do devedor civil, ou do depositário, exsurge sem dúvidas aos olhos de qualquer intérprete como inadequada, desproporcional e desnecessária, por vir não para estabelecer equilíbrio entre bens jurídicos de igual relevância, mas tão-somente como instrumento de coerção para recomposição de patrimônio do credor. Nessa medida, a antinomia entre os textos convencionais e o dispositivo constitucional é flagrante, e ainda que não se fale em ser, tal dispositivo, inconstitucional, a antinomia existente há de ser resolvida pelos critérios de interpretação ditados pelo direito internacional dos direitos humanos: havendo dois interesses em confronto, resolve-se pela adoção do critério *pro hominis*".³¹

Por outro lado, no dizer de Antônio Carlos Malheiros, "Assim, difícil contrariar-se a tese da impossibilidade de prisão civil por dívida (ou, até mesmo pelo não cumprimento de obrigação contratual), exceção feita aos inadimplementos de débitos alimentares, podendo-se, até, diante de todo o exposto, discutir-se sobre ter continuado eficaz a previsão constitucional (art. 5.º, LXVII), que fala de outros casos de prisão civil de depositário infiel, após o advento dos referidos dispositivos (também constitucionais), trazidos pelos citados tratados internacionais".³²

A jurisprudência dos nossos Tribunais, ainda que de maneira um tanto tímida, assim também tem se manifestado, conforme se depreende do trecho do julgado do 1.º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, a saber: "Ocorre que o art. 7.º, n. 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José, estatui que ninguém deve ser detido por dívidas, salvo os casos de inadimplemento de obrigação alimentar. Tal diploma entrou em vigor internacionalmente em 18.07.1978, tendo sido ratificado pelo Brasil em 25.09.1992. O Congresso Nacional o aprovou pelo Decreto Legislativo 27 de 26.05.1992. Pelo Decreto do Poder Legislativo 678 de 06.11.1992 determinou-se o seu cumprimento no País".³³

(30) Neste sentido, vide Clémerson Merlin Cléve, *Temas de direito constitucional*, São Paulo, Acadêmica, 1993, p. 165.

(31) São Paulo, RT, 2000, p. 116.

(32) *Revista Especial do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região*, Seminário Incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro, São Paulo, Imesp, 1997, p. 56.

Flávia Piovesan, adotando o critério da prevalência da norma mais favorável à vítima no tocante à proteção dos direitos humanos, entende deva ser afastada a possibilidade de prisão do depositário infiel. Op. cit. p. 125.

Acerca do tema, vide também Fábio Henrique Podestá, in *RFMU* n. 14, p. 29 *et seq.*, jan./jun. de 1996, São Paulo.

(33) *Revista Especial do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região*, Seminário Incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro, op. cit., p. 52.

Na mesma esteira de entendimento o julgado do Tribunal de Justiça de Brasília, no HC 0007248/96/DF, rel. Des. Romeu Barbosa Jobim:

“Constitucional. Processual penal. *Habeas corpus*. Contrato de alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão convertida em depósito. Depositário infiel. Situação assemelhada que, entretanto, não tem o condão de gerar os efeitos decorrentes do depósito clássico. Prisão civil. Descabimento. Não-recepção pela nova ordem constitucional dos dispositivos da Lei 4.728/65 e Dec.-lei 911/69. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), promulgada pelo Dec. 678, de 06.11.1992, que, assim, a inseriu no direito positivo brasileiro. Cumprimento obrigatório dos tratados internacionais. Abolição por aquela convenção da prisão por dívida, salvo inadimplemento de obrigação alimentar. Ordem concedida.

1. A prisão civil de depositário infiel a que se refere o art. 5.º, LXVII, da CF, como óbvio, não compreende a decorrente de contrato de alienação fiduciária, mesmo no caso de conversão da ação de busca e apreensão em depósito, posto que, ainda que não localizado o bem, a obrigação pactuada continua sendo pecuniária, ou seja, de pagar e não de devolver a coisa.

2. O referido inc. LXVII do art. 5.º da CF, não comporta nenhum tipo de elastério, por isso que nele não se agasalham os preceitos emanados do art. 66 da Lei 4.728/65, alterado pelo Dec.-lei 911/69, porque, como norma excepcional que é, e de inquestionável caráter punitivo, tem vedada sua interpretação extensiva. Em outras palavras, a prisão do depositário infiel restringe-se aos casos estritos de depósito clássico (CCB, art.1.265) isto é, àquelas hipóteses em que alguém, por força de lei ou de contrato, recebe objeto móvel alheio para guardá-lo, até que o depositante o reclame.

3. Demais, por força do Dec. 678, de 06.11.1992, hoje acham-se integradas ao nosso direito positivo as normas emanadas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que, no seu art. 2.º, VII, limita a prisão civil ao caso de inadimplemento de obrigação alimentar, restando, portanto, no âmbito do território brasileiro, abolida a segregação pessoal por quaisquer outros tipos de dívidas.

4. Decisão: deferiu-se o *writ*. Maioria”.³⁴

No que se refere aos julgados do STJ, podemos observar uma certa divergência entre as Turmas julgadoras, no que tange à legalidade ou não da prisão civil do depositário infiel, embora, em época recente, seja possível verificar um certo movimento daquela Corte em entender pela viabilidade da medida restritiva de liberdade, em se tratando de depositário infiel, não equiparado ao fiduciante.³⁵

⁽³⁴⁾ DJ 26.02.1998, p. 97.

⁽³⁵⁾ Conforme já mencionado no início desse trabalho, não temos a intenção de tratar do tema que envolve a prisão civil do devedor na alienação fiduciária, mas, tão-somente, ressaltar que a partir de precedente da Corte Especial no EREsp 149.518/GO (rel. Min.

Nesse sentido, são os julgados a seguir transcritos:

“*Habeas corpus*. Depositário infiel. Prisão. Ilegalidade.

I – O Pacto de São José da Costa Rica, que ingressou no sistema brasileiro, pelo Dec. 678, de 06.11.1992, não afastou a prisão do depositário infiel, prevista no art. 5.º, LXVII, da Constituição, tanto mais que, na espécie, não se trata de devedor fiduciário.

II – A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.

III – Recebendo máquinas em depósito judicial e não as devolvendo quando solicitado, pode ser decretada a prisão do depositário, sem necessidade de declarar-se o valor da dívida.

IV – Recurso ordinário desprovido”.³⁶

“Recurso ordinário de *habeas corpus*. Prisão civil. Depositário infiel.

I – Nomeado depositário judicial nos autos de medida cautelar vinculada à separação litigiosa, não pode o paciente alienar as quotas da sociedade a ser objeto de futura partilha, pena de prisão civil como depositário infiel. O Pacto de São José da Costa Rica não impede a custódia civil, amparada na Constituição Federal.

II – Recurso de *habeas corpus* improvido”.³⁷

“*Habeas corpus*. Prisão civil. Depositário infiel.

I – Admissível a prisão civil de depositário que, assumindo a obrigação de restituir os bens penhorados, não o faz, a despeito de intimado. Alegação extemporânea de que inexistira a apreensão física dos objetos, matéria esta ademais dependente de dilação probatória, insuscetível de efetivar-se no âmbito do *habeas corpus*.

II – Impertinência, no caso, da invocação do ‘Pacto de San José da Costa Rica’. Ordem denegada”.³⁸

Em sentido contrário, é o teor das seguintes ementas:

“Constitucional. *Habeas corpus*. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Interpretação do art. 66 da Lei 4.728/65, alterado pelo Dec.-lei 911/69, em face do novo ordenamento constitucional. Ordem concedida.

I – O paciente foi condenado em ação de busca e apreensão, convertida em ação de depósito, a restituir bem (veículo) objeto de contrato de alienação fiduciária em garantia. Foi decretada a prisão civil do paciente.

Ruy Rosado de Aguiar, unânime, *DJU* de 28.02.2000), aquela Corte tem pacificado o entendimento de afastar a ameaça ou ordem de prisão do devedor em caso de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária em garantia.

(36) RHC 10523/RJ, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 3.ª T., *DJ* 27.11.2000, p. 00154.

(37) RHC 10076/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª T., *DJ* 04.09.2000, p. 00146.

(38) HC 9.556/PR, rel. Min. Barros Monteiro, 4.ª T., *DJ* 17.12.1999, p. 00369.

II – A Constituição Federal prevê a prisão civil por dívida em apenas dois casos: inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e depositário infiel (art. 5.º, LXVII). No § 2.º desse mesmo art. 5.º, está dito que ‘os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’.

Em 1991, foi incorporado em nosso ordenamento constitucional, pelo Decreto Legislativo 226, de 12.12.1991, textos do pacto internacional sobre direitos civis e políticos, que em seu art. 11 veda taxativamente a prisão civil por descumprimento de obrigação contratual. Por outro lado, no caso específico da ‘alienação fiduciária em garantia’, não se tem um contrato de depósito genuíno. O devedor fiduciante não está na situação jurídica de depositário. O credor fiduciário não tem o direito de exigir dele a entrega do bem. Nem mesmo de proprietário deve ser rotulado, pois nem sequer pode ficar com a coisa, mas apenas com o produto de sua venda, deduzido o montante já pago pelo devedor.

III – Ordem concedida”.³⁹

“RHC. Constitucional. Alimentos. Prisão civil.

– A Constituição da República autoriza a prisão civil para compelir o devedor a honrar o dever de alimentar. Aqui, não se coloca o debate de superveniência jurídica, face a convenção de San José de Costa Rica. Esse texto afasta a sanção ao depositário infiel, mantendo, contudo, a coercibilidade ao devedor renitente de alimentos”.⁴⁰

Quanto ao posicionamento adotado pelo STF, verifica-se que a questão acerca da legalidade da prisão civil do depositário infiel não apresenta divergência, entendendo o Excelso Pretório sê-la cabível.

É que nesse particular, impende assinalar que o Plenário daquela Corte, nos autos do HC 72.131/RJ, já pacificou o entendimento de que o Pacto de São José da Costa Rica é norma de natureza infraconstitucional, não podendo se contrapor à permissão do art. 5.º, LXVII, da CF, no que tange à prisão civil do depositário infiel.⁴¹ Por outro lado, referido pacto constituindo, no mais, norma de caráter geral não teria derogado as normas infraconstitucionais especiais sobre o tema da prisão civil do depositário infiel.

⁽³⁹⁾ HC 0003545, rel. Min. Adhemar Maciel, 6.ª T., DJ 18.12.1995, p. 44.620.

⁽⁴⁰⁾ RHC 5954/MG, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6.ª T., DJ 04.08.1997, p. 34.889.

⁽⁴¹⁾ Uma das raras manifestações que expressou entendimento diverso, esteve consubstanciada no voto do então Min. Francisco Rezek, nos autos do HC 74383-8, que, na oportunidade, ao tratar do pacto de São José da Costa Rica, aduziu que: “Essa convenção vai além, depura melhor as coisas, e quer que em hipótese alguma, senão a do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, se possa prender alguém por dívida. O texto a que o Brasil se vinculou quando ratificou a convenção de São José da Costa Rica não tolera sequer a prisão do depositário infiel verdadeiro”.

Nesse sentido, é o teor dos seguintes arestos, *in verbis*:

“*Habeas corpus*.”

I – Esta Corte, por seu Plenário (HC 72.131), já firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se ao disposto no art. 5.º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.

II – A essas considerações, acrescenta-se outro fundamento de ordem constitucional para afastar a pretendida derrogação do Dec.-lei 911/69 pela interpretação dada ao art. 7.º, item 7.º, desse Pacto. Se se entender que esse dispositivo, que é norma infraconstitucional, revogou, tacitamente, a legislação também infraconstitucional interna relativa à prisão civil do depositário infiel em caso de depósito convencional ou legal, essa interpretação advirá do entendimento, que é inconstitucional, de que a legislação infraconstitucional pode afastar exceções impostas diretamente pela Constituição, independentemente de lei que permita impô-las quando ocorrer inadimplemento de obrigação alimentar ou infidelidade de depositário.

III – *Habeas corpus* indeferido”.⁴²

“Ementa: Recurso extraordinário. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil.

I – Esta Corte, por seu Plenário (HC 72131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do art. 5.º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.

II – Esse entendimento voltou a ser reafirmado recentemente, em 27.05.1998, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.

III – Inconstitucionalidade da interpretação dada ao art. 7.º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derrogar o Dec.-lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia.

IV – É de observar-se, por fim, que o § 2.º do art. 5.º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional.

V – Recurso extraordinário conhecido e provido”.⁴³

(42) HC 79.870/SP, Min. Moreira Alves, 1.ª T., DJ 20.10.2000, p. 00112, *Ement.* vol. 02009-02, p. 00270.

(43) RE 274183/GO, rel. Min. Moreira Alves, 1.ª T., j. 26.09.2000.

“Competência. *Habeas corpus*. Ato de tribunal de alçada criminal.

I – Na dicção da ilustrada maioria, em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer *habeas corpus* dirigido contra ato de tribunal ainda que não possua a qualificação de superior. Convicção pessoal colocada em segundo plano, em face de atuação em Órgão fracionário.

II – Prisão civil. Penhor rural. A regra constitucional é no sentido de não haver prisão civil por dívida. As exceções, compreendidas em preceito estrito e exaustivo, correm à conta do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e da figura do depositário infiel – inc. LXVII do art. 5.º da CF. Supremacia da realidade, da organicidade do Direito e glosa do aspecto formal, no que o legislador ordinário, no campo da ficção jurídica, emprestou a certos devedores inadimplentes a qualificação, de todo imprópria, de depositário infiel.

III – Prisão civil. Dívidas. Subsistência legal. O fato de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, situado no mesmo patamar da legislação ordinária, resultou na derrogação desta no que extrapolava a hipótese de prisão civil por inadimplemento de prestação alimentícia”.⁴⁴

11. Conclusão

O simples fato de os Tribunais interpretarem, no plano do direito interno, o tratado de modo diferente do que se impõe no plano do direito internacional, não exime o Estado de deixar de cumprir suas obrigações convencionais de direitos humanos.⁴⁵

A cláusula *pacta sunt servanda* sim é que regerá o cumprimento rigoroso por parte do Estado (neste incluídos todos os seus Poderes, principalmente o Judiciário) das disposições contidas no Acordo Internacional ao qual se submeteu, sob pena de responsabilidade perante a organização mundial.

Portanto, diante de tudo o que foi exposto, é dado afirmar que a prisão civil por dívida do depositário infiel apresenta-se incabível.

É a conclusão que podemos extrair tanto da Convenção americana, por torná-la defesa, como da Constituição brasileira, diante da recepção das cláusulas deste acordo em nível constitucional e, por fim, da prevalência, tanto da norma que garanta efetivamente o direito fundamental, como dos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito reconhecidos em nossa Lei Maior.

Bibliografia

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. 5.ª tiragem. São Paulo : Saraiva, 1985.

⁽⁴⁴⁾ HC 74.383/MG, rel. Min. Neri da Silveira, rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio, 2.ª T., DJ 27.06.1997, p. 30227, *Ement.* vol. 01875-03, p. 00625.

⁽⁴⁵⁾ Nesse sentido vide Antônio Augusto Cançado Trindade, *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*, op. cit., p. 23.

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1988-1989. 2.º vol.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1991.
- e MOREIRA, Vital Moreira. *Constituição da República portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1993.
- CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. São Paulo : Acadêmica, 1993.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1988. vol. 1.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo : Saraiva, 1992. 3.º vol.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1990-1992. vol. 2.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* (tradução João Baptista Machado; revisão para a edição brasileira Silvana Vieira). 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1991.
- MALHEIROS, Antônio Carlos. *Revista Especial do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, Seminário Incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. São Paulo : Imesp, 1997.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1994. 1.º vol.
- MIRANDA, Jorge. *Constituições de diversos países*. 3. ed. Lisboa : Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1986. vol. I e II.
- . *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1993. Tomo I.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo : Max Limonad, 1996.
- PODESTÁ, Fábio Henrique Podestá. *RFMU* n. 14, jan./jun. de 1996, São Paulo, 1996.
- QUIRINO, Arnaldo. *Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado*. São Paulo : Atlas, 1999.
- REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Forense : Rio de Janeiro, 1984.
- . *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo : Saraiva, 1989.
- STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo : RT, 2000.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Tratados ratificados pelo Brasil*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1981.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo : Saraiva, 1991.
- . *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo : Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

A ATUAL POLÍTICA BRASILEIRA DE DROGAS:

Os efeitos do processo eleitoral de 1998*

SALO DE CARVALHO

“O morro não tem vez, mas se derem vez ao morro
toda cidade vai cantar.”

(Antonio Carlos Brasileiro Jobim)

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A base discursiva e ideológica da política criminal de drogas – 3. A “Convenção de Viena” (1988) e o impacto sobre os governos da América Latina – 4. Operação Rio: o paradigma da militarização – 5. A experiência na América Latina – 6. O Programa Nacional Antidrogas – Panad – e a “Estratégia Antidrogas no Hemisfério” – 7. A 2.ª Cúpula das Américas e a Secretaria Nacional Antidrogas – Senad – 8. Conclusão: Direitos humanos e tolerância: o paradigma da resistência.

Resumo: O artigo reflete sobre a política criminal brasileira de entorpecentes no âmbito do discurso jurídico-político e ideológico. Percebe, demonstrando, que o modelo repressivo da criminalização das drogas no Brasil atua conforme tratativas e orientações de organismos internacionais.

Palavras-chave: Droga – Política criminal de drogas – Programa nacional antidrogas – Movimento de lei e ordem – Direitos humanos.

1. Introdução

Para configurarmos a atual política criminal brasileira de entorpecentes e avaliarmos os efeitos e consequências do resultado das eleições ao Palácio do Planalto de 1998, partiremos da máxima de que qualquer passo dado para minimizar o processo de criminalização é válido, quando realmente inspirado no interesse pelos Direitos Humanos e advindo de vontade de mudança radical e

^(*) Texto apresentado na oficina “Política criminal de drogas” (30.07.1998), na ocasião do XIX Encontro Nacional de Estudantes de Direito – Ened – realizado na Unisinos/RS, entre os dias 26.07 e 02.10.1998.

humanista, e não de um reformismo tecnocrático cuja finalidade e funções sejam relegitimar o sistema de controle formal e as instituições penais.¹

Pela avaliação histórica da criminalização das drogas no Brasil, percebemos que o modelo repressivo sempre atuou consoante às tratativas e orientações dos organismos internacionais.

Procuraremos, neste texto acadêmico, visualizar o atual modelo político-criminal de drogas brasileiro, sua inclusão no modelo militarizado e os discursos dos presidenciáveis acerca da questão, tendo em vista as eleições de outubro.

2. A base discursiva e ideológica da política criminal de drogas

A posição político-criminal relativa ao tráfico de entorpecentes em América Latina é extremamente delicada, visto que está inserida no que podemos denominar processo hemisférico de *militarização da Segurança Pública*.

As agências centrais sempre lograram êxito no que tange à criação de mecanismos transnacionais de controle da criminalidade. No que diz respeito às drogas, o estatuto que demarca a imposição deste tipo de política é a *Convenção Única sobre Estupefacientes*, de 1961.

A partir da década de setenta, com o incremento e a popularização de várias substâncias entorpecentes, o modelo político-criminal de controle passou da órbita do *discurso médico-sanitário e jurídico* ao *discurso jurídico-político*.² Delega-se, neste momento, legitimidade para repressão às agências de controle norte-americanas entendidas, pela ONU, como os operadores do controle por excelência em nível internacional. No caso latino-americano a OEA instrumentaliza esta arbitrariedade.

Abstraindo algumas pequenas “anomalias” jurídicas na legislação pátria, percebemos total sintonia legislativa da República com os planos de repressão internacionais, aderindo, pois, à sua ideologia conformadora.

O discurso na década de oitenta é centralizado na figura do inimigo externo, gerando um *modelo globalizado e geopolítico* no qual encontram-se diferenciados países vítimas e países vitimados. No início dos anos noventa a “segurança mundial” é abalada com o incremento do consumo e pelas empresas multinacionais do tráfico. O inimigo global afeta a saúde e as economias mundiais.

(1) Esta máxima é apropriação do entendimento de Alessandro Baratta sobre as mudanças no sistema carcerário (“Resocialización o control social: por un concepto crítico de ‘reintegración social’ del condenado”, João Marcelo de Araújo Jr. (coord.). *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*. Rio de Janeiro : Revan, 1991. p. 254).

(2) Neste sentido conferir a obra *A face oculta da droga* (Rio de Janeiro, Revan, 1990) e o artigo “Las drogas y sus discursos” (Eugenio Raul Zaffaroni *et all.* *De las penas*, Buenos Aires, Depalma, 1997), ambos da autoria de Rosa del Olmo.

No Brasil, tendo em vista a complexidade fenomênica dos fatos ocorridos no início da década, propomos uma tríplice visualização descritiva para o atual modelo de controle.

Entendemos que a estrutura do sistema penal, e conseqüentemente da segurança pública, é determinada, imediatamente, pela ideologia dos *movimentos de "Lei e Ordem"*, os quais, instrumentalizados pelo *mass media*, atuam na produção e reprodução do consenso sobre a criminalidade estabelecendo estereótipos. Tais movimentos, típicos de *sociedades videocratzadas*, assumem a passionalidade e emotividade (irracionalismo bárbaro) social e projetam sua atuação na modificação da legislação penal, aumentando o *input* e inflacionando o sistema. Logicamente que a relação entre os MLO e o "homem da rua" (*every day theories*) é simbiótica, sendo ambos (auto) referenciais e (auto) sugestionáveis.

Gerada a norma penal, os instrumentos ideológicos que compõem mediamente sua interpretação são oferecidos, via Dogmática Jurídica, pela *ideologia da Defesa Social*,³ a qual é potencializada, no plano da segurança pública, pela *ideologia da Segurança Nacional*, responsável pela militarização do sistema de segurança.⁴

Cremos que somente a partir desta análise ampliada, destes três vieses, é que podemos observar o fenômeno do controle das drogas.

É indubitável que a estrutura político-jurídica cambia, adequando-se periodicamente à conjuntura política internacional. Todavia, entendemos que os três vértices construtores do modelo político-criminal nacional (MLO, Defesa Social e Segurança Nacional), permanecem inalterados desde a década de setenta, visto que atuam na sua conformação ideológica (positiva ou negativa) propiciando fragmentação maniqueísta na avaliação da realidade social.

3. A "Convenção de Viena" (1988) e o impacto sobre os governos da América Latina

A Lei 6.368/76, definiu a figura do traficante como inimigo a ser eliminado, possivelmente pela assunção do *princípio do bem e do mal* e do *princípio da bipolaridade e da defesa*, característicos da estrutura maniqueísta imposta pelas ideologias da Defesa Social e da Segurança Pública.

Com o advento da Lei 8.072/90 (*Lei dos crimes hediondos*) e da Lei 9.034/95 (*Lei do crime organizado*), é redimensionado o rumo do sistema de controle das drogas, privilegiando uma política criminal estruturada essencialmente na belige-

⁽³⁾ Sobre a "Ideologia da Defesa Social" conferir Alessandro Baratta, *Criminologia crítica e crítica do direito penal* (Rio de Janeiro, Revan, 1997).

⁽⁴⁾ Sobre a influência da "Doutrina de Segurança Nacional" na estrutura da Segurança Pública pesquisar Salo de Carvalho, *A política criminal de drogas no Brasil* (Rio de Janeiro, 1996).

rância. Logicamente que as novas leis, fruto da consolidação legislativa da intolerância, maximizam o modelo construído nos anos setenta, sob a égide do regime ditatorial e da transnacionalização da Doutrina da Segurança Nacional.

A persistência na manutenção de termos como “guerra contra a criminalidade e as drogas”, “combate”, “repressão” e “eliminação” no corpo dos dispositivos penais indica a real face destes estatutos. É importante ressaltar, ainda, que a luta contra as drogas em termos de guerra não é simples estilo linguístico,⁵ visto que se incorpora ao imaginário político-criminal vigente, determinando o modelo repressivo.

No entanto, o estatuto que solidifica a política repressiva da década de noventa e possibilita a militarização hemisférica é *Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas de 1988*.

A Convenção de Viena, aprovada pelo Congresso Nacional em 1991, é resumo da política bélica de repressão às drogas que diversos tratados internacionais, sustentados pelo governo dos Estados Unidos, impuseram durante a década de oitenta. Em sua exposição de motivos, fica patente a tonalidade alarmista em relação à “grave ameaça à saúde e o bem-estar dos seres humanos”, bem como os “efeitos nefastos sobre as bases econômicas, culturais e políticas da sociedade”, causados pela “crescente expansão do tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas”.

Neste documento, há associação explícita do tráfico ilícito com organizações criminosas internacionais, cujos objetivos seriam “minar as economias lícitas e ameaçar a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados”. Pelos grandes rendimentos econômicos alcançados através do tráfico, as associações criminosas internacionais procurariam “*invadir, contaminar e corromper* as estruturas da Administração Pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis” (grifamos).

Tal ênfase possibilitaria a um número crescente de Nações “(...) compreender que la cooperación internacional en materia de fiscalización de estupefacientes, que antes era expresión de solidaridad, se ha convertido actualmente en una *cuestión de defensa propia*”⁶ (grifamos).

Colocando a questão dessa forma, o objetivo fundamental do documento é o reconhecimento de que “(...) a *erradicação* do tráfico ilícito de entorpecentes é responsabilidade coletiva de todos os estados e que, para esse fim, é necessária uma ação coordenada no nível da cooperação internacional”, sendo necessário o

(5) A citação provém das análises precisas do grupo andino em relação à militarização do controle das drogas pelo Estado colombiano (K'intu. *Boletín Andino sobre Coca, Guerra contra las Drogas y Sectores Populares* (01). Bogotá, Cochabamba y Lima, Aprodesch, Ilsa y C. Balderrama, 1993, p. 06).

(6) “Organização das Nações Unidas”. *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 1993* (Nova Iorque, ONU, 1994, p. 01) (grifamos).

fortalecimento da Convenção de 1961 como instrumento para "intensificar os meios jurídicos efetivos para a *cooperaco internacional em matéria penal* para *suprimir* as atividades criminosas internacionais do tráfico ilcto" (grifamos).

Assim, "La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilcto de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 es un instrumento aun más importante, ya que creó un *mecanismo mundial* contra las actividades delictivas internacionales relacionadas con las drogas ampliando el alcance de las medidas básicas de los tratados de fiscalización internacional de drogas con disposiciones concretas de lucha contra las actividades de las organizaciones delictivas"⁷ (grifamos).

Sem dvida, o consenso internacional demonstra que o modelo jurídico-político, inserido na esfera do penal/carcerário, seria o de reconhecida eficácia para a eliminao do mal que corrompe e contamina as sociedades livres e democráticas.

Não fica difícil entender, a partir da leitura da exposio de motivos da Conveno e dos relatórios anuais da ONU sobre fiscalizao de entorpecentes, qual o substrato teórico e ideológico que estruturou, desde o início da década, as legislaes penais de maior impacto lesivo aos direitos e garantias individuais no Brasil (Lei dos crimes hediondos e Lei do crime organizado).

Inobstante, percebe-se claramente o porquê da atual submissão servil do governo FHC às "propostas" internacionais de controle, a adoo do Programa de Ao Nacional Antidrogas (Panad) e a criao da Secretaria Nacional Antidrogas (Senad).

Historicamente, segundo a ONU, o Brasil caracterizou-se por ser País de livre trânsito de entorpecentes.⁸ Todavia, atualmente passou a ser País originário de grande quantidade de produtos químicos destinados à produo e refino de cocaína (precursores), e ponto de lavagem de dinheiro derivado do tráfico ilcto de drogas.

A comissão de fiscalizao das Naes Unidas, em visita ao País em março de 1994, concluiu que a crise política e administrativa que o Brasil enfrenta nos últimos anos prejudicou a eficiente estratégia de controle de drogas e que, pelos numerosos problemas políticos, econmicos e sociais, a repressão às drogas não tem sido prioritária. Aliado a estes problemas, a comissão entendeu que há um *vácuo legal*, que é utilizado pelos traficantes como forma de impunidade.⁹

O diagnóstico proferido pela comissão e relatado no informe de 1994 suscitou severas críticas ao País em nível internacional, tanto que nova comissão visita o Brasil em agosto de 1995 e, no relatório das Naes Unidas do mesmo ano, afirma novamente que não temos controlado adequadamente a manufatura e distri-

⁽⁷⁾ "Organizao das Naes Unidas", op. cit.

⁽⁸⁾ "El Argentina, el Brasil y Chile también estn se convirtiendo en importantes países de trânsito de consignaciones de drogas ilctas destinadas no sólo a América del Norte y Europa, sino también a Asia y Africa" ("Organizao das Naes Unidas", op. cit., p. 44).

⁽⁹⁾ "Organizao das Naes Unidas". *Report of the International Narcotics Control Board for 1994* (Nova Iorque, ONU, 1995, p. 35-36).

buição de narcóticos e psicotrópicos. Entretanto, o escopo da comissão foi de orientação e assistência às autoridades competentes para a elaboração de *nova legislação de entorpecentes*, que deveria ser adotada em *regime de urgência*.¹⁰

O impacto da globalização do controle de entorpecentes sobre o País, em nível legislativo, tem produzido, como referido, severas e alarmistas legislações. Contudo, apenas na atualidade, apesar da adoção na década de sessenta da ideologia da Segurança Nacional, é que, em matéria de política criminal, o Brasil ingressa no universo formal de *militarização do controle das drogas ilícitas*. O processo decorre da imposição das Nações Unidas sob influência dos países interessados neste tipo de controle, especialmente os EUA.

4. Operação Rio: o paradigma da militarização

O processo formal (explícito) de militarização, visto que em nível ideológico (negativo) imperava desde a década de sessenta, teve como gênese o convênio firmado entre o Governo do Rio de Janeiro, o Governo Federal e as Forças Armadas em 1994/1995 com intuito de *eliminar* o tráfico de drogas dos morros do Rio de Janeiro.

A militarização do controle de entorpecentes se insere no universo de *militarização ideológica da Segurança*, significando a tendência de transposição de concepções, valores e crenças da doutrina militar para a área da Segurança Pública, "(...) acarretando no seio da sociedade (a ideologia não atinge só as organizações policiais) a cristalização de uma concepção centrada na idéia de guerra (quando se tem um inimigo declarado ou potencial a ser destruído com a força ou neutralizado com a inteligência militar). Daí a concepção maniqueísta – os 'bons' contra os 'perigosos' da sociedade – refletida nas práticas do sistema policial-judicial (...)".¹¹

O "convênio" denominado Operação Rio é um dos maiores exemplos deste modelo de *militarização*.

Com a ação foram impostos limites ao exercício do jornalismo e ocorreram enormes violações sobre as garantias individuais dos moradores, como detenções ilegais por falta de documentação, mandados de busca generalizados e

(10) "Brazil had not been controlling adequately the manufacture and distribution of narcotics drugs and psychotropic substances. In August 1995, a joint mission of the Board and UNDCP [United Nations International Drug Control Programme] visited Brazil in order to assist the competent national authorities in the development of new drug control legislation. The new draft law is to create a sound legal basis for the control of licit drugs and for the fight against illicit drugs. The Board notes with satisfaction that the Government has already decided to present the new draft legislation prepared in cooperation with the mission to the Parliament and recommends the Government to consider its adoption an issue of high priority" ("Organização das Nações Unidas", op. cit., p. 45).

(11) Jorge da Silva. "Militarização da segurança pública e a reforma da polícia: um depoimento". Ricardo Bustamante & Paulo Sodré. *Ensaio Jurídicos* (01). Rio de Janeiro: IBAJ, 1996. p. 509.

realização de revistas em situações humilhantes. Aliás, o próprio comandante da operação, general Câmara Senna,¹² assumiu as violações aos direitos constitucionalmente consagrados.

É importante ressaltar que o fracasso da intervenção militar deveu-se ao fato de que, além de não conseguirem acabar com o tráfico (o que é efetivamente impossível e não se tratar de problema circunscrito à cidade do Rio de Janeiro), houve uma série de lesões a direitos fundamentais da população carente da região. Ocorreu que, com a ilusória expectativa de erradicar o tráfico, a incidência do poder repressivo se deu em parcela da população a qual não tinha absolutamente nenhuma relação com a venda de entorpecentes.

Com o fim do mandato do governador Nilo Batista, e a posse de Marcelo Alencar, há reformulação no modelo da Segurança Pública do Rio de Janeiro, que "começou a usar estratégias militares de ação em guerras para combater a criminalidade no Estado".¹³

O fato ganhou notoriedade quando ocorreu a cessão de armas pesadas do exército às polícias militares, através da edição do "Plano Emergencial de Combate ao Crime Organizado no Estado do Rio de Janeiro", firmado pelo governo carioca em concurso com o Ministério da Justiça.

Atualmente, as estratégias de *combate urbano* são ministradas em cursos realizados pelo Bope (Batalhão de Operações Especiais) à Polícia Militar Fluminense, tendo como inscitos "especiais", desde o final da década passada, tenentes do Exército, sargentos da Aeronáutica e demais oficiais e praças das Polícias Militares de São Paulo, Rio de Janeiro, Distrito Federal, Pernambuco, Pará, Alagoas e Acre. No currículo constam disciplinas como "Sabotagem e Contra-Sabotagem" e "Guerrilha e Contra-Guerrilha". Criado em 1978, o curso é considerado modelar entre as instituições policiais brasileiras.¹⁴ Privilegiando as aulas práticas, os alunos aprendem a realizar combates na cidade, a partir de patrulhas urbanas e ações realizadas em favelas que são, nas palavras do Major José Oliveira Penteado, Comandante do Bope, "quase uma operação de contra-guerrilha".¹⁵

5. A experiência na América Latina

A cruzada às drogas no território latino ocorre desde o início dos anos oitenta, tendo como locais específicos o Panamá, o México, a Bolívia e a Colômbia.

⁽¹²⁾ "Infelizmente alguns direitos constitucionais estão sendo prejudicados. Eu reconheço que está havendo um cerceamento das liberdades. Nós não somos um batalhão de assistentes sociais. É impossível evitar um ou outro excesso. É preciso às vezes ser duro, ríspido, na ponta da linha" (*Folha de S. Paulo*, 23.11.1994, p. 03-05).

⁽¹³⁾ *Folha de S. Paulo*, 10.05.1995, p. 03-01. Conferir também *O Globo*, 05.04.1996, cuja manchete foi "Militares treinarão policiais no Rio".

⁽¹⁴⁾ *Folha de S. Paulo*, 05.08.1998, p. 03-05.

⁽¹⁵⁾ *Folha de S. Paulo*, cit.

Segundo Arbex Jr.,¹⁶ a cruzada contra as drogas oferecia a Washington valioso pretexto para prolongar e acentuar sua presença militar na América Latina, em especial após o fim da “ameaça comunista”.

“De fato, a única ‘justificativa’ que Washington tinha para manter na ativa o Comando Sul (via base militar no canal do Panamá) era a atividade da guerrilha comunista na América Central. Com o fim do comunismo, em tese, o Comando Sul deveria ser desativado, de forma tal que o Panamá recuperasse a soberania sobre seu próprio território”.¹⁷

No entanto, em dezembro de 1989, um mês após a queda do muro de Berlim e uma semana antes de extirpar o prazo para devolução do canal, ocorre a invasão ao Panamá, sob a justificativa de combater o General Noriega, acusado de participação no narcotráfico.¹⁸

O México, por ser grande centro de distribuição e pelo fator geográfico estratégico, fronteira com os EUA, sofre grandes problemas em relação ao tráfico. Todavia, a militarização ocorrida no final da década pretérita, com a participação efetiva dos militares em função policial e a transferência de competência às cortes militares, obteve, como principal ponto de referência, enormes violações dos direitos fundamentais da população, causando sérios abalos para a democracia.¹⁹

Na Bolívia, uma das questões principais de discussão, além da militarização, é a da participação das Forças Armadas dos Estados Unidos nas tarefas de repressão à produção e à comercialização. O convênio entre Estados Unidos e Bolívia data de 1990, quando há incrementação da política repressiva do governo George Bush que, assumindo o legado da cadeira presidencial, compartilha a política de “guerra às drogas” de Ronald Reagan.

A Colômbia, exportadora de cerca de 80% da cocaína consumida no mundo e País detentor de uma das mais altas taxas de homicídio do planeta (67 por cada 100 mil habitantes), enfrenta o sério problema dos conflitos entre o Exército, as guerrilhas de esquerda – representadas pela Farc (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia) e pelo ELN (Exército de Libertação Nacional), as quais ocupam cerca de 40% do território nacional – e os grupos paramilitares de direita. A atuação do narcotráfico é no financiamento parcial tanto dos grupos esquerdistas quanto paramilitares de direita, estimulando, em nível institucional, a corrupção e o contrabando. O presidente Ernesto Samper, que deixou o cargo no dia

(16) José Arbex Jr. “O Estado narcoterrorista”. *Caros Amigos* (16). São Paulo : Casa Amarela, 1998. p. 42.

(17) Idem, ibidem.

(18) Idem.

(19) João Marcelo de Araújo Jr. “A problemática das drogas na América Latina: primeiras conclusões do projeto alternativo do Rio de Janeiro”. *Drogas: uma abordagem interdisciplinar*. Fascículos de Ciências Penais (03). Porto Alegre : Fabris, 1990. p. 125.

07.08.1998, sofreu fortes acusações de recebimento de dinheiro do narcotráfico para financiamento da campanha eleitoral, tendo, inclusive, seu visto para os EUA cassado. O presidente do Partido Conservador recentemente empossado Andrés Pastrana, recebeu apoio formal de Bill Clinton, o que indica provável submissão do governo colombiano aos fundamentos da estratégia norte-americana contra o narcotráfico, ou seja, a pulverização de plantações de coca.

Além dos problemas gerados em nível de soberania, a implementação desta política bélica causou, como não poderia deixar de ser, violações extremas no que tange aos direitos humanos, onde as principais vítimas são os setores populares vulneráveis, mais débeis, que estão completamente fora do comércio ilegal ou que sofrem os efeitos simplesmente por viverem em zonas de conflito. É exemplar a situação dos pequenos produtores colombianos que tem o meio ambiente prejudicado devido à guerra toxicológica de erradicação das plantações de coca.

A conclusão óbvia mas, ao mesmo tempo, surpreendente, é que *a política de "guerra às drogas" é um grande fracasso*, não obtendo controle, muito menos abolição, do fenômeno do narcotráfico, além de gerar um subproduto trágico: *a violação dos direitos humanos nas camadas menos favorecidas da população*.

Contudo, apesar destas sérias conclusões, mesmo durante o governo Bill Clinton, o intervencionismo norte-americano é recrudescido e o discurso é ampliado em seu espectro de incidência. Há verdadeira fixação no entendimento de que "El narcotráfico y la 'guerra contra las drogas' son dos realidades que se han impuesto en el mapa mundial. Las agendas y políticas prioritarias de un creciente número de países están dirigidas a combatir lo que se presenta como uno de los principales problemas que afrontan las sociedades contemporáneas. Hoy el tráfico y la producción de narcóticos, son vistos como una amenaza permanente para la salud de la humanidad y la seguridad nacional de los Estados".²⁰

6. O Programa Nacional Antidrogas – Panad – e a “Estratégia Antidrogas no Hemisfério”

No Brasil, exceptuando os fatos acontecidos no Rio de Janeiro, percebemos a *adoção institucional* do modelo beligerante com a criação, pelo governo federal, do “Programa de Ação Nacional Antidrogas”.

O plano, lançado em 19.04.1996, tem como objetivos gerais “prevenir, recuperar, reinserir os dependentes e reprimir o tráfico. Buscar e prestar ampla cooperação na matéria, no contexto internacional, procurando adequar a legislação nacional às convenções e acordos internacionais”.²¹

⁽²⁰⁾ K'intu, op. cit., p. 01.

⁽²¹⁾ Programa Nacional Antidrogas (Panad) (Brasília: Ministério da Justiça).

Na esfera legislativa, o principal objetivo é gestionar a aprovação da nova Lei de Drogas, em trâmite no Congresso Nacional.²² Neste sentido, avaliou o ex-Ministro da Justiça Nelson Jobim: “O Programa de Ação Nacional Antidrogas – Panad, resume de forma clara a vontade do estado brasileiro de enfrentar o problema de frente, sem demagogia ou sensacionalismo. A legislação nacional atualiza-se graças à cooperação e à sensibilidade do Congresso Nacional. O traficante começa a ser tratado como *inimigo público* e as penas a eles impostas são cada vez mais duras. Em contrapartida, o usuário de drogas já é visto e tratado como vítima e, desta forma, lhe são oferecidas a oportunidade e os meios de se curar”.²³

Tal entendimento foi corroborado pelo I Fórum de Debates sobre Drogas e o II Encontro Nacional de Conselhos de Entorpecentes (Blumenau, março de 1997), promovido pelo Ministério da Justiça. Com intuito de recrudescer o sistema de penas, o art. 4.º da “Carta de Blumenau”, aprovada pelos Conens, propõe aumento da pena mínima ao traficante para 06 (seis) anos.

Quanto ao problema da estratégia de repressão, o Panad propõe sistematizar o planejamento, avaliação e cooperação de informações e ações entre organismo policiais estrangeiros, de forma a “ampliar, integrar, efetivar e solidificar o combate ao tráfico ilícito”.²⁴

A ação é direcionada, primeiramente, ao redimensionamento da estrutura organizacional da Unidade Central de Repressão a Entorpecentes da Polícia Federal. Neste contexto há otimização dos meios de informação e a implementação de programas como o *Programa de Erradicação da Maconha*, *Programa de Erradicação de Epadu*, o *Programa de Interdição do Tráfico de Drogas em Áreas Críticas*, o *Programa de Combate ao Crime Modalidade Tráfico de Drogas entre outros*.

Sob a coordenação geral do Ministério da Justiça, participam o Confen, Seplanseg, DEEN, Ministério da Saúde, Educação, Relações Exteriores, Fazenda, Desportos, Marinha, Exército, Aeronáutica, Secretaria de Assuntos Estratégicos e EMFA.

Um dos primeiros e decisivos passos na implementação do Panad foi a subscrição pelo Governo Federal, juntamente com outros 34 governos, em 03.12.1996, do documento “Estratégia Antidrogas no Hemisfério” em Montevidéu. Segundo o então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, “o documento unifica a estratégia de controle e erradicação das drogas no hemisfério, elegendo a redução da demanda como componente chave das políticas de enfrentamento do problema”.²⁵ Para Jobim, Governo e Nação devem se unir enfrentar este “flagelo”, buscando “banir” o problema.²⁶

(22) Sobre os projetos de lei relativos à matéria conferir Salo de Carvalho (op. cit.).

(23) Nelson Jobim. “Drogas: o problema é nosso”. Conferir: <http://www.mj.gov.br/panad/problema.htm> (grifamos).

(24) *Programa nacional antidrogas*, op. cit.

(25) Nelson Jobim. “Uma tarefa que começa em casa”. Conferir: <http://www.mj.gov.br/panad/tarefa.htm>.

(26) Nelson Jobim, op. cit.

O documento “Estratégia Antidrogas no Hemisfério”, é fruto do trabalho da Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (Cicad), criada pela Organização dos Estados Americanos (OEA). As estratégias são dirigidas para redução da demanda e da oferta, a partir de um “compromisso mundial” entre os Estados, sendo que a compatibilização das legislações pertinentes à matéria é questão pacífica em quase todos os documentos internacionais.

Todavia, o que começa a ser delineado é a preocupação da OEA, e seus Estados-membros, em exigir a “(...) adopción y el perfeccionamiento de medidas a eliminar (...)”²⁷ a disponibilidade das drogas, acreditando ser possível a sua erradicação.

No § 25 do documento oficial “los países del Hemisfério reconocen la necesidad de eliminar la producción indiscriminada de sustancias psicoativas (...)”²⁸, primando pelo desmantelamento das organizações e suas redes, atingindo não somente o tráfico de entorpecentes mas também de armas, munições e explosivos.

7. A 2.^a Cúpula das Américas e a Secretaria Nacional Antidrogas – Senad

O lançamento de um novo plano hemisférico obteve chancela dos Estados-membros na 2.^a Cúpula das Américas, realizada em abril de 1998 no Chile.

O governo norte-americano propôs o combate regional a partir da *criação de um centro de estudos na Cidade do Panamá*. A proposição não seria somente no plano acadêmico, pois “os serviços de inteligência norte-americanos darão todo apoio à iniciativa”.²⁹

Baseados no consenso de que juntamente com a economia, o crime organizado – cuja principal fonte de riqueza é o narcotráfico – também se globalizou, “para combatê-lo é preciso igualmente desenvolver esforços que transcendam as fronteiras dos Estados”.³⁰

Apesar de o governo FHC apoiar a iniciativa norte-americana, visto que “(...) isoladamente não poderá pôr fim a violência (...)” necessitando “(...) de um combate multinacional (...)”,³¹ existiram várias resistências da maioria dos governos latino-americanos. Dois pontos foram debatidos: 1.^o decorrente da provável violação à soberania e à jurisdição territorial dos Estados pela ampliação de ingerên-

⁽²⁷⁾ “Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas” (Cicad). *Estratégia antidrogas en el Hemisferio*. Washington, D.C.: OEA, 1997 (grifamos).

⁽²⁸⁾ “Comision Interamericana para el Control del Abuso de Drogas” (Cicad). Op. cit. (grifamos).

⁽²⁹⁾ *Folha de S. Paulo*, 22.03.1998, p. 1-18.

⁽³⁰⁾ *Folha de S. Paulo*, cit.

⁽³¹⁾ Idem.

cia dos EUA em assuntos internos, e 2.º) pelo local em que os EUA sugeriram para instalar o centro: *Escola das Américas*.³²

A simbologia do local proposto descarta qualquer comentário mais apurado.

Debatidas as propostas, a Cúpula aprovou no Chile a criação de um sistema multilateral de avaliação da luta antidrogas. O combate sem tréguas a esse mal por todos os países que assumiram sua co-responsabilidade, permitiria sua *erradicação de fato num prazo de dez anos*.³³

Desta maneira, entre os dias 27 e 29.05.1998, após percorrer o Chile e a Argentina, o secretário de Defesa dos EUA, William Cohen, esteve em visita oficial ao Brasil.

O teor das conversações pela América do Sul, divulgado apenas em parte pela imprensa oficial, contempla: a) o interesse de empresas dos Estados Unidos em fornecer aviões e armas para a América Latina;³⁴ b) avaliação das legislações sobre crime organizado; e c) a criação de sistema de informação sobre armas com procedência norte-americana.

O Governo Federal já vinha se ocupando integralmente do assunto, tanto que recebeu elogios dos organismos internacionais de controle de entorpecentes. É mister recordar que em setembro de 1997, Brasil e Argentina, em acordo militar inédito na história das Forças Armadas de ambos países, participaram de um programa de cooperação mútua: a operação Tanba-1. O objetivo da operação, segundo o Major Carlos Machado, da Coordenação de Comunicação Social da Aeronáutica, foi detectar helicópteros e pequenos aviões utilizados no tráfico de entorpecentes.³⁵ O programa é resultado de um acordo de cooperação militar assinado pelos Presidentes Carlos Menem e FHC em 1995.

Não obstante, desde setembro de 1997 vigora o Tratado de Assistência Legal Mútua, estabelecido entre o governo nacional e o governo norte-americano. Os principais pontos de interesse são: 1.º) ampliar a cooperação com o FBI (Federal Bureau of Investigation), para formar pessoal do Ministério Público; 2.º) implementar linha direta de informação desburocratizada, bem como de acesso à tecnologia norte-americana utilizada no combate às drogas; 3.º) financiar compra de material e formação de pessoal especializado; 4.º) treinamento de policiais brasileiros nos EUA.

Todavia, o principal resultado deste lento e gradual processo de ingresso do Brasil no programa de “guerra às drogas”, iniciado no governo Ronald Reagan e

(32) A antiga Escola das Américas foi um centro de treinamento para militares latino-americanos que se transformou em escola de torturas e formação de agentes para o autoritarismo das décadas de 60/70/80.

(33) *Jornal Zero Hora*, “Combate ao narcotráfico” – Editorial (27.05.1998).

(34) *Jornal Zero Hora*, cit.

(35) *Jornal Zero Hora*, 24.09.1997, p. 51.

capitaneado mundialmente pelos EUA, foi o anúncio da criação da Secretaria Nacional Antidrogas – Senad.

Durante a participação de FHC na 20.^a Assembléia Especial da ONU, realizada em Nova Iorque sob a temática geral do controle de drogas, foi afirmada a criação da Senad a partir da estrutura elaborada pelo General Alberto Cardoso, Ministro-chefe da Casa Militar da Presidência. Segundo o general, “a questão do narcotráfico não é apenas um crime, ela ameaça toda a estrutura da sociedade”.³⁶ A secretaria, criada nos moldes norte-americanos, estará subordinada à Casa Militar da Presidência.

O Sistema Nacional Antidrogas, o qual a Senad faz parte enquanto órgão executivo, é composto ainda de um órgão normativo a ser conduzido pelo Conselho Nacional Antidrogas. Caberá ao Conselho estabelecer as formas de atuação da Senad, coordenando as atividades do governo nas tarefas de prevenção, recuperação e repressão.³⁷

O secretário nacional antidrogas, Walter Fanganiello Maierovitch, anunciou uma série de propostas cujo objetivo, aderindo ao plano estabelecido na 2.^a Cúpula das Américas, é de reduzir nos próximos dez anos o consumo e a oferta em pelo menos 50%. Para tanto, pretende *convocar o Exército para atuar contra o tráfico em atividades de apoio à ação policial*.³⁸

As dimensões desta política criminal genocida são visualizadas quando FHC e o presidente colombiano Andres Pastrana se encontram para discussão do plano de segurança para a Amazônia. No dia 31.08.1998, os presidentes, preocupados com o aumento da violência gerado pelo tráfico de entorpecentes na região amazônica, e tentando afastar a hipótese de a violência na região se ampliar “exigindo” alguma reação norte-americana, propuseram ações conjuntas das Forças Arma-

⁽³⁶⁾ *Jornal Folha de S. Paulo*, 04.06.1998, p. 03-03.

⁽³⁷⁾ Arbex Jr. (op. cit.) é ríspido quando se trata das reais funções do programa brasileiro de combate às drogas:

“A SNA, se funcionar, reproduzirá as estratégias terroristas da Casa Branca, sem nenhuma eficácia na redução do consumo das drogas, mas muito conveniente em termos de manter uma espada sobre a cabeça dos miseráveis deste País”.

“(…) A SNA vai reforçar os mecanismos de segregação racial, tão arraigados na cultura nacional. Pior: a SNA vai trabalhar em ‘estreita colaboração’ com o FBI (que montou seu escritório no Brasil) e com o DEA, expondo mais ainda a vida dos brasileiros ao escurtínio dos arapongas gringos. E que ninguém se iluda: a criação da SNA foi, também, um passo a mais no sucateamento da Amazônia, que vem se desenvolvendo a passos largos por um governo que privatizou a Vale do Rio Doce e que cometeu a infâmia de pagar 1,4 bilhão de dólares para que uma empresa americana, a Raytheon, colete todos os dados que quiser sobre a Amazônia (por intermédio do Sivan)”.

Conclui afirmando que “(…) tudo isso é apresentado como se fosse ‘racional’ e ‘moderno’, no mais puro estilo do governo FHC”.

⁽³⁸⁾ *Jornal Zero Hora*, 18.07.1998, p. 44.

das de ambos países, pois, segundo Benedito Leonel, Ministro-chefe do Estado Maior da Forças Armadas, “essas missões são a tendência mundial da atuação das Forças Armadas”.³⁹

Aliás, o mesmo Ministro, em visita à capital argentina no final do mês de agosto de 1998, anunciava o deslocamento de grandes unidades para a Amazônia, visto ser “região estratégica prioritária”. Durante a referida visita, cujos objetivos são de ampliação de ações cooperativadas, foi avaliada a idéia de o Mercosul ter um organismo militar supranacional, nos moldes da Otan (Organização do Tratado do Atlântico Norte, aliança militar entre Europa Ocidental e EUA). A fundamentação refere-se à necessidade de combate dos “delitos globalizados” e do terrorismo.⁴⁰

Baseado neste quadro podemos afirmar que há um efetivo recrudescimento no controle de entorpecentes no final deste milênio. Eleito como principal inimigo das sociedades democráticas, a única forma visualizada de controle é em parâmetros transnacionais militarizados. Entretanto, o que transparece é a submissão do governo FHC, “(...) empenhado em demonstrar fidelidade canina a Washington em troca de um assento permanente no Conselho de Segurança da ONU (...)”.⁴¹

8. Conclusão: Direitos humanos e tolerância: o paradigma da resistência

Alertamos que o Brasil não pode aliar-se aos fundamentos beligerantes sustentados pelas agências centrais, visto que destrutura os princípios básicos conquistados na retomada, ainda que formal, da democracia.

A ilusão da erradicação do fenômeno, divulgado pelo discurso central bélico, leva os países periféricos a estabelecerem políticas extremamente repressivas e dissociadas de sua realidade marginal, pois a transnacionalização do controle, por se auto-perceber universal, não compreende as autonomias culturais e políticas.

Pensar a possibilidade de eliminação do fenômeno da droga é parcializar o discurso, não tomando a questão em todas as suas dimensões.

Primeiramente, é mister ressaltar que o ser humano é, essencialmente, psicoativo. A indagação não deve ser portanto “por que determinadas pessoas consumem drogas”, e sim “por que determinadas drogas são taxadas como ilícitas e outras não”. Aprendamos finalmente a lição crítica de Roberto Lyra Filho!⁴²

O principal legado da filosofia da ilustração foi o processo secularizador, cuja consequência ao campo jurídico foi desvincular direito e moral, ou seja,

(39) *Jornal Folha de S. Paulo*, 27.08.1998, p. 1-10.

(40) *Jornal Folha de S. Paulo*, cit.

(41) José Arbex Jr., op. cit. p. 40.

(42) Roberto Lyra Filho. “Carta aberta a um jovem criminólogo: teoria, práxis e táticas atuais”. *Revista de Direito Penal* (28). Rio de Janeiro : Forense, 1980.

delito e pecado. A permissividade em relação a apenas determinadas drogas demonstra claramente que não conseguimos sequer secularizar o discurso jurídico das drogas. Estamos fundados numa moral a qual estigmatiza pessoas por opções pessoais, que não respeita a intimidade e a vida privada, e, fundamentalmente, não percebem que o direito penal somente deve atuar quando ocorrer dano a bens jurídicos de terceiros, pois a autolesão não pode ser punível.

Além disso, eliminar as drogas significa, neste caso, impor verdadeiro *genocídio antropológico*, visto que inúmeras culturas têm suas raízes centradas em determinadas substâncias, como é o caso da coca. E aqui cabe uma distinção: coca não é cocaína. Segundo os dados do grupo que compõe *K'intu*, somente 1% da folha de coca é utilizado na produção da cocaína. Nos países andinos, o uso da coca tem quatro mil anos de história, é uma planta de uso cultural e medicinal. Por ter seguro mercado nestas regiões, abastece a economia e gera uma série de empregos diretos e indiretos. Foi considerada ilegal somente em 1920, numa definição de política antidroga que "no ha contemplado justamente estas diferencias de orden cultural y, en un acto de etnocentrismo absurdo, el mundo occidental ha decidido que la hoja de coca es una droga y que por tanto debe desaparecer del mundo".⁴³

O discurso pré-secularização, característico dos modelos intolerantes e totalitários, é centrado numa falsa realidade: a segregação maniqueísta. No campo das drogas "hay quienes para justificar la desaparición de la coca, han llegado a afirmar que en mundo existen 'culturas buenas y culturas malas' y que las culturas basadas en la coca deben ser objeto de 'reconversión cultural' o desaparición".⁴⁴

Esta trágica realidade é potencializada pelo incremento militarizado e a destruição do meio ambiente nos locais onde se localizam as plantações.

A eleição sensacionalista da droga enquanto objeto destruturador da sociedade ocidental reduziu toda a problemática ao âmbito penal, impossibilitando totalmente soluções alternativas. O modelo penal/carcerário demonstrou na história sua total incapacidade resolutive e, pelo contrário, somente potencializou efeitos perversos. Vejamos: a) da promessa de contramotivação, o modelo repressivo às drogas estabeleceu regime de criminalização secundária; b) ao tutelar retoricamente a igualdade, lesionou a diversidade, seu pressuposto mínimo; c) ao reprimir o consumo pelo fato de representar perigo social, estigmatizou o usuário; e, d) no intuito de eliminar o tráfico ilícito, incidiu seu poder genocida na criminalização dos segmentos sociais que se utilizam do comércio de drogas ilícitas para manter sua sobrevivência ante a crise econômica das sociedades periféricas.⁴⁵

⁽⁴³⁾ *K'intu*, n. 01, p. 04.

⁽⁴⁴⁾ *Idem*.

⁽⁴⁵⁾ Neste sentido conferir a tese de doutoramento de Vera Malaguti W. Batista, *Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro* (UFF, Niterói, 1997).

A manutenção desta política criminalizadora produziu sérios problemas sanitários,⁴⁶ elevou o preço da mercadoria sem qualquer controle, originou o problema da corrupção das agências de segurança, estabeleceu regimes autoritários de penas aos consumidores e pequenos comerciantes, restringiu os programas preventivos, selecionou condutas sem vítima (desestruturando o modelo constitucional garantidor), e proporcionou a formação de regime beligerante que contradita com os postulados dos Direitos Humanos (princípios de legitimação externa dos Estados Constitucionais de Direito).

O modelo centrado no penal/carcerário é instrumentalizado pelo repressor militar e, numa época de vazio ideológico, as drogas (re)nascem romanticamente enquanto *inimigo perdido*.

Lee Brown, diretor da Oficina de Política Nacional de Controle de Drogas dos EUA em 1993, afirmou que "(...) el tráfico internacional de drogas constituye una amenaza directa para los Estados Unidos y socava esfuerzos para reducir el consumo y la demanda de narcóticos. (...) con la terminación de la Guerra Fria, la seguridad de las naciones se ve amenazada por otros enemigos insidiosos y poderosos de la democracia y la libertad. El narcotráfico y otros crímenes de alcance mundial pervierten y socavan las instituciones básicas que sostienen la democracia y la libertad política, el imperio de la ley y las economías libres y abiertas".⁴⁷

O "inimigo global" é redescoberto nos agentes do narcotráfico devido ao seu potencial de milícia, sua capacidade econômica e sua estrutura organizacional.

Logicamente, a racionalidade militar dar-se-á com base numa ideologia de segurança. Assim, os Estados através das Forças Armadas e grupos privados, compartilham de ideologias e objetivos mútuos: ontem, o anticomunismo visceral e o

⁽⁴⁶⁾ Segundo o *Jornal Folha de S. Paulo* (20.03.1998, p. 03-05), pelo menos 20 mil pessoas nos EUA pegaram Aids nos últimos dez anos em consequência da política repressiva que o País vem adotando em relação às drogas, pois a legislação proíbe o uso de fundos federais para troca de seringas para dependentes de drogas. Segundo Drucker, "cerca de 50% dos usuários de drogas injetáveis norte-americanos estão infectados; a responsável por isso é a política repressiva dos EUA" (Tese apresentada na 9.ª Conferência Internacional de Redução de Danos Causados pelas Drogas). Para o autor, a política norte-americana tem reflexos em todo mundo, sendo que cada País deveria lutar para tentar mudar as decisões de tratados internacionais que impedem ou dificultam programas de redução de danos.

Na Europa, por exemplo, a criminalidade e a marginalidade decorrentes do uso de drogas estão diminuindo devido aos programas de redução de danos e substituição. O projeto se fundamenta em prescrever a droga medicinalmente. É o caso da Suíça, em que os dependentes de heroína recebiam metadona e, aos que não conseguiam se adaptar, o governo passou a dar a própria droga. Tal proposta foi aprovada por plebiscito. Favorável ao programa 82% de eleitores em Genebra e 75% nas outras cidades do País (*Folha de S. Paulo*, 21.03.1998, p. 03-06).

⁽⁴⁷⁾ *K'intu*, n. 03, p. 01.

querer aniquilar a guerrilha e os simpatizantes de esquerda. Hoje, a ideologia da guerra contra às drogas que produz o paramilitarismo.⁴⁸

Segundo os redatores do *Boletín Andino sobre Coca, Guerra contra las Drogas y Sectores Populares*, o objetivo substancial da militarização da política de drogas seria o controle geopolítico, baseado em três pontos fundamentais: a) *controle político e militar* dos países andinos, posto ao vazio ideológico deixado pelos comunistas, estabelecido pela ausência do “inimigo comum”; b) *pressão de adesão e câmbio nas economias nacionais*; e c) *criação de “lixeiros armamentistas”* como forma de manter a produção da indústria bélica norte-americana.

Sob essa ótica, a produção do pânico legitima a elaboração de legislações autoritárias e repressivas em regime de urgência. Militarização e direito penal atuam, assim, como principais instrumentos repressivos na “guerra santa” contra as drogas, representadas, como frisa Nilo Batista,⁴⁹ pela união não somente metafórica do elemento bélico com elemento religioso-moral.

Tal política criminal invade a lógica jurídico-política sustentando uma bipolaridade ilusória. São gerados componentes de direito penal autoritário, onde é relegado a segundo plano a lesão ao bem jurídico e a legalidade, visto que a importância prioritária é a constatação/eliminação do inimigo. Vera Malaguti Batista percebe esta problemática afirmando que “existe uma renúncia expressa à legalidade penal, através de um controle social militarizado e verticalizado sobre os setores mais pobres da população ou sobre os dissidentes”.⁵⁰

No plano econômico, percebemos que a “guerra às drogas” tem função de ocultação dos desequilíbrios e conflitos sociais. A imposição de legislações seletivas, que originam grave violência institucional, encobre o impacto econômico e social que as drogas produzem nas relações internacionais.

Não podemos olvidar, portanto, que o poder repressivo militarizado trabalha em perspectiva oposta ao regime constitucional. Contraria o Estado Democrático de Direito que tenta (re)nascer nos países da América Latina.

(48) K'intu 01/12.

Este entendimento é compartilhado por Nils Christie, segundo o qual “(...) com o fim da guerra fria, num quadro de profunda recessão econômica, no qual as nações industrializadas mais importantes não tem inimigos externos contra os quais se mobilizar, não parece improvável que a guerra contra os inimigos internos seja priorizada” (Apud, Nilo Batista, “Política Criminal com derramamento de sangue”. *RBCCrim* (20). São Paulo, RT, 1997).

Da mesma forma Medina: *A guerra contra às drogas adotou as mesmas pautas estabelecidas para enfrentar a ameaça comunista* (Apud, Nilo Batista, op. cit.).

(49) Op. cit.

(50) Vera Malaguti W. Batista. “Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro”. *Discursos Sediciosos* (02). Rio de Janeiro : Revan, 1996.

É necessário perceber que “a intervenção militar direta foi uma mácula indelevel na dignidade latino-americana e uma clara manifestação de prepotência e abuso de poder internacional”, “(...) os países latino-americanos, mesmo aqueles que não são produtores, não devem aderir, cegamente, à política de ‘guerra às drogas’ pretendida implantar pelos países centrais”.⁵¹

A intolerância não pode ser a categoria primordial da política criminal. Militarização e controle transnacional seguem na contramão dos preceitos garantistas adotados pela estrutura constitucional.

Cientes deste problema, e buscando alternativas ecologicamente sustentáveis, 600 personalidades publicaram abaixo-assinado no qual declaram a inviabilidade do programa lançado na ONU. Os signatários, entre eles o ex-Secretário Geral da ONU Javier Pérez de Cuellar, os Prêmio Nobel da Paz Oscar Arias e Adolfo Pérez Esquivel, o empresário George Soros, o bispo Pedro Cassaldàlia, o pesquisador-sênior da Stanford University Milton Friedman, o economista Thomas Moore e o candidato à Presidência da República na coligação PT/PDT Luiz Inácio “Lula” da Silva, alertaram em carta aberta publicada no jornal *The New York Times* (08.06.1998) que o modelo de guerra às drogas causa mais danos do que o próprio uso de drogas.

Parece-nos que as propostas são claras, e sendo o futuro da política criminal brasileira definido nas eleições presidenciais de 03 de outubro.

Para finalizar, resta recordar o incansável militante na lutas dos direitos humanos Nilo Batista: “a substituição de um modelo sanitário por um modelo bélico de política criminal, no Brasil, não representa uma metáfora acadêmica, e sim a intervenção dura e freqüentemente inconstitucional de princípios de guerra no funcionamento do sistema penal (...). Neste sentido, podemos concluir que, em nosso País, temos para as drogas uma política criminal com deramamento de sangue”.⁵²

⁽⁵¹⁾ João Marcelo de Araújo Jr., op. cit., p. 133-134.

⁽⁵²⁾ Nilo Batista, op. cit.

4. INFÂNCIA E JUVENTUDE

4.1

MENORES INFRACTORES-VÍCTIMAS ANTE LAS NACIONES UNIDAS Y EL CONSEJO DE EUROPA*

ANTONIO BERISTAIN

*Al Maestro Antonio Sánchez Galindo, pedagogo,
penalista y criminólogo, amigo de los niños
y las niñas, pionero de innovadora victimología
recreadora, cordialmente agradecido.*

SUMARIO: 1. Sumario – 2. Los menores infractores, pero no delincuentes: 2.1 Al trágico laberinto juvenil le encontramos el hilo de Ariadna; 2.2 Del hurto al asesinato; 2.3 Bandas juveniles – 3. Los menores infractores, pero también, y no menos, víctimas: 3.1 Investigaciones victimológicas en centros docentes; 3.2 Víctimas en instituciones penitenciarias – 4. Los menores infractores educandos y recreandos más que los adultos delincuentes: 4.1 La ciudad, nueva protagonista de prevención, educación y recreación; 4.2 Las NN.UU. for imaginative programs – 5. Bibliografía.

Resumen: Las infracciones cometidas por menores crean graves y nuevos problemas, pero la sociedad no encuentra la orientación adecuada para solucionar esos conflictos. Estas acciones lesivas y su etiología deben estudiarse desde una perspectiva seria pero no estigmatizante, ni vindicativa. Los documentos de Naciones Unidas y del Consejo de Europa, así como las investigaciones de especialistas pueden ayudar a avanzar en la superación del conflicto del menor infractor, en muchas ocasiones víctima, a su vez, de la delincuencia.

Palabras-clave: Consejo de Europa – Estadísticas – Jóvenes infractores – Naciones Unidas – Programas educativos – Victimología.

1. Sumario

Estudiar en qué sentido muchos menores infringen gravemente normas y derechos fundamentales indispensables para la convivencia, pero no merecen el adjetivo de delincuentes, será la primera parte de este trabajo. En la segunda hemos de reconocer y lamentar la otra cara de la moneda: que ellos y ellas padecen una macrovictimación que urge la redescubramos y superemos. Concluiremos,

^(*) Agradezco la abundante documentación que me han facilitado el profesor Eduardo Vetere desde Viena, la profesora Esther Giménez-Salinas desde Estrasburgo-Barcelona, el profesor Hans-Jürgen Bartsch desde Estrasburgo, y la profesora Ana Messuti desde Ginebra.

en la tercera parte, preguntándonos por qué y cómo conviene ubicar en la ciudad la cumbre de la prevención, la educación y la recreación de la juventud, no con un Derecho penal mejor sino con algo mejor que el Derecho penal (Gustav Radbruch).

Aunque últimamente, en algunos ambientes científicos há disminuido el aprecio de la labor de las NN.UU. en el ámbito de "Prevención del delito y tratamiento del delincuente", sin embargo, muchas de sus aportaciones merecen que las personas e instituciones que trabajamos en este campo les prestemos atención. Por eso, nos ha parecido oportuno comentar, desde la perspectiva universitaria, algunos importantes y recientes documentos de las NN.UU. y del Consejo de Europa.

El término "menores" lo empleamos en sentido amplio y diverso. A veces, sobre todo en relación con el Código penal, nos referimos a quienes no han cumplido los 18 años. Otras veces, especialmente ante problemas penitenciarios, lo ampliamos hasta los 21, o hasta los 25 años.

2. Los menores infractores, pero no delincuentes

2.1 Al trágico laberinto juvenil le encontramos el hilo de Ariadna

Quien se acerca a la infancia y la juventud se angustia y se pierde dentro de un laberinto y no encuentra salida alguna. Pero, las Naciones Unidas y el Consejo de Europa y las investigaciones de especialistas pueden brindarnos el ovillo de Ariadna para que millones de jóvenes Teseos salgan en libertad. Ese ovillo de Ariadna empieza, en cierto sentido, afirmando que esos menores realizan infracciones, muchas y no de bagatela, pero no merecen se les estigmatice como delincuentes.

Sin olvidar las Reglas Mínimas de Beijing para la Administración de la Justicia de Menores, de 29 de noviembre de 1985 (especialmente las Reglas 1, 18 y 19), ni la Convención de las NN.UU. sobre los Derechos del Niño (hasta los 18 años), del 20 de noviembre de 1989, que ya, al 21 de abril de 1995, ha sido ratificada por 174 Estados (este dato patentiza un avance de gran significación), ni los demás estudios pertinentes, principalmente me refiero al Noveno Congreso de las NN.UU., celebrado en El Cairo (Egipto) del 29 de abril al 8 de mayo de 1995. Y, de este Congreso, tomo en consideración, especialmente, los documentos que se relacionan con los problemas de la (en mi opinión, mal llamada) "delincuencia" juvenil que se debatieron, del 29 de abril al 3 de mayo, en la Comisión II, Tema 6, "Estrategias para la prevención del delito, en particular, de la delincuencia juvenil en zonas urbanas y de la delincuencia juvenil y de carácter violento, incluida la cuestión de las víctimas: evaluación y nuevas perspectivas".

También conviene tengamos en cuenta diversos documentos del Consejo de Europa, sobre todo los más recientes, por ejemplo los correspondientes a la 44 Sesión Plenaria – del 29 de mayo al 2 de junio de 1995 – del Comité Europeo sobre los Problemas Criminales, presidida por el suizo Martin Killias (PC-S-ST [95] 4 Rev.), el Rapport del sociólogo parisino Francis Bailleau sobre *L'exclusion*

et la criminalité des jeunes (CDPC [95] 12) y el *Informe sobre la aplicación de la Recomendación n. R (87) 20 sobre las reacciones sociales a la delincuencia juvenil y la Recomendación n. R [88] 6 sobre las reacciones sociales a la delincuencia juvenil entre jóvenes procedentes de familias inmigrantes*, redactado por el catedrático Stewart Asquith, del Centre for the Study of the Child & Society, de la Universidad de Glasgow, a partir del contrato n. DAJ/./1994.

2.2 Del hurto al asesinato

En múltiples ocasiones las NN.UU. y el Consejo de Europa certifican que los jóvenes, con sus múltiples infracciones, crean graves y nuevos problemas en la mayor parte de los países. También manifiestan que la sociedad no encuentra fácilmente las orientaciones adecuadas para comprender, descifrar y solucionar esos conflictos que, a veces, presentan rasgos objetivos de trágica delincuencia. Pero sus autores, salvo excepciones extremas, no han alcanzado (carecen de) la suficiente madurez psicológica, y/o subyacen en tan vulnerable situación social, que sería injusto equipararlos a los adultos; sería exagerado etiquetarlos como delincuentes. Sus diferencias con los "mayores" son cualitativas, no sólo cuantitativas. No hay base antropológica para denominarlos subjetivamente delincuentes, ni delincuentes "menores", o en grado inferior. Merecen otra calificación no tan reprochante. Son otra cosa: infractores; carecen de la culpabilidad adulta del artículo 10 del Código penal.

Sus acciones lesivas (a veces gravemente lesivas) y sus circunstancias etiológicas merecen ser conocidas y estudiadas y valoradas por instituciones nacionales e internacionales, desde una perspectiva seria, incluso severa, pero menos estigmatizante y punitiva que cuando se trata de autores adultos, delincuentes.

A la luz de múltiples investigaciones, estadísticas e informes de las Naciones Unidas, del Consejo de Europa y de universitarias instituciones criminológicas, se puede afirmar que las infracciones juveniles aumentan en la mayor parte de los países. Pero, desciende el promedio de edad de los protagonistas. Esta constatación tiene importancia porque se calcula que para el año 2000 más del 50% de la población mundial tendrá menos de 15 años de edad. (A/Conf. 169/7, 24 enero 1995, p. 17).

La policía alemana durante el año 1995 consideró sospechosos de infracciones penales en la República Federal al 1,9% de los niños comprendidos entre 8 y 14 años, al 6,4% de los menores comprendidos entre 14 y 18 años, al 6,4% también de los jóvenes comprendidos entre 18 y 21 años, al 4,2% de los semiadultos comprendidos entre 21 y 25 años, y al 1,9% de los mayores de 21 años (incluidos los semiadultos), según se manifiesta, con detalles comparativos de los Länder, en su *Polizeiliche Kriminalstatistik 1995*, Wiesbaden, 1996, p. 81 y siguientes.

Las infracciones cometidas por menores cubren todo el abanico tradicional de las leyes penales: desde el hurto hasta el asesinato. También llegan a las formas

nuevas de la *criminalidad organizada*, aunque mayormente como sujetos pasivos (sobre esto reflexionaremos en la parte siguiente); o como autores con una autoría mediata peculiar, carente de la imputación subjetiva y de la culpabilidad de los mayores de edad penal.

El grupo, presidido por Martin Killias, de especialistas en *Trends in crime and criminal Justice - Statistics and other quantitative data on crime and the criminal justice system* ofrece, en sus páginas 165, 176 y 179, datos y comentarios acerca de la diversidad de las infracciones de los jóvenes entre 14 y 21 años en Inglaterra y País de Gales, Holanda, Portugal, España y Suiza. (Cuadro 1).

Cuadro 1

Porcentaje de las siete infracciones autorreconocidas por los jóvenes
Durante el año 1992

	Infracciones contra la propiedad	Infracciones violentas	Relacionadas con la droga	Vandalismo	Con armas	Violencia inter-grupal (Bandas)	Violencia extra- familiar
Inglaterra y País de Gales	16	15,8	25,9	3,5	9,4	6,3	1,4
Holanda	29,5	29,3	15,3	12,6	15,4	10,1	2,5
Portugal	21, 4	29,5	11,3	16,1	10,8	11,1	2,5
España	20,1	34,5	15,4	16,3	8,4	17,2	2,3
Suiza	33,5	29,1	20,9	17,0	11,2	8,8	0,9

Fuente: M. Killias, *European Committee on Crime Problems*, Council of Europe, Strasbourg, 5 mayo 1995, p. 176.

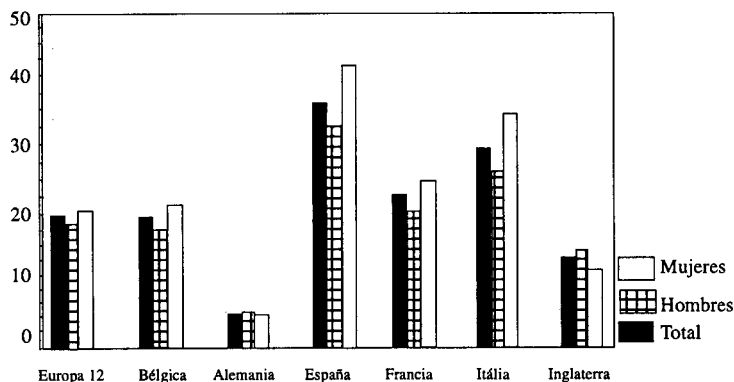
Respecto a los factores etiológicos, en los países en desarrollo, la situación económica incita a los menores y adolescentes a cometer infracciones principal pero no únicamente contra la propiedad; el empeoramiento de las condiciones laborales aumenta simultáneamente la tensión en las familias, e incrementa el número de los hogares disueltos, las familias disfuncionales y los niños sin hogar. Lógicamente, los países que tienen mayores disparidades en los ingresos se ven afectados por tasas más elevadas de violencia juvenil.

Por otra parte, una economía nacional privilegiada no reduce necesariamente los riesgos de la infancia y juventud, ni la tasa de gravedad de su violencia. Muchos de esos jóvenes cometen delitos graves en los países económicamente más fuertes, aunque esos infractores proceden generalmente de zonas desfavorecidas, con excesivo paro laboral criminógeno, imparable e *inhumano*. (El Cuadro 2 muestra el porcentaje de paro de los menores de 24 años en la Europa de los 12, y concretamente en Bélgica, Alemania, España, Francia, Italia e Inglaterra. Fuente: Eurostat 1995).

Cuadro 2

Tasas de paro en 1994 de los menores de 25 años

Medias anuales



Fuente: Eurostat 1995

Muchas estadísticas muestran que el volumen de las infracciones penales cometidas por los jóvenes no es tan alarmante como aparece en algunos medios de comunicación. Por ejemplo, en la República Federal de Alemania la Estadística Policial, publicada en 1996, p. 76, sospecha que los niños menores de 14 años han cometido el 5,5% de las infracciones penales, los comprendidos entre 14 y 18 años han cometido el 12,0%, los comprendidos entre 18 y 21 años han cometido el 9,8% y los mayores de 21 años el 72,7%.

2.3 Bandas juveniles

No vamos a estudiar ahora el problema concreto, que tanto preocupa en España, de los jóvenes de *Jarrai*. Pero, sí comentamos brevemente los recientes informes de las NN.UU. sobre las bandas juveniles. Por tales se entiende cualquier agrupación de menores y adultos aún jóvenes (es decir de 14 a 24 años) que "se mueven" fundamentalmente en la calle, y cuyas actividades antisociales sean suficientes como para justificar la atención y la acción del sistema de la justicia penal. Habitualmente estas bandas actúan en comunidades de la clase más baja del casco urbano u otras zonas marginadas. Sus miembros suelen encontrarse vinculados por su origen étnico o algún otro antecedente común, y sus límites de edad se están ampliando. También está creciendo su violencia callejera.

Parece problemática su participación amplia o reducida en el tráfico de drogas, así como su necesidad de satisfacer sus carencias económicas o su pertenencia

o identidad social. Las bandas han delimitado o acotado zonas para sus actividades, sobre todo en ciudades cuyos agentes de prevención, control y sanción resultan poco eficaces. (A/Conf. 169/7, 24 enero 1995, p. 22).

Por otra parte, estos menores y jóvenes muestran una notable carencia de valores éticos, axiológicos y religiosos; también patentizan fuertes dosis de fanatismo (teniendo en cuenta la etimología religiosa de esta palabra) político e intolerancia convivencial. También patentizan una laguna de conocimientos básicos sobre los Derechos Humanos y las coordenadas elementales de la Justicia penal. A este respecto brinda datos de interés el Informe, encargado por el Gobierno Vasco, sobre la violencia y la juventud [¿sería más propio hablar de la violencia juvenil?] en Euskadi, dirigido por J. Elzo, con la colaboración de S. Ayestarán, Kepa Bilbao, J. I. Echano, L. Pantoja y T. Vicente (Vitoria, enero 1996). Esta investigación, de indudable mérito científico, no se ha publicado. Si son fidedignas las referencias de la prensa diaria, podría adolecer en algunos puntos de ambigüedad y/o partidismo.

Muchas instituciones escolares y docentes han dejado de ser campos donde se cultiva el respeto y el desarrollo a los derechos humanos, para pasar a convertirse en zonas neutrales o, todavía peor, en el terreno de nacimiento y praxis de combates y el lugar donde se reclutan adeptos mediante la coerción, la intimidación e incluso, en algunos casos, el soborno económico. Algo parecido puede decirse de algunas instituciones eclesiales (en el amplio sentido de esta palabra), excesivamente politizadas y *olvidadas de las víctimas*; de las cuales son, en parte, responsables, por omisión. Así lo han reconocido, aunque tarde (hace pocos años) las iglesias protestante y católica al pedir perdón por su comportamiento respecto a los delitos del nazismo.

Para lograr la resocialización y, más aún, la prevención de estas bandas urge explorar su motivación y procurar su transformación de grupos negativos en grupos positivos, encomendándoles actividades destinadas a desarrollar metas gratificantes cuya aprobación social resultante pueda servir de refuerzo adicional. (En la parte última volveremos sobre este problema).

3. Los menores infractores, pero también, y no menos, víctimas

3.1 Investigaciones victimológicas en centros docentes

Aunque sea cierto todo, o casi todo, lo que se afirma acerca de la escalada de las infracciones juveniles, sin embargo, conviene mirar paradójicamente, la otra cara de la Luna. Si observamos el problema desde la Victimología, vemos, con verdadero asombro, que los menores y los jóvenes padecen una victimación, mejor dicho, una macrovictimación, que con frecuencia se olvida.

Recientes investigaciones en centros docentes descubren que numerosos niños y niñas son a su vez víctimas de la delincuencia. Crecen en un ambiente adverso de violencia e inseguridad que lo invade todo en guetos del interior de las ciudades y en otras zonas marginadas que pueden resultar tan peligrosas como las zonas de guerra.

Todavía más, en vez de ser refugios seguros, el hogar y la escuela son a menudo zonas de conflicto, donde los jóvenes están expuestos a la violencia, a la influencia negativa de sus compañeros y a la intimidación de las bandas (A/Conf. 169/7, 24 enero 1995, p. 18). Serían deseables más evaluaciones y prácticas didácticas que aboquen a experiencias axiológicas de terapias escolares, familiares y sociales.

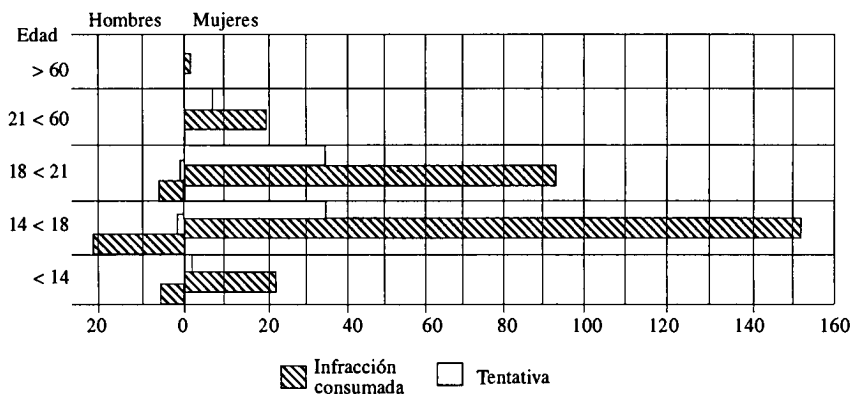
Lógicamente, acerca de la victimación infanto-juvenil abundan las estadísticas. Por ejemplo: Cada doce días es asesinado un bebé en el Reino Unido, según un informe del Ministerio del Interior. Este dato se mantiene estable desde hace varias décadas. El año 1995, en Portugal, fueron denunciadas 1.200 agresiones sexuales a menores. Y los especialistas afirman que esta cifra indica sólo un 20% de los casos.

Los documentos preparatorios del Congreso Internacional de Unicef, celebrado en Estocolmo en septiembre de 1996, informaban que más de un millón de niños y niñas son prostituidos cada año en muchos países del mundo, especialmente, en Tailandia y en Filipinas.

De hecho, en realidad, no se respeta ni ama suficientemente a los menores. Menos aún si son niñas. Con excesiva frecuencia se les trata algo así como en tiempo de los romanos, cuando a muchos los arrojaban desde el *mons Tarpeius*. Merecen reproducirse aquí algunas de las estadísticas policiales de las víctimas en Alemania, según los diversos grupos de edades y de sexo. (Cuadros 3, 4 y 5). Si tuviéramos más espacio, confrontaríamos estas cifras de victimación con las correspondientes de infractores de esas edades y sexo, para poder comparar y concluir detalladamente si predominan numéricamente los menores víctimas o victimarios.

Cuadro 3

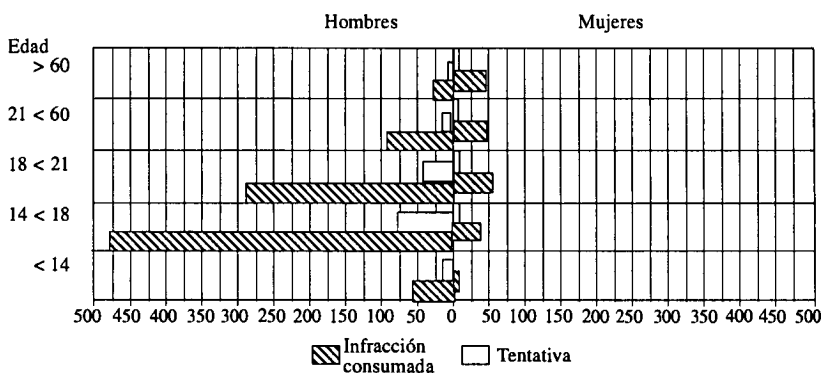
Número de víctimas por cada 100.000 habitantes en la R.F. Alemana
Relativo a las infracciones contra la sexualidad
(Parágrafos 174, 174a, 174b, 177 y 178 del Código Penal alemán)



Fuente: *Polizeiliche Kriminalstatistik 1995. Bundesrepublik Deutschland*, Bundeskriminalamt, Wiesbaden, 1996, p. 63.

Cuadro 4

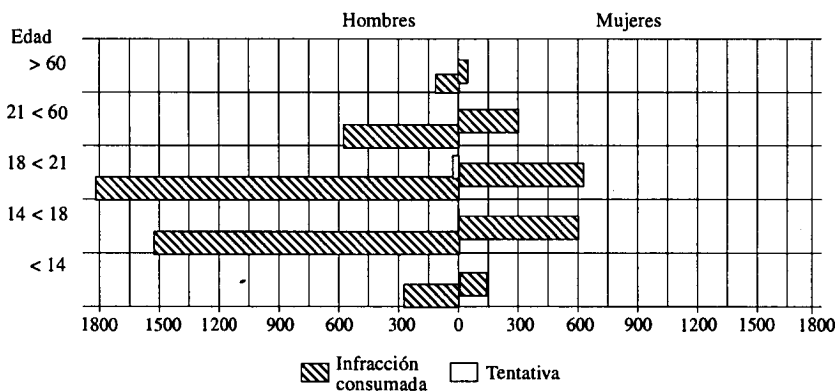
Número de víctimas por cada 100.000 habitantes en la R.F. Alemana
Relativo a delitos de robo y agresiones a conductores de vehículos de motor
(Parágrafos 249-252, 255 y 316a del Código Penal alemán)



Fuente: *Polizeiliche Kriminalstatistik 1995. Bundesrepublik Deutschland*, Bundeskriminalamt, Wiesbaden, 1996, p. 63.

Cuadro 5

Número de víctimas por cada 100.000 habitantes en la R.F. Alemana
Relativo a las lesiones corporales
(Parágrafos 223-227, 229 y 239 del Código Penal alemán)



Fuente: *Polizeiliche Kriminalstatistik 1995. Bundesrepublik Deutschland*, Bundeskriminalamt, Wiesbaden, 1996, p. 64.

Especial atención merece el informe sobre la infancia maltratada en Inglaterra y el País de Gales, Bélgica, Dinamarca, Italia y Suiza, llevado a cabo en Roma, por el United Nations Interregional Crime and Justice Institute. Estudia comparativamente el factor ideológico, el aspecto legal, la ayuda financiera estatal para la prevención y el control de los malos tratos a la infancia, y por fin las estructuras a nivel nacional, regional y local para prevenir y corregir esos malos tratos. (Renaud Villé, *Child Abuse. Some Reflections based on the Situation in six European Countries*, Roma, 1995).

Sobre el delito de abuso de menores está en prensa una documentada monografía del profesor argentino Raúl Zaffaroni.

3.2 Víctimas en instituciones penitenciarias

Desde determinada perspectiva criminológica, deben considerarse víctimas muchos miles de menores de 18 años, de ambos sexos, que en la mayoría de los países permanecen internados en Centros penitenciarios de adultos, aunque con más o menos separación.

En España, muy probablemente, no sucederá esto cuando se elabore y apruebe la proyectada Ley del Menor, a tenor de lo que preceptúa el nuevo Código penal de 1995, en su artículo 19. (A este respecto, el Defensor del Pueblo en el País Vasco, el Ararteko Xabier Markiegi, en agosto del año 1995, se manifestó contrario a las penas privativas de libertad para los menores de 18 años).

Actualmente, por desgracia, a tenor del artículo 9. 2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, están privados de libertad en Centros dependientes de Instituciones penitenciarias más de 300 menores de 18 años, y más de 2.300 entre 18 y 22 años. (Cuadro 6).

Cuadro 6

Distribución de los internos de 16 a 25 años reclusos en los Centros del Estado español. (Datos a 18.07.1996)			
Grupos de edad	Administración central	Cataluña	Total Estado
16-18	254	57	311
19-21	1.967	349	2.316
22-25	5.949	937	6.886
Total	8.170	1.343	9.513

Fuente: Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 1996.

Entre 1990 y 1994 el total de la *población* penada en España se incrementa en un 69%; pero el grupo de personas internas entre 16 y 20 años permanece estable (Cuadro 7). En términos porcentuales, este colectivo pasa de representar

el 16% de la población en 1990 al 10,6% en el año 1994. Cabe concluir que las autoridades procuran evitar ese internamiento de jóvenes. Algo similar se observa en cuanto al número de los *ingresos* de libertad: experimenta un notable descenso en términos absolutos: 2.354 ingresos menos (de jóvenes entre 16 y 20 años) en 1994 que en 1990. En términos relativos pasan de representar el 16% de los ingresos al 10,6%; es decir, la misma proporción que mantienen en la población reclusa penada, como se detalla en el Cuadro 8.¹

Cuadro 7

Estructura de la población reclusa penada por grupos de edad (en España)

Año	Total	16-20	21-25	26-30	31-40	41-60	+60
1990	17.557	998	4.880	5.700	4.151	1.662	166
1991	20.682	1.010	5.123	6.873	5.391	2.144	171
1992	23.991	951	5.946	7.596	6.596	2.685	217
1993	27.621	1.017	6.731	8.715	8.053	2.890	215
1994	29.684	1.010	7.388	9.147	8.511	3.275	353

Fuente: Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios, *Memoria de Actividad 1994*, Madrid, 1995, p. 30.

Cuadro 8

Ingresos de libertad por edades 1990-1994 (en España)

Edad	1990	1991	1992	1993	1994
16-20	8.837	8.146	7.792	7.142	6.483
21-25	16.278	17.833	17.334	17.733	15.801
26-30	15.771	17.741	17.837	17.614	17.433
31-40	10.043	11.252	13.013	13.863	15.063
41-60	3.894	4.406	5.012	5.245	5.925
60 +	276	345	374	393	457
Total	55.099	59.723	61.362	61.990	61.162

Fuente: Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios, *Memoria de Actividad 1994*, Madrid, 1995, p. 30.

⁽¹⁾ Estas y otras informaciones complementarias me han sido comunicadas amablemente por don Javier Gómez Elósegui.

Para evitar y prevenir esta victimación juvenil en las instituciones "tradicionales" privativas de libertad las NN.UU. piden insistentemente que "se promueva la ayuda a los niños a fin de que se responsabilicen de sus actos, y se fomente, entre otras cosas, la reparación, la mediación y la restitución, especialmente en relación con las víctimas directas del delito" ... "la promoción de alternativas como las medidas sustitutivas de la prisión, los programas de remisión, otros medios de solución de conflictos, el resarcimiento, las conferencias de familia y los servicios comunitarios" (El Cairo, 1995, A/Conf. 169/16, p. 26 y 27).

Sobre las conferencias de familia y los servicios comunitarios urbanos reflexionaremos brevemente en la parte siguiente. Ahora nos limitamos a ofrecer un resumen de las respuestas o soluciones no privativas de libertad que, durante los 12 meses de 1995, la Diputación Foral de Guipúzcoa llevó a cabo para resolver los conflictos juveniles de los menores de 18 años, en cumplimiento de lo que establece el artículo 172 del Código Civil. (Cuadro 9).²

Cuadro 9

Distribución de menores por edad.
Situación en Guipuzcoa a 31.12.1995

Años	0-3	4-6	7-10	11-14	15-18	+ 18	Total
Guarda	6	11	28	55	52	4	156
A solicitud de los padres	2	2	6	18	21	0	49
Por asunción de tutela	4	8	20	32	28	2	94
Por acuerdo judicial	0	0	1	5	3	2	11
Acogida de urgencia	0	1	1	0	0	0	2
Acogimiento familiar	15	21	27	34	32	2	131
Con consentimiento padres	4	6	6	6	7	0	29
Padres desconocidos	3	1	0	0	0	0	4
Sin consentimiento padres	8	14	17	12	7	1	59
Confiamiento familiar	0	0	3	14	15	1	33
Familia de apoyo	0	0	1	2	3	0	6
Total	21	32	55	89	84	6	287

Fuente: Servicio de Programas Especializados, Sección de Infancia y Juventud, Diputación Foral de Guipúzcoa, 1995.

⁽²⁾ A Luis M^a Bandrés, Diputado de Servicios Sociales, y a Ignacio Iragorri les agradezco su importante e inteligente colaboración.

4. Los menores infractores educandos y recreandos más que los adultos delincuentes

4.1 *La ciudad, nueva protagonista de prevención, educación y recreación*

Las estrategias para proteger y tratar a los menores infractores que causan peligro y a los menores que están en peligro son, o deben ser, siempre y en todas partes más esperanzadoras que las dirigidas a los delincuentes adultos. Estos ya están maduros, "hechos"; los adolescentes están madurando, haciéndose. Sí, lo que tanto se repite (y olvida) del arbolito joven que se puede enderezar ... En pocas palabras, a los jóvenes que están en riesgo y a los que infringen la ley penal se les puede prevenir, educar y repersonalizar de manera distinta, más fácil y eficazmente, que a los delincuentes mayores de edad.

Hoy, y más aún mañana, tales estrategias preventivas y resocializadoras deben ser polivalentes. Con sólo intentos parciales y fragmentarios poco se logra. Las NN.UU. y el Consejo de Europa desean que se proyecten y pongan en práctica programas globalizantes centrados en el entorno escolar, familiar y urbano.

Entre las Resoluciones aprobadas en el Noveno Congreso de las NN.UU. sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente (El Cairo, 1995), merece nuestra atención la Resolución 7 sobre "El niño como víctima y autor de delitos y el programa de justicia penal: del establecimiento de normas a la adopción y aplicación de medidas". En esta Resolución se insta a los Estados a que adopten iniciativas para introducir en las escuelas métodos de docencia y programas que fomenten la no violencia, el respeto mutuo y la tolerancia, así como programas que aumenten la confianza de los estudiantes en sí mismos y su amor propio y que les enseñen a resolver sus controversias de manera pacífica. También se les insta a facilitar y fomentar la educación escolar (y adulta) por métodos positivos y no violentos, con información de los códigos de ética y medidas de autocontrol sobre la violencia, y tendentes a aumentar el respeto a su dignidad, desalentando la perpetuación de valores que inducen a la violencia. (Cfr. A/Conf. 169/16, 12 de mayo de 1995, p. 25 s., y las Reglas 38 y ss. de las Reglas de las NN.UU. para la Protección de los Menores Privados de Libertad, de 14 de diciembre de 1990).

Se ha de intensificar más la política de prevención, sanción y repersonalización de los menores infractores (y de las víctimas) desde y hacia la política familiar y urbana: la familia es el nido donde se enseña a volar y donde se troquela la estructura psicológica fundamental de la persona. Como escribió Aristóteles (*Ética a Nicómaco*, 1.162 a, 6-7) "los padres dan a su hijo el ser, el sustento y la socialización".

Urge aliviar la situación de las familias disfuncionales o de las familias caracterizadas por la falta de disciplina o una disciplina irregular o excesiva, o en las que haya una alta probabilidad de malos tratos o la ausencia de *modelos paternos y/o maternos* positivos.

Después de la familia, la ciudad es el centro de la acción, información y formación personal-comunitaria. En este campo trabaja novedosa y eficazmente la *Délégation Interministérielle à la Ville et au Développement Social Urbain*, en Francia. (Cfr. Thilo Firchow, "Elementos de presentación del sistema legal de protección de la infancia en Francia", en la revista *Eguzkilore*, San Sebastián, n. 9, 1995, p. 17 ss.; Idem, "Institution Judiciaire et Développement Social Urbain. Approches théoriques de l'intervention judiciaire dans le champ de la politique de la ville", ponencia presentada en el Seminario Internacional, celebrado en San José de Costa Rica, en noviembre de 1994, sobre "Delincuencia juvenil: las respuestas judiciales y extrajudiciales"; Daniel Vidal, "Le territoire de l'alterité", en el libro compilado por Sylvia Ostrowetsky, *Sociologues en ville*, edit. L'Harmattan, Paris, 1996, p. 45 ss.; Friedhelm Mensing, "Municipio, ciudad y medio ambiente: ¡Por una mejor calidad de vida urbana!", *Boletín Inter-Naciones*, Bonn, 1996).

Las comunidades o zonas urbanas en que impera la violencia son terreno de cultivo para las infracciones y victimaciones individuales y grupales de los menores. Conviene revitalizar esas zonas urbanas para infundirles esperanzas en forma de oportunidades concretas para los jóvenes; que éstos no adopten estilos de vida infractores, sino que participen estrecha e intensamente en las actividades tendientes a reformar los vecindarios empobrecidos, y en otros planes polifacéticos de resurgimiento local. La estructuración de programas culturales y recreativos contribuye a unir a los jóvenes y a proporcionarles medios e ideales para que puedan dar rienda suelta a sus energías. Cabe pensar en proyectos concretos comunitarios, para que menores y jóvenes participen ayudando a los demás y recibiendo ayuda; programen y protagonicen ellos nuevas intervenciones comunitarias en sus "sub-sistemas" sociales, deportivos, docentes, culturales, de ocio, de voluntariado asistencial, etcétera.

Así mismo, urge la promoción de una nueva y mayor responsabilidad de la ciudadanía y las entidades urbanas, con la participación del conjunto de la sociedad circunstante. Quede claro que la filosofía que se halla detrás de esta orientación es que la prevención de la desviación juvenil no constituye un asunto exclusivo de los responsables de la justicia penal y de la "globalidad", sino que involucra radicalmente a los diversos sectores de la vida urbana.

Esto conlleva la necesidad de reflexionar sobre una innovadora concepción de la persona en cuanto miembro activo de una ciudad que se hace y rehace cada día como fruto de una actividad de todos y cada uno de sus miembros cercanos. En Europa, y especialmente en Francia, adquiere un significado rico y dinámico la palabra *partenaire*. Resurge del griego "hetaireia", "etes", que indica la amistad, la solidaridad, la unión y la comunión de aquellos que pertenecen a la misma tribu. Tal como la comentan los especialistas (por ejemplo, Jordi Estivill, "Le partenariat: un nouveau mot européen", *Service Social dans le Monde*, 1995, p. 17-22, 58-73), destaca el hoy naciente y creciente proceso en el que diversos agentes, de naturaleza distinta, sin perder su especificidad, se comprometen para

realizar una obra común que es más que la suma de sus acciones, o que cada uno de ellos no podrían llevar a cabo, o que difiere de lo que ellos hacen, y que implica peligros y beneficios que ellos comparten.

También en Francia están alcanzando amplia acogida los *Observatoires de la Délinquance et de sa Prévention*, en las ciudades cuya población oscila alrededor de los 150.000 y 200.000 habitantes. Quizás deba crearse en San Sebastián y en otras ciudades semejantes algún Observatorio similar al *Observatoire de la Délinquance et de sa Prévention dans l'agglomération paloise*, que dirige el profesor Reynald Ottenhof en Pau (41 rue Bonado, 64000 Pau), con investigaciones de notable valor preventivo y reeducador.

No han de olvidarse la teoría y la praxis de los programas del Ocio. Puede servir de paradigma el Master que, desde hace años, se desarrolla en la Universidad de Deusto-Bilbao.

En pocas palabras, la escuela, la familia y la ciudad pueden y deben llevar a cabo programas globalizantes para prevenir a los menores en riesgo, para sancionarles con medidas no penales sino recreadoras ("juveniles"), para ilusionarles e integrarles en la comunidad urbana más que privarles de libertad o castigarles. A las leyes y las instituciones para los menores compete, ante todo, la utopía del "segundo nacimiento". (A. Beristain, *Ciencia penal y criminología*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 162 ss.). Para lograrlo, hemos de programar con más imaginación.

4.2 Las NN.UU. for imaginative programs

Del 5 al 8 de octubre 1996 las NN.UU. celebraron, en Courmayeur (Mont Blanc), una conferencia internacional, en cooperación con *United Nations Office* de Viena, *Crime Prevention and Criminal Justice Division*, *United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute* de Roma, *International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences* de Siracusa. El tema central fue Migration and Crime. Global and Regional Problems and Responses. En la información que se nos repartió previamente a los participantes se llamaba la atención sobre la imposibilidad de solucionar con sólo respuestas del Derecho penal tradicional los ingentes problemas de la criminalidad en cada día más millones de emigrantes y refugiados, y se insistía en la urgencia de nuevas estrategias imaginativas, especialmente en el campo de tantos jóvenes desterrados de su patria, víctimas de una trágica situación cultural y laboral. Textualmente leemos: Nor can the problem of crime be solved by criminal justice measures alone. There is a need for imaginative programs of integration of the migrants, *especially the youth* (subrayado mío), in both the labour market and in the cultural sphere.

No olvidemos que, como indica Ferrajoli, el Derecho penal, aunque rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política, más todavía si se aplica a los menores.

Bibliografia

- Alfred BLUMSTEIN, "Violence by Young People: Why the Deadly Nexus?", *National Institute of Justice. Journal*, Washington, agosto 1995, p. 2 ss.
- Emilio CALATAYUD PEREZ y otros, *Legislación básica sobre menores infractores*, Comares, Granada, 1995.
- Robert CARIO, *Jeunes Délinquants. A la recherche de la socialisation perdue*, L'Harmattan, París, 1996.
- Jocelyne CASTAIGNEDE, "Image de la délinquance chez les jeunes: résultats d'une recherche transfrontalière", *Revue internationale de Criminologie et de police technique*, vol. XLIX, n. 1, 1996, p. 80-93.
- COUNCIL OF EUROPE, *Jeunes adultes délinquants et politique criminelle*, Les éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1994.
- IDEM, *European Convention on the Exercise of Children's Rights*, Strasbourg, 25.01.1996.
- José Luis de la CUESTA ARZAMENDI y Esther GIMENEZ-SALINAS, "Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España", en *Libro-Homenaje al Prof. José Ramón Casabó* (en prensa).
- DIRECCION DE ESTUDIOS Y DOCUMENTACION DE LA SECRETARIA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Bibliografía sobre Menores, *Ciencia Policial*, n. 31-32, julio-octubre 1995, Instituto de Estudios de Policía, Madrid, p. 199-215.
- FUNDACION ABOGADOS SIN FRONTERAS, *Código de los derechos del niño*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- FUNDACION ENCUESTRO, *Derechos del niño y familia en Europa*, Madrid, 1987.
- Jaume FUNES i ARTIAGA, Director, *Mediación y justicia juvenil*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1995.
- Vicente GARRIDO GENOVES, *Pedagogía de la delincuencia juvenil*, Ceac, Barcelona, 1989.
- Esther GIMENEZ-SALINAS, "Die neusten Reformen in der spanischen Jugendkriminalpolitik", en *Festschrift für Horst Schüler-Springorum*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1993, p. 396-411.
- Augusto J. IBAÑEZ, Julio Andrés SAMPEDRO, *Temas de Derecho procesal penal*, Pontificia Universidad Javeriana, Santafé de Bogotá, 1995.
- Josine JÜNGER-TAS, "Prevención de la delincuencia, Justicia de Menores y protección de los jóvenes: enfoques de las políticas y tendencias", *Infancia y Sociedad*, n. 23, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1993, p. 21 ss. y 154 ss.
- Günther KAISER, "Jugendkriminalität", *Kriminologie*. 9. Auflage, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, p. 339-358.
- Gerardo Miguel LOPEZ HERNANDEZ, *La defensa del menor*, Tecnos, Madrid, 1987.
- Félix LOPEZ SANCHEZ y otros, *Actuaciones frente a los malos tratos y desamparo de menores*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995.
- N. NEUDEK, "La giustizia minorile; il ruolo delle Nazioni Unite", en *Esperienze di giustizia minorile*, 1995, 91-110.

- Cristina RECHEA y otros, *La delincuencia juvenil en España. Autoinforme de los jóvenes*, Universidad de Castilla-La Mancha y Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- Antônio SANCHEZ GALINDO, *El derecho a la readaptación social*, Depalma, Buenos Aires, 1983.
- IDEM, "La crisis de la prisión y el abuso del poder", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo XLV, enero-abril 1995, Núms. 199-200, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Laura SANCHEZ OBREGON, *Menores infractores y Derecho penal*, Porrúa, México, 1995.
- Jesús María SILVA SANCHEZ, "La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, marzo 1996, p. 38-53.
- Javier URRRA PORTILLO, *Menores, la transformación de la realidad. Ley Orgánica 4/1992*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1995.
- Maryse VAILLANT (Comp.), *De la dette au don. La réparation pénale à l'égard des mineurs*, París, 1995.
- L. WALGRAVE, "Violence des jeunes: miroir des adultes", *Les politiques sociales*, n. III et IV, Service Social dans le Monde, Bruxelles, 1995, p. 93-100.

5. CRIMINOLOGIA

5.1

LA CONSIDERACION DEL COMPORTAMIENTO DE LA VICTIMA EN LA TEORIA JURIDICA DEL DELITO

Observaciones doctrinales y jurisprudenciales
sobre la “victimo-dogmática”

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

SUMARIO: 1. Introducción. Las aportaciones de la victimología y su consideración en la Política criminal, en la teoría de las sanciones penales y en la teoría del delito – 2. La “victimo-dogmática” postura mayoritaria. Consideración del comportamiento de la víctima en la determinación judicial de la pena del autor – 3. La “victimo-dogmática”: postura minoritaria. Consideración del comportamiento de la víctima como fundamento de una eventual exención de responsabilidad del autor. El principio de “autorresponsabilidad” – 4. Valoración de las posturas. Toma de posición – 5. ¿Argumentos “victimo-dogmáticos” en la legislación y en la jurisprudencia penal españolas?: 5.1 Breve alusión al consentimiento. La “concurrency de culpas” y la “autopuesta en peligro”; 5.2 La “imputación objetiva” en los delitos dolosos; 5.3 La estafa; 5.4 Los delitos contra la libertad (amenazas coacciones). La violación intimidatoria; 5.5 Delitos contra la intimidad. Otros problemas relativos a los delitos sexuales. El tema de la provocación (art. 9.5.º CP derogado en 1983); 5.6 La legítima defensa y situaciones próximas; 5.7 La construcción jurisprudencial del “delito provocado”.

Resumo: O autor oferece amplo estudo do que denomina vitimologia, analisando a reparacão do dano segundo o comportamento da vítima. Argumenta que, em alguns casos, a imprudência da vítima pode baixar o grau de punição do agente. Examina o direito penal mínimo e oferece julgados da jurisprudência da Espanha.

Palavras-chave: Vitimologia – Direito penal e processo penal – Reparacão de dano – Comportamento da vítima – Princípio da proporcionalidade – Direito penal mínimo.

1. Introducción. Las aportaciones de la victimología y su consideración en la Política criminal, en la teoría de las sanciones penales y en la teoría del delito

En la historia del Derecho penal es posible distinguir dos grandes fases en cuanto a la relevancia del papel de la víctima. Inicialmente, en el Derecho romano

(*) Artigo publicado nos *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid, 1993.

primitivo, en el Derecho de los pueblos germánicos y, en alguna medida, en el Derecho medieval, fue posible asistir a lo que se conoce como "edad de oro" de la víctima. En tales épocas, en parte también por la confusión existente entre el Derecho civil y el Derecho penal, la reacción al ilícito (también al delito) quedaba prácticamente en manos del sujeto pasivo del mismo, o de sus allegados, quienes devolvían la ofensa sobre la esfera jurídica del sujeto activo (sus bienes jurídicos o los de sus familiares) de modo ni siquiera coincidente con una genérica proporcionalidad en los términos del *ius talionis*.¹ Era éste el Derecho penal de la "venganza privada".² Progresivamente, sin embargo, se produce la consolidación del Derecho penal como Derecho público y, con el advenimiento del Estado moderno, es ya posible hablar de que el ejercicio del *ius puniendi* constituye un monopolio de las instituciones del Estado. Asimismo, tiene lugar la creciente diferenciación entre Derecho civil y Derecho penal, como disciplinas que se ocupan, respectivamente, de la relación entre delincuente y víctima (en lo relativo a la correspondiente pretensión indemnizatoria) y de la relación entre delincuente y Estado.³

El tránsito de un Derecho penal con connotaciones privadas a un Derecho penal público tuvo indudables ventajas, tanto en términos de pacificación social como en objetivización, imparcialidad y proporcionalidad. Sin embargo, y en lo que aquí interesa, con él dio comienzo también un largo proceso de postergación de la víctima en el Derecho penal. Así, el delito se define básicamente en el marco de una relación entre individuo y Estado, ya sea como infracción de normas estatales, ya como lesión de bienes jurídicos, cuya protección se estima presupuesto necesario de la convivencia en sociedad. También está ausente la víctima de la definición de la pena y de sus finalidades: la pena es un castigo por el comportamiento delictivo que cumple finalidades de prevención general y especial (y no satisfactivas). Por fin, el proceso penal constituye básicamente el mecanismo para la imposición de la sanción estatal y no para atender a las cuestiones privadas.⁴

(1) Cfr. Kunkel: *Historia del Derecho romano* (trad. J. Miquel) 5. ed., Barcelona 1975, p. 37-38.

(2) García-Pablos de Molina: "La resocialización de la víctima. Víctima, sistema legal y política criminal", en *Criminología y derecho penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Prof. Antônio Beristain*, San Sebastián 1989, p. 193-197, p. 194. Como señala, por lo demás, Ortega Carrillo de Albornoz, *De los delitos y las sanciones en la Ley de las XII Tablas*, Málaga 1988, p. 24: "la venganza lleva consigo un factor psicológico muy atractivo e inconfesable que consiste en devolver mal por mal, golpe por golpe; sólo entonces el individuo que ha sufrido la ofensa estará satisfecho".

(3) Sobre esto Roxin: *La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones*, mecanografiado de la ponencia defendida en el Seminario hispano-alemán celebrado en Barcelona el 11 de marzo de 1992, p. I. Vid. asimismo Roxin *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, en Schöch (comp.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, München 1987, p. 37-55, p. 39.

(4) Schneider: "La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal", en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián 1989, p. 379-394, p. 379.

Sin embargo, todo ello, instituido con la loable finalidad de obtener una justicia penal objetiva y desapasionada en la que queden debidamente garantizados los derechos del sujeto activo del delito, ha relegado a la víctima a la condición de mero objeto, neutro y pasivo, sobre el que recae el delito. Ya no se trata sólo de que la intervención jurídico penal no dé satisfacción a los auténticos intereses de la víctima, sino que en ocasiones incluso supone un daño adicional para la misma (la llamada "victimización secundaria").

Todo lo anterior, por significativas que sean las excepciones que admite,⁵ puede afirmarse de modo general. Y es ello mismo lo que propicia tanto el nacimiento de la Victimología como el contenido de las que hasta ahora han sido sus aportaciones.⁶ Estas se concretan en dos grandes bloques de consideraciones.

Por un lado, y en la línea de lo acabado de manifestar, la Victimología informa de que el funcionamiento del sistema jurídico-penal policíaco, Derecho, proceso y, más tarde, del sistema social en su conjunto, además de no facilitar la intervención

(5) Por referirnos sólo al Derecho español, hay que señalar que, si bien los delitos son, en principio, perseguibles de oficio, algunos de ellos se entienden como perseguibles a instancia de parte, exigiendo bien una querrela (por ejemplo art. 467, III, CP), o bien una denuncia de la persona agraviada o de otras instancias en representación de la misma (art. 443, I, II y III; art. 487 párrafo penúltimo), lo que atribuye a la víctima cierta disposición sobre el comienzo del proceso y, en el caso de la querrela, sobre su prosecución. Además, incluso en los delitos perseguibles de oficio es posible constituirse en acusación particular. En otro orden de cosas, una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal es el perdón del ofendido (art. 112, 5.º), que opera en los delitos antes referidos (art. 443, IV y V, art. 467, IV y art. 487 *in fine*), excepto en el de violación (art. 443 *in fine*).

En lo que se refiere a la satisfacción de los daños resultantes del delito, existe como es sabido, en nuestro derecho la institución de la responsabilidad civil derivada de delito (art. 19 CP), que puede dilucidarse en el propio proceso penal. Pese a tratarse de una figura de naturaleza jurídico-civil, parece claro que cumple una muy importante función político-criminal, tanto de prevención de conductas delictivas futuras, como ante todo, de pacificación de la situación conflictiva surgida entre autor y víctima. De ahí que esta institución se halle profusamente regulada en el Código Penal. Es éste un punto en el que el sistema penal español se ha adelantado a la tendencia internacional de los años ochenta (sobre ello cfr: Silva Sánchez, "Innovaciones teórico-prácticas de la victimología en el Derecho penal", en Beristain/De la Cuesta (comp.) *Victimología*, San Sebastián 1990, p. 77 y ss, 78-79).

(6) Cfr. de modo general Landrove Diaz: *Victimología*, Valencia 1990, p. 26 y ss. sobre el surgimiento del movimiento victimológico. También Schüler-Springorum, *Über Victimologie*, Festschrift für R. M. Honig zum 80. Geburtstag. Göttingen 1970, p. 201-215. Neuman: *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no-convencionales*. Buenos Aires 1984. Haesler: "Einführung" en *Viktimologie* (ed. Haesler) Grisch (Suiza) 1986, p. 5. Schultz: "Kriminologische und strafrechtliche Bemerkungen zur Beziehung zwischen Täter und Opfer", *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* (SchwZStr) 71 (1956), p. 171-192, p. 174 ss. También Ebert: "Verbrechensbekämpfung durch Opferbestrafung?", *Juristenzeitung* (JZ) 1983, p. 633-643.

de la víctima como sujeto activo, suele depararle otros perjuicios adicionales a los que representa el hecho de haber sufrido el delito.⁷ En primer lugar, por la vía de la llamada "victimización secundaria", que, en algunos delitos puede ser casi tan grave como la primaria: es éste el caso de los delitos sexuales, por ejemplo, en los que en ocasiones las defensas adoptan estrategias de culpabilización de la víctima.⁸ En segundo lugar, porque es frecuente que se frustren las expectativas de obtener un resarcimiento del daño sufrido en el delito: aunque se produzca una sentencia condenatoria para el autor, éste es a menudo insolvente, o incluso la condena refuerza su situación de insolvencia, y el Estado carece por el momento de mecanismos para atender a las necesidades de reparación de la víctima.⁹

Por otro lado, sin embargo, la Victimología ha mostrado que la víctima no es siempre un mero objeto pasivo sobre el que "casualmente" recae el delito, sino que en ocasiones éste es producto de una cierta interacción entre el autor y ella misma.¹⁰ Esta apreciación, obviamente, admite muy diversos grados, pero ha permitido afirmar de modo general que existen ciertas víctimas que contribuyen a la producción de la lesión del bien jurídico del que son titulares, pudiendo ser estimadas, en un sentido amplio, al menos parcialmente corresponsables de tal lesión.¹¹

Al primero de los dos bloques de análisis victimológicos efectuados se ha reaccionado en términos relevantes, aunque todavía insuficientes, tanto en el ámbito del Derecho penal material como en el procesal. Así cabe constatar la promulgación de recomendaciones del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas, como también de leyes nacionales en Estados Unidos, Alemania, Francia, Gran Bretaña, Italia, Bélgica.¹² Todas ellas, encaminadas bien a proteger a la víctima de los daños que pueda sufrir en la fase procesal, bien a garantizar la obtención por la víctima de una indemnización de modo seguro y no dependiente de la eventual solvencia del autor. Precisamente, en esta misma línea de tratar de dar respuesta a los planteamientos de la Victimología (entre otras cuestiones) se sitúan las nuevas

(7) García-Pablos de Molina: *Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, p. 194 y 197.

(8) Henry/Bayer: "Blaming the victim". *Die Schuldumkehr in Vergewaltigungsprozessen*, en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* (Msch-Krim) 1985, p. 340-347, p. 341.

(9) García-Pablos de Molina: *Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, p. 194.

(10) García-Pablos de Molina: *Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, p. 195. Landrove Diaz: *Victimología*, Valencia 1990, p. 40.

(11) Así, W. Hassemer: "Rücksichten auf das Verbrechenopfer". *Festschrift für U. Klug zum 70. Geburtstag*, II Köln 1983, p. 217-334, p. 223. Schünemann: "Die Zukunft der Viktimodogmatik: die viktimologische Maxime als umfassendes Prinzip zur Tatbestandseingrenzung im Strafrecht", *Festschrift für H.J. Faller*, München 1984, p. 357-372, p. 362.

(12) Con detalle, Schneider: *Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, p. 382, 383, 385 y 391. Schünemann: "Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege", I, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ) 1986, p. 193-200. Silva Sanchez: en Beristain/De la Cuesta (comp). *Victimología*, p. 79-81.

tendencias que tratan de incluir la reparación como tercera consecuencia jurídico-penal, junto a las penas y a las medidas de seguridad, ordenada al cumplimiento de los fines del Derecho penal (así, el *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* alemán de 1992). Asimismo, las propuestas en el sentido de recurrir a vías extrajudiciales de conciliación para resolver el conflicto suscitado por determinados delitos: de ellas se espera la evitación de la victimización secundaria, así como de las técnicas exculpatorias del autor (las llamadas “técnicas de neutralización”) que suelen tener un sentido inculpatario de la víctima y, en todo caso, alejan de modo irreversible a ésta del autor.¹³

En lo que sigue, sin embargo, no nos ocuparán tales reacciones. Aquí interesa, por el contrario, estudiar cuáles son las consecuencias que ha tenido el segundo bloque de consideraciones de la Victimología: a saber, el relativo a la existencia de víctimas que, de uno u otro modo, contribuyen a la lesión del bien jurídico.¹⁴ Son estas consecuencias las que han permitido que un sector de la doctrina alemana se manifieste proclive a la construcción de una “Victimo-dogmática”, o, expresado en otros términos, a la introducción de la “perspectiva victimológica en la dogmática penal (*Viktimo-dogmatik, viktimologischer Ansatz*)”.¹⁵

2. La “victimodogmática” postura mayoritaria. Consideración del comportamiento de la víctima en la determinación judicial de la pena del autor

Habíamos expuesto más arriba que la Victimología constata la existencia de ciertas víctimas que contribuyen a la producción del hecho delictivo y pueden calificarse, en mayor o menor medida, de “concausales” del mismo. Tomando esto como base, la primera consecuencia que cabe extraer es la necesidad de incidir sobre los referidos grupos de víctimas con el fin de eliminar su “predisposición victimal”; ello, como se advertirá, no es otra cosa que la adopción de medidas de Política Criminal encaminadas a la prevención del delito que, en este caso, discurri-

⁽¹³⁾ Cfr. Silva Sánchez: en Beristain/De la Cuesta (comp.) *Victimología*, p. 231-232. Detalladamente, Conseil de L'Europe: *La position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale*. Strasbourg 1985, p. 24.

⁽¹⁴⁾ Sobre ello, entre otros, Gulotta: *La vittima*, Milano 1976, p. 30 y ss., 76 y ss., 80 y ss.; Kiefl/Lamneck: *Soziologie des Opfers*, München 1986, p. 56 y ss.; Neuman, *Victimología*, p. 57 y ss., 64 y ss.

⁽¹⁵⁾ Una de las primeras aportaciones se encuentra en Schünemann: “Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts”, *Festschrift für P. Bockelmann zum 70. Geburtstag*. München 1979, p. 117-132, p. 130. Ya lo advierte como una auténtica “tendencia” Kuper: “Entwicklungstendenzen der Strafrechtswissenschaft in der Gegenwart. Die Festschrift für Paul Bockelmann”. *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA) 1980, p. 201-219, p. 217. Como se advertirá, la posibilidad de una “victimodogmática” sólo es concebible en una teoría del delito abierta a las ciencias empíricas y sociales, y no encerrada en sí misma como construcción lógico-abstracta.

rían por el lado de las víctimas.¹⁶ La Victimodogmática, en cambio, trata de examinar hasta qué punto (y en qué términos) el reconocimiento de la existencia —en algunos supuestos delictivos— de víctimas que contribuyen al hecho delictivo puede conducir a afirmar que éstas son corresponsables del mismo (por haber contribuido a él con actos dolosos o imprudentes) y, seguidamente, influir —en sentido atenuatorio o incluso eximente— en la responsabilidad criminal del autor.¹⁷

Así las cosas, lo primero que cabe advertir es una cierta perplejidad por el giro que las aportaciones de la victimología adquieren al tomarse como punto de partida de la Victimodogmática. En efecto, todo el empeño de la *nueva Victimología* se centra en la adopción de medidas encaminadas a lograr una mayor protección, tanto en el ámbito del Derecho material como en el del Derecho procesal, para la víctima del delito. En la victimodogmática, sin embargo, partiendo de determinaciones de la Victimología más clásica, la que clasifica las víctimas según tipologías, se trata de dilucidar si un determinado comportamiento de la víctima ha de repercutir favorablemente en la valoración jurídico-penal del comportamiento del autor.¹⁸ De ahí que algunos entiendan que la victimodogmática se aparta por completo de las tesis de la moderna victimología,¹⁹ o incluso le achachen que procede a una culpabilización de la víctima (*blaming the victim*), a una inversión de papeles entre las dos partes del hecho criminal.

Sin embargo, para evitar que se obtengan conclusiones precipitadas, lo primero que debe ponerse de manifiesto es que las mencionadas tesis no constituyen una novedad radical en el mundo de nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, sino que, a lo sumo, lo que sucede es que proceden a teorizar, o a “racionalizar”, algo que, en diferente medida, ya ha sido tenido en cuenta, aunque sólo fuera de modo inconsciente o intuitivo, en aquéllas. Así, en efecto, una lectura superficial de los Códigos penales de nuestro entorno muestra que, en ocasiones, los legisladores han tenido en cuenta diversas formas del comportamiento de la víctima a

(16) Sobre ello, W. Hassemer: U. Klug-FS, p. 228-229.

(17) A pesar de las observaciones de, entre otros, Amelunxen, *Das Opfer der Straftat*, Hamburg 1970, p. 54. Scheneider, *Viktimologie. Wissenschaft vom Verbrechensopfer*, Tübingen 1975, p. 185. Ebert: JZ 1983, p. 639-640, lo cierto es que el estudio de las relaciones entre autor y víctima a los efectos de su repercusión agravatoria en la responsabilidad penal del primero desempeña un papel muy marginal entre las ocupaciones de la Victimodogmática. En este sentido, Arzt: *Viktimologie und Strafrecht* en MSchrKrim 67 (1984), p. 105-124, p. 107. Hillenkamp: *Vorstzst und Opfferverhalten*, Göttingen 1981, p. 1 y p. 192. W. Hassemer, U. Klug-FS, p. 229-230, que entiende incluso que lo último queda fuera del propio principio victimológico.

(18) Seelmann: “Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik”. Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA) 1989, p. 241-256, p. 241-242.

(19) Por ejemplo, Larrauri Pijuan: “Victimologia: Qui són les víctimes? Quins són els seus drets?. Quines són les seves necessitats?”. en AA.VV. “De les causes del delicte a la producció del control. El debat actual de la criminologia”. Barcelona 1992, p. 133-157, p. 142-143.

los efectos de eximir o atenuar el autor. A título meramente ejemplificativo, y con independencia de que después debamos ocuparnos de ellos con más detalle, recuérdense ahora los preceptos que atribuyen eficacia eximente o atenuante, según los bienes jurídicos de que se trate, al consentimiento del sujeto pasivo;²⁰ los que atenúan en caso de provocación del mismo;²¹ la propia institución de la legítima defensa;²² o algunas disposiciones que permiten prescindir de la imposición de pena o del cumplimiento de la condena.²³ Por lo demás, las repercusiones del comportamiento de la víctima en la responsabilidad del autor no sólo han sido tomadas en consideración por los legisladores. También la jurisprudencia y la doctrina han seguido este camino, restringiendo la responsabilidad criminal del autor en virtud de construcciones que podemos denominar "supralegales" que tienen su base en una determinada configuración del comportamiento de la víctima.²⁴ Ello, de modo señalado en los delitos imprudentes. A este respecto, la teoría de la imputación objetiva ha permitido negar en muchos casos la imputación del resultado producido a la conducta del autor, por haber mediado un comportamiento de la víctima que ha contribuido causalmente a la producción del resultado (argumentos de la prohibición de regreso, interrupción de la realización del riesgo creado en el resultado: Risikozusammenhang etc.). En otros supuestos, se ha llegado incluso a degradar o hacer desaparecer la propia infracción del deber de cuidado del autor. Además, también en los delitos de omisión se ha tenido consciente o inconscientemente presente el comportamiento de la víctima a efectos de exención.²⁵

(20) Cfr., por ejemplo, párr. 226 a StGB alemán; art. 50 C.p. italiano; art. 149 C.p. portugués; art. 428 C.p. español. Con efectos atenuantes en delitos contra la vida vid., por todos, párr. 216 StGB alemán. Sobre este último precepto, cfr. R. Hassemer: "Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik", Berlin 1981, p. 86-87.

(21) Por ejemplo párr. 213 StGB alemán; art. 64.3 del StGB suizo, que atenúa "wenn der Täter durch das Verhalten des Verletzten ernstlich in Versuchung geführt wurde (...)"; recuérdese también la atenuante española del art. 9.5.º C.p.: "la de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido", derogada en la reforma de 1983.

(22) Que, desde luego, puede explicarse desde una perspectiva "victimológica": cfr. R. Hassemer: *Schutzbedürftigkeit*, p. 82 y 89. En efecto, el agresor, además de poner en peligro los bienes del agredido, en muchos casos está poniendo en peligro los suyos propios (abandonando su protección), pues la reacción defensiva del agredido es previsible.

(23) Así, por ejemplo, el párr. 174, IV StGB que permite recurrir a la institución del "Absehen von Strafe" en determinados delitos sexuales cuando, a la vista de la conducta del sujeto pasivo, el injusto es mínimo (Cfr. sobre este caso Jung/Kunz: "Das Absehen von Strafe", nach párr. 174, IV StGB, NStZ 1982, p. 409-413, p. 410). También en la Sección 7.01 párr. 2 del *Model Penal Code* (citado por Schneider, *Viktimologie*, p. 186) que permite algo similar en los casos, en general, en que la víctima llevó al hecho o facilitó su realización.

(24) O de terceros, lo que aquí interesa menos.

(25) Cfr. Schüler-Springorum: "Über Viktimologie", Festschrift für R.M. Honig zum 80. Geburtstag, Göttingen 1970, p. 201-215, p. 214; también la obra básica de Frisch, P:

Con todo, pese a que, como se ha podido comprobar de modo sumario, consideraciones materialmente "victimológicas" están ya presentes en los Códigos penales y en las construcciones doctrinales y jurisprudenciales, lo cierto es que la teorización que aporta la denominada "víctimo-dogmática" ha hecho surgir una significativa polémica. En ella, lo primero que puede advertirse es la dificultad que plantea la adopción de posturas maximalistas de uno y otro signo. No en vano Monika Frommel alude, respecto al mismo, a la existencia de un "dilema víctima-dogmático". En efecto, en este punto cualquiera de las dos soluciones extremas resulta insatisfactoria. Si, rechazando la tesis central de la Víctimo-dogmática, se prescinde del comportamiento "concausal" de la víctima a la hora de analizar la responsabilidad del autor, resulta imposible eludir la indeseable consecuencia de que es posible que estemos sobrecargando penalmente a un sujeto (el autor), a quien no cabe imputar el hecho delictivo por completo. Imponer la pena en tales términos implicaría una clara vulneración de principios como el de proporcionalidad y prohibición de exceso, el de fragmentariedad en la protección de bienes jurídicos e incluso el de necesidad de la intervención penal. Algo que privaría de legitimidad a dicha intervención. Ahora bien, por otro lado, descargar de responsabilidad al autor a costa de la víctima, aduciendo la "corresponsabilidad" de ésta en la lesión del bien jurídico del que es titular, puede generar fenómenos muy negativos. Así, cabe que propicie y potencie las antes aludidas "estrategias de inculpación" de la víctima e incluso, en el caso extremo, genere una inversión fáctica de los papeles de autor y víctima. De este modo, se observa que la insistencia en argumentos de esta índole podría favorecer la aparición de sentimientos de culpabilidad en la víctima y el surgimiento de un clima social de tensión en el que todo el mundo podría ver en el prójimo un agresor y en sí mismo una víctima favorecedora o provocadora. Sobre los perjuicios psicológicos y sociales que derivarían de ello no parece necesario insistir.²⁶

Dada esta ambivalencia, parece claro que lo más prudente es adoptar soluciones matizadas. Soluciones cuya adopción pasa, en primer lugar, por la distinción entre delitos dolosos e imprudentes. En los delitos imprudentes, se afirma, la concurrencia simultánea de una imprudencia en la víctima junto a la del autor

"Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten", Berlin 1973, p. 155 ss. De modo general, Schumann: "Strafrechtliches Handlungssunwert und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen", Tübingen 1986, p. 1-2. Sobre todo ello, además, entendiendo que la relación autor-víctima se configura de modo muy diferente en los delitos dolosos, por lo que a éstos no les sería aplicable el mismo razonamiento, Hillenkamp: "Vorsatztat", p. 10 y ss. Sobre el tema del decaimiento del deber genérico de socorro o de los deberes de garantía a consecuencia de una conducta del titular del bien jurídico dirigida conscientemente a la autolesión (suicida, por ejemplo), cfr. Neumann: "Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des Opfers", Juristische Arbeitsblätter (JA) 1987, p. 243-256, p. 248 nota 28.

(26) Frommel: "Opferschutz durch hohe Strafdrohungen? Der vergiftete Apfel vom Baume des Punitivismus", MschKrim 1985, p. 350-359, p. 351.

puede conducir a rebajar el grado de la infracción del deber de cuidado cometida por éste o incluso a excluir la propia existencia de tal infracción. En este mismo ámbito, la "corresponsabilidad" de la víctima puede conducir a negar la imputación del resultado producido a la conducta del autor.²⁷ Ahora bien, ¿cuándo puede hablarse de corresponsabilidad (Mitverschulden, en la terminología alemana)? Un ejemplo del derecho penal del tráfico puede contribuir a esclarecerlo: el supuesto en el que la víctima del accidente de circulación provocado por la imprudencia de otro conductor no llevara ceñido el correspondiente cinturón de seguridad. En tal caso, las consecuencias sufridas no se imputarán en su totalidad al autor, porque se deben también a la imprudencia (omisión de medidas de autoprotección) cometida por la víctima.²⁸ Ello se puede decir que constituye prácticamente un principio general, aplicable incluso a los delitos dolosos: si, de modo simultáneo o posterior a la conducta del autor, tiene lugar una intervención de la víctima, mediante acciones u omisiones dolosas o gravemente imprudentes, que determina una agravación del resultado previsible, dicho resultado más grave no será imputable objetivamente al autor. Naturalmente, los límites concretos de la aplicación de este criterio son discutidos.²⁹ Así por ejemplo, es cuestionable la forma concreta en que tiene que configurarse la intervención de la víctima para producir tales consecuencias. Pero existe amplio consenso en relación con uno de los supuestos más extremos: las "omisiones" dolosas o gravemente imprudentes de la víctima. En favor de que incluso éstas rompan la relación de imputación objetiva entre el resultado y el comportamiento del autor se han pronunciado explícitamente clásicos como Binding y Ortmann, y autores modernos como Otto, Burgstaller y Schmidhäuser.³⁰ Por último, y por lo que respecta a los delitos de omisión, se ha planteado si subsiste el deber de actuar, y cabe por tanto fundamentar una responsabilidad a título de omisión pura o de comisión por omisión, según los casos, cuando la propia víctima rechaza tal actuación (esto es, no desea ser salvada). El tema ha sido profusamente discutido a propósito de casos de suicidio o de rechazo al tratamiento. Y, aunque no puede hablarse de una solución admitida de modo amplio, son cada vez más los autores que responden negativamente a la cuestión de la subsistencia del deber de actuar (y, consiguientemente, de la responsabilidad penal del omitente), por entender que la conducta de salvación es inexigible en tales condiciones o que la negativa de la víctima a ser salvada

(27) P. Frisch: "Das Fahrlässigesdelikt", p. 155 y ss, 161; Hillenkamp: "Vorsatztat", p. 10 y ss. En España, el muy interesante trabajo de Torio Lopez: "Significación dogmática de la 'compensación de culpas' en Derecho penal", en AA.VV., Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor. Santiago de Compostela 1989, p. 709-723.

(28) Stree: en Schönke/Schröder, "Strafgesetzbuch Kommentar". 24. ed. München 1991, pár. 46 n. marg. 24.

(29) Jakobs: "Strafrecht", AT, 2. ed., Berlin 1991, 7. Abschn. n. marg. 59.

(30) Cfr. sobre ello SILVA SANCHEZ: "Preterintencionalidad y otras cuestiones en la nueva Jurisprudencia del Tribunal Supremo", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP) 1985, p. 194-205, p. 196 notas 8 y 9.

rompe la relación de garantía. Todo ello, claro está, siempre y cuando nos hallemos ante decisiones adoptadas de modo libre y responsable.³¹

En todo caso, sin embargo, en la década de los ochenta el problema fundamental no se ha planteado a propósito de los delitos imprudentes, ni de los delitos de omisión, sino concretamente a propósito de los "delitos dolosos de comisión activa". En relación con éstos, se ha ido conformando una opinión moderada, que entiende que el comportamiento de la víctima puede considerarse de modo general en el ámbito de la medición de la pena, produciendo una atenuación de la responsabilidad del autor, aunque siempre dentro del marco penal típico.³² El fundamento de tal postura radicaría en que, en ocasiones, el comportamiento provocador o concausal de la víctima puede disminuir el contenido de antijuricidad (dañosidad social) del hecho del autor, o la culpabilidad del mismo (posibilidad de recibir en condiciones normales la motivación de la norma). Sin embargo, en ningún caso se admite que pueda sobrepasarse la mera atenuación, salvo que ello haya sido previsto expresamente por la ley. Precisamente con el fin de proporcionar ayuda al juez en su misión de determinar la pena en los casos que nos ocupan, Hillenkamp ha elaborado un catálogo de situaciones atenuantes tomando como punto de partida los escasos supuestos contemplados por la ley y operando por analogía.³³ Más allá de esta atenuación analógica no se podría ir, según este punto de vista, salvo en virtud de una reforma legislativa. Esta, que en algún punto llega a estimarse incluso conveniente, habría de tener lugar por la vía de la inclusión de un precepto genérico en la Parte general del Código, o a través del recurso general a la institución del "Absehen von Strafe" (par. 60 StGB alemán), en la que el tribunal renuncia por razones político-criminales a imponer la pena.³⁴

La posición moderada que se acaba de caracterizar sucintamente se ha convertido pronto en dominante en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas. Estas, en efecto, han entendido que el comportamiento de la víctima resulta perfectamente encuadrable en los principios de la determinación judicial de la penal del párrafo 46 StGB, dado que éstos no constituyen un catálogo cerrado.³⁵ Así, es convicción generalizada la de que debe atenuarse la pena del autor cuando la comisión del hecho se ha visto favorecida por la falta de control de la víctima sobre el sujeto

(31) Cfr. Neumann, JA 1987, p. 248 y nota 28.

(32) Así, sobre todo, Hillenkamp: "Vorstatz", p. 9, 211, 310 etc. El mismo Hillenkamp: "Der Einfluss des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat - einige Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Viktimologie und Dogmatik". Bielefeld 1983, p. 18 y ss. En esta línea, Schüler-Springorum: "Honig-FS", p. 209; aparentemente, también Ebert: JZ 1983, p. 638-639. Por lo demás sobre esta cuestión, en general, Maack: "Opfer und Strafzumessung. Ein Beitrag zur Systematik und Dogmatik der richterlichen Strafzumessung", Stuttgart 1983.

(33) Hillenkamp: "Vorsatz", p. 240 y ss.

(34) Hillenkamp: "Vorsatz", p. 315-316.

(35) Stree: en Schönke/Schröder, "Strafgesetzbuch Kommentar", 24. ed. pár. 46 n. marg. 24.

activo o por haber incitado a aquél a cometerlo.³⁶ En este punto se citan como ejemplos la violación provocada por la víctima³⁷ o la apropiación indebida facilitada por la falta de vigilancia sobre un empleado. Recientemente, Roxin, en su Tratado, rechaza también la generalización y absolutización del “principio victimológico”, y, aunque con matices, parece mantenerse en el mismo plano de la relevancia exclusivamente atenuatoria del comportamiento de la víctima.³⁸

3. La “victimo-dogmática”: postura minoritaria. Consideración del comportamiento de la víctima como fundamento de una eventual exención de responsabilidad del autor. El principio de “autorresponsabilidad”

Frente a la postura moderada expuesta, un sector doctrinal pretende atribuir mayor relevancia al comportamiento de la víctima a la hora de determinar la responsabilidad penal del autor. La idea central de este planteamiento es la de entender que el “enfoque victimológico”, puesto en contacto con los principios generales inspiradores –y limitadores– de la intervención penal, puede conducir no sólo a una atenuación, sino incluso a una total exención de responsabilidad del autor.³⁹ En otras palabras, se estima que dicha exención es consecuencia directa de los principios de fragmentariedad, subsidiariedad y *ultima ratio*. En otro orden de cosas, se considera que un abandono de las consideraciones victimo-dogmáticas al ámbito –de arbitrio judicial– de la medición de la pena implicaría la práctica inoperancia de las mismas.⁴⁰ Así, los esfuerzos de este sector minoritario de la doctrina se han dirigido a la elaboración de un principio –el denominado “principio de autorresponsabilidad” (Selbstverantwortungsprinzip)– que esté en condiciones de desempeñar una doble función. Por un lado, inspirar futuras re-

⁽³⁶⁾ De modo general Lackner: “Strafgesetzbuch mit Erläuterungen”, 9. ed. München 1991, p. 46 n. marg. 35.

⁽³⁷⁾ Sobre la relevancia atenuatoria de casos próximos al consentimiento en el acto sexual (oposición en el último momento; negativa sólo frente a aspectos espaciales, temporales o modales del acto sexual), Horn en Rudolphi/Horn/Samson: “Systematischer Kommentar zum StGB” (SK), 4. ed. Neuwied/Kriffel 1989, p. 46 n. marg. 102 y, sobre todo, p. 178 n. marg. 20. También Dreher/Tröndle: “Strafgesetzbuch und Nebengesetze”, 45. ed. München 1991, p. 46 n. marg. 33: atenuación de la violación de una prostituta que inicialmente se mostraba conforme con el acto sexual, así como en casos de provocación o seducción por la víctima.

⁽³⁸⁾ Roxin: “Strafrecht AT”, I München 1992, p. 14, III n. marg. 15-24.

⁽³⁹⁾ En tal sentido ya Schultz: SchwZStr 71 (1956), p. 189; también Neumann: “Victimología”, p. 252; Schuh: “Viktimologie. Der fatale Zusammenhang zwischen Widerstand und Anziehung”, en “Viktimologie” (ed. Haesler), p. 31-39, p. 33. Fundamental, Schünemann: Faller-FS, p. 371; Arzt: MschKrim 67 (1984), p. 110.

⁽⁴⁰⁾ Así, Schünemann: “Einige Vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes in der Strafrechtsdogmatik”, en “Das Verbrechensoffer in der Strafrechtspflege” (ed. H.J. Schneider) Berlin/New York 1982, p. 407-421, p. 409. En contra Hillenkamp: “Vorsatztat”, p. 215 y ss.

formas legislativas (perspectiva *de lege ferenda*). Por el otro, presidir la tarea interpretativa de los tipos, propiciando restricciones teleológicas de los mismos, con la consiguiente exclusión de ciertas conductas del ámbito de lo penalmente relevante (perspectiva *de lege lata*).⁴¹ La pretensión es que la conducta del autor deje de ser penalmente relevante (quede fuera del tipo) cuando la víctima no se ha comportado conforme al referido principio de autorresponsabilidad, permitiendo que se produjera la lesión del bien jurídico, cuando la evitación de ésta era algo que se encontraba en su propio ámbito de competencia.

El referido "principio victimológico" (o de autorresponsabilidad) no se construye inductivamente,⁴² sino más bien por vía deductiva, derivándose de otros principios más generales limitadores del *ius puniendi* estatal. En la base de esta opción dogmática se halla una concepción político-criminal liberal que trata de reducir al máximo la intervención del Derecho penal. De conformidad con esto, se señala que de la naturaleza subsidiaria del Derecho penal cabe desprender su carácter secundario o accesorio no sólo respecto a otros medios del Estado, sino también respecto a posibles medidas de autoprotección del individuo-sujeto pasivo.⁴³ Los partidarios de esta tesis sostienen, pues, que la víctima tiene un "deber de autoprotección". Este, ciertamente, no alcanza niveles desmedidos, sino que se refiere únicamente a la adopción de medidas posibles, razonables, usuales y exigibles. A partir de ahí, sin embargo, la infracción de tal deber —esto es, la omisión de las mencionadas medidas— implicaría para la víctima el no-merecimiento —o, mejor, la falta de necesidad— de la protección penal (ésta no sería *Schutzbedürftig*). En definitiva, si la víctima, pudiendo y debiendo autoprotegerse, en los términos antes mencionados, no lo hace, el autor puede llegar a quedar exento de toda pena por el hecho, hecho que, en tales condiciones, se atribuiría preferentemente a la víctima.

A tal concepción del "principio victimológico", capaz, como se ha dicho, de eximir de responsabilidad penal al autor (por atipicidad) a consecuencia de determinados comportamientos de la víctima, se le han dirigido no pocas críticas. Estas se basan en la consideración general de que ningún comportamiento de la víctima puede tener entidad suficiente para dejar a la misma privada de toda protección penal; en consecuencia, carecería de sentido abrir "espacios de libertad" (exenciones de responsabilidad) al autor a costa de la víctima. Los argumentos centrales de esta tesis crítica son dos. El primero, de índole metodológica; el segundo, centrado en los efectos político-criminales de tal doctrina. Desde la

(41) Schünemann: "Das Verbrechensopfer", p. 410, alude a ambas funciones. En la primera no se dan excesivos problemas [vid. al respecto Hillenkamp: "Vorsatztat", p. 315 y ss.]; la segunda es la que ha provocado básicamente la discusión.

(42) Schünemann: "Das Verbrechensopfer", p. 410, entiende que las escasas referencias legales al respecto antes permitirían una argumentación "a contrario" que analógica. Analógico es, pese a todo, el proceder de Hillenkamp: "Vorsatztat", p. 240 y ss, cuando construye circunstancias victimológicas que sirvan de guía al juez en la medición de la pena.

(43) Schünemann: "Das Verbrechensopfer", p. 411-412; Hassemer, R.: "Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik", Berlin 1981, p. 35, 51, 89 y 98.

perspectiva metodológica, se ha señalado que no es posible, sin base legal, restringir los tipos para excluir de ellos la conducta del autor en los casos de comportamiento "favorecedor" de la víctima. El Código penal, se ha llegado a decir, no es sólo la *Magna Charta* del delincuente, sino también la de la víctima. La tesis criticada, al restringir el tenor de los tipos sobre la base de consideraciones victimológicas, privaría a la víctima de la seguridad jurídica consistente en saber si en el caso concreto continúa estando protegida o no.⁴⁴ El segundo argumento, el relativo a los efectos político-criminales de la argumentación victimo-dogmática, es el más insistentemente repetido. Con base en él se ha puesto de relieve que la tesis minoritaria daría lugar a un clima social de desconfianza hacia el Derecho y a un retorno a formas de justicia (venganza) privada.⁴⁵ En efecto, se aduce que dicha tesis se asienta en una errónea concepción del principio de subsidiariedad y de la noción de *última ratio*. Dicho principio se refiere tan solo a la relación entre el Derecho penal y otros mecanismos del Estado, y no, en cambio, a la relación entre el Derecho penal y eventuales medidas defensivas de la víctima.⁴⁶ Precisamente, una de las funciones esenciales del Derecho penal es la de pacificación, que consiste en evitar un clima social general en el que todos se vean como enemigos potenciales y sientan la necesidad de protegerse al margen del Derecho.⁴⁷ Por otro lado, se indica que las tesis victimo-dogmáticas de la postura minoritaria favorecen, abriendo espacios de juego, a quienes agreden dolosamente, produciendo dos consecuencias político-criminales indeseables a las que ya se ha aludido: la "revictimización" de la víctima y la aparición de "tendencias exculpatorias" en el autor.⁴⁸ En fin, se apunta que una coherente generalización del argumento victimo-dogmático podría llevar a que el Estado tuviera que prescindir genéricamente de la pena, debido al carácter criminógeno que nuestra sociedad tiene y que determina que la misma contribuya en medida importante a la producción de los delitos de los es víctima global.⁴⁹

4. Valoración de las posturas. Toma de posición

Las observaciones críticas que acabamos de transcribir tienen, sin duda, enjundia. Sin embargo, a mi entender, difícilmente pueden poner en tela de juicio la premisa mayor del enfoque victimológico. Como apunta Schünemann, ¿acaso

⁽⁴⁴⁾ Hillenkamp: "Vorsatztat", p. 130 y ss., p. 145 y ss; Hillenkamp: "Der Einfluss", p. 12-13. También Roxin AT, párr. 14. III, n. marg. 19, rechaza que en la base de nuestro Derecho penal se halle el principio victimológico y, en consecuencia, tampoco acepta la tesis de que el legislador hace depender el merecimiento o la necesidad de pena del autor de que la víctima haya hecho uso de los medios de protección exigibles.

⁽⁴⁵⁾ Hillenkamp: "Vorsatztat", p. 205 y ss. Roxin, AT párr. 14, III, n. marg. 21.

⁽⁴⁶⁾ Hillenkamp: "Der Einfluss", p. 14; Roxin, AT, párr. 14. III, n. marg. 20.

⁽⁴⁷⁾ Lenckner, Schönke/Schröder: "Strafgesetzbuch Kommentar", 24. ed., n. marg. 70 b previo al párr. 13.

⁽⁴⁸⁾ Hillenkamp: "Der Einfluss", p. 16.

⁽⁴⁹⁾ Hillenkamp: "Der Einfluss", p. 15.

puede el Derecho penal sancionar cuando la conducta del autor, en sí misma considerada, no contiene un peligro relevante de lesión de bienes jurídicos, sino que adquiere dicho carácter peligroso sólo a consecuencia de determinados comportamientos de la víctima?⁵⁰ Respondida esta pregunta en términos negativos, como parece obligado, tampoco parecen objetables, en lo esencial, ni el método de su puesta en práctica ni sus repercusiones político-criminales. No lo es el método, porque las restricciones teleológicas que conlleva no implican la atipicidad de hechos encuadrables en el "núcleo conceptual" (*Begriffskern*) de los términos legales; al contrario, afectan solamente al "campo conceptual" (*Begriffshof*) de los mismos, zona cuyo alcance es discutible desde perspectivas gramaticales.⁵¹ Y dentro de ese ámbito gramatical, la restricción de los tipos puede fundamentarse desde perspectivas de proporcionalidad y protección fragmentaria de los bienes jurídicos. No lo son, por otro lado, las consecuencias político-criminales, porque la función de protección de los individuos y pacificación social no le corresponde sólo al Derecho penal, sino a todo el Ordenamiento jurídico. De modo que una "retirada" del Derecho penal no implica necesariamente la ausencia de una protección jurídica en el caso concreto.⁵² Precisamente, la regla es (y debe ser) lo contrario: que la regulación y resolución de la mayoría de los conflictos sociales tenga lugar al margen del Derecho penal, quedando éste reservado para los hechos más graves, en los que su intervención pueda calificarse de necesaria y proporcionada.⁵³ Ocurre, sin embargo, que los contradictores de la Víctimo-dogmática han interpretado que el "principio victimológico" también podría ser de aplicación en uno de los más tradicionales núcleos de lo penal: los delitos violentos (*Gewaltdelikte*). Pero, con ello, han ido en la crítica más allá de lo que los partidarios de la Víctimo-dogmática pretendían defender.

Los referidos autores, en efecto, suelen partir de la distinción entre *Beziehungsdelikte* (delitos de relación) y *Zugriffsdelikte* (delitos de intervención),⁵⁴ estimando aplicables sus observaciones tan sólo a los primeros. Estos, a diferencia de los segundos, requieren para su consumación una determinada contribución de la víctima. Pues bien, si esta contribución se produce, en el caso concreto, con infracción de deberes usuales y exigibles de autoprotección, el autor puede quedar exento de responsabilidad criminal (siempre, naturalmente, en opinión de los partidarios de la tesis minoritaria de la orientación victimo-dogmática).

A mi juicio —y valorando defensas y críticas de la perspectiva victimológica— un correcto entendimiento de ésta última debe partir de las consideraciones que

(50) Schünemann: "Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege", II, NStZ 1986, p. 439-443, p. 442.

(51) Schünemann, *Ibidem*.

(52) Amelung, Recensión de la obra de Hillenkamp: "Vorsatztat und Opferverhalten". GA 1984, p. 579-583, p. 581.

(53) Por ejemplo Hassemer, R.: "Schutzbedürftigkeit", p. 54-55.

(54) Por ejemplo, Hassemer, R.: "Schutzbedürftigkeit", p. 54-55.

siguen. En primer lugar, en el momento legislativo de la incriminación de conductas, es preciso tener en cuenta que la función del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos de modo fragmentario, esto es, sólo contra aquellas agresiones que son lo suficientemente graves para que la intervención penal se estime ineludible, necesaria y proporcionada. Ello, por de pronto, significa que no basta con la producción de un hecho antijurídico (atentatorio contra bienes jurídicamente protegidos) para legitimar dicha intervención. Al contrario, debe valorarse si el hecho es merecedor de pena, penalmente antijurídico, para lo cual hay que ponderar los argumentos favorables (de necesidad de protección) y contrarios (de restricción de derechos individuales) a la incriminación. Dicha ponderación, cuyo resultado se expresa en la tipicidad, se halla presidida por consideraciones teleológicas (materiales) relativas a los fines del Derecho penal en la sociedad.

Una vez practicada la tipificación —la incriminación general de una clase de hechos— la determinación por el intérprete de los límites de ese tipo, esto es, la decisión acerca de qué conductas concretas pueden ser encuadradas en el mismo y cuáles no, debe estar presidida por las mismas consideraciones teleológicas. Así, no habrá que estimar típica una conducta cuando, pese a que la misma quepa dentro del sentido literal posible del tenor legal, ello se opondría a los referidos fines del Derecho penal: evitar la hipertrofia punitiva, proteger sólo fragmentariamente los bienes jurídicos, lograr, en suma, una “intervención penal mínima”. La atención a estos fines permite, como se advierte, restricciones de alcance de los tipos, que adquieren así una lógica funcional superadora de las aparentes arbitrariedad e irracionalidad mostradas por la interpretación gramatical. Dicha lógica funcional es la que determina que, por vía interpretativa, se hayan introducido —como límites de la tipicidad— las ideas de riesgo permitido, adecuación social o insignificancia.

Ahora bien, ¿cómo integrar en el esquema anterior la perspectiva “victimológica”? A mi juicio, ello exige un planteamiento en parte diferente del que suelen proponer los defensores alemanes de la tesis minoritaria de la *Victimo-dogmática*. De las afirmaciones de éstos parece desprenderse, en efecto, que la no adopción de medidas de protección por el sujeto pasivo determina la pérdida por el mismo de la protección penal. Esto último, sin embargo, aunque luego se corrija, limitándolo a los “delitos de relación”, no puede sino producir una cierta perplejidad. En efecto, todo lo anterior podría conducir a pensar que hay deber de oponerse a las agresiones (de hacerlo activamente, por muchos límites que se quieran introducir aquí: medidas razonables, usuales, exigibles...). Y si esto fuera realmente lo que se sostiene, asistiría la razón a las críticas que apuntan hacia una posible ruptura de la paz social y a un renacimiento de formas de justicia privada. En efecto, según entiendo, en la sociedad constituida en Estado se ha cedido a éste último, la función policial y, consiguientemente, el monopolio del uso de la fuerza. En tales condiciones, no veo posible concluir que la adopción de medidas activas de autoprotección (preventivas o reactivas) deba ser algo usual, razonable y exigible (por supuesto, me expreso en términos jurídicos y no prácticos). Por todo ello, estimo que un planteamiento satisfactorio de la perspectiva victimológica debe pasar, más que por la distinción entre “delitos de relación” y “delitos de

intervención", por una adecuada precisión del contenido de las mencionadas "medidas de protección". En efecto, frente a lo señalado líneas atrás, sí puede verse como algo exigible—al menos, en cierta medida—el que no se realicen actos—dolosos o imprudentes—que directa o indirectamente puedan redundar en una lesión de los propios bienes jurídicos por terceros. Esto es, que no se favorezca conscientemente la puesta en peligro ni se intensifique conscientemente el grado del mismo al que están sometidos los bienes jurídicos de los que es titular. Claro está que ello significará que la eventual "responsabilidad" de la víctima sólo empezará cuando, no ya ante un riesgo genérico e indiferenciado, sino ante un riesgo concreto y relevante cualitativa y cuantitativamente, se opta por exponerse al mismo. Quienes ni siquiera adopten esta mínima medida, cuando el proceso lesivo de los bienes jurídicos de los que son titulares se encuentra en su propio "ámbito de responsabilidad" difícilmente podrán sostener que el hecho ha sido "cosa del autor" tan sólo y que, por tanto, éste ha de ser sancionado de modo pleno. Pero, en el contexto de mi exposición, la atenuación o exención de pena al autor no aparece como algo arbitrario, ni como una "venganza" del Derecho penal contra víctimas cuya desidia les lleva a no autoprotegerse. Al contrario, este "redescubrimiento" de la víctima y de su contribución al hecho delictivo propicia una distinción entre las aportaciones que han realizado al hecho el autor y la víctima con la consiguiente atribución de ámbitos de responsabilidad a uno y a otra. Así, evita la posible imputación al autor de todos los efectos lesivos derivados (en sentido puramente causal) de su conducta. Una imputación que, con la correspondiente pena, contradiría los principios de fragmentariedad y proporcionalidad, al representar la sanción de hechos que en sí no son especialmente graves y que sólo adquieren virtualidad lesiva (o más lesiva) a partir de la interacción con la víctima. Tales principios, y no el de subsidiariedad, son los que pueden fundamentar de modo convincente la postura más amplia en relación con las tesis victimo-dogmáticas.

En el "enfoque victimológico" de la teoría del delito, a cuyo origen empírico (criminológico) aludimos al principio, pueden, así, advertirse coincidencias con una perspectiva de naturaleza teórico-dogmática. En efecto, y contra lo que algún autor ha pretendido, la adopción del principio victimológico no implica la necesidad de construir un nuevo concepto de injusto,⁵⁵ sino que resulta perfectamente compatible y coherente con una concepción de lo injusto *ex ante*. Ello, porque es precisamente al volver la atención sobre el comportamiento de la víctima cuando se advierte que la conducta del autor en sí, o no era cuantitativamente relevante (por falta de "cantidad" de riesgo), o no era cualitativamente relevante (por falta de significación típica: ej. era un riesgo permitido, consentido...) o era, sí, típica, pero aparecía justificada. Así, cabe perfectamente concluir que un riesgo que *ex ante* (esto es, en todo caso, antes de

(55) Así, Kratzsch: "Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung", Berlin 1985, p. 100-101, integrado la perspectiva victimológica en una "concepción social del injusto", para la que ésta sería mucho más que la relación autor-norma.

haber podido acceder a la esfera de la víctima) se muestra como perfectamente inocuo para el ciudadano en cuestión (teniendo en cuenta las posibilidades de éste) es un riesgo típicamente irrelevante, un riesgo que no debe prohibirse bajo pena, si no se desea caer en hipertrofias punitivas.⁵⁶ Y ello, aunque el referido hecho peligroso cause efectivamente (perspectiva *ex post*) la lesión del bien jurídico. Con esta conclusión se advierte claramente la oposición existente entre la perspectiva victimológica (*interaccionista*) y el enfoque tradicional (causalista) de la teoría del delito, que lo entiende como un fenómeno lineal con un autor (agente) y una víctima pasiva a la que se causa un daño. Pero, a la vez, se comprueba cómo los modernos desarrollos de la teoría del delito concuerdan con las observaciones de la "Victimo-dogmática". Así, la teoría de la imputación objetiva, a partir de la diferenciación de un momento *ex ante* (creación de un riesgo relevante) y otro *ex post* (realización de ese riesgo, precisamente, en el resultado producido) constituye una de las vías más adecuadas para traducir en tesis dogmáticas las consideraciones victimológicas. El análisis del comportamiento de la víctima puede revelar la inexistencia de un injusto típico (de la conducta) o la imposibilidad de imputar el resultado concretamente producido a esa conducta antijurídica, también en los delitos dolosos. Con mucho mayor motivo, podrá sostenerse una relevante disminución del contenido de injusto del hecho.

Sin embargo, pese a todo lo señalado hasta aquí, conviene prevenir frente a lo que sería una afirmación demasiado categórica en el sentido de que los postulados de la victimo-dogmática pueden reconducirse perfectamente a la teoría de la imputación objetiva, sin que aquélla, por tanto, aporte nada nuevo. En primer lugar, porque el análisis de los propios argumentos de la doctrina de la imputación objetiva adquiere dimensiones propias cuando se efectúa desde perspectivas victimológicas: baste aludir aquí a la determinación del carácter bastante del engaño en la estafa o del carácter adecuado de la intimidación en delitos como las amenazas o la violación intimidatoria. Y, en segundo lugar, porque hay una gran vertiente de la victimo-dogmática (la que tiene que ver con todas las conductas "provocadoras", en sentido amplio, de la víctima) que evidentemente no puede resolverse mediante la teoría de la imputación objetiva y que, quizá precisamente por ello, resulta todavía más compleja que la anteriormente mencionada.

En todo caso, frente a este planteamiento, las objeciones de la doctrina dominante no parece que tengan valor concluyente. Así, no parece que tengan valor las apelaciones al Derecho penal como Magna Charta de la víctima cuando de lo que se trata no es de sobrecargar a ésta con deberes excepcionales de autoprotección,⁵⁷ sino de proceder a una distribución ponderada de responsabilidades según el criterio estricto de proporcionalidad, cual es el de las esferas de competencia o imputación. Tampoco cabe aludir a que nos hallemos ante un erróneo entendimiento del principio de subsidiariedad, puesto que las tesis victimo-dogmáticas pueden

⁽⁵⁶⁾ Sobre esto Schumann: "Strafrechtliches Handlungsunwert", p. 4-5.

⁽⁵⁷⁾ Lo ve, sin embargo de modo distinto Hillenkamp: "Der Einfluss", p. 12-13.

fundamentarse perfectamente a través de un entendimiento inobjetable de los principios de proporcionalidad e igualdad. En cuanto a las consecuencias político-criminales negativas, a saber, desconfianza y agresividad contenida entre los ciudadanos, revictimización del sujeto pasivo y favorecimiento de tendencias exculpatorias en el sujeto activo, procede señalar lo siguiente. En primer lugar, que tal desconfianza y agresividad recíprocas no tienen por qué producirse si de lo que se trata es de la adopción de las medidas de protección usuales y razonables, sin que nunca tengan que desembocar en una ingerencia en esferas jurídicas ajenas, sino, más bien, en hacer lo procedente dentro de la propia esfera de competencia. En segundo lugar, que no se trata de victimizar nuevamente al sujeto pasivo con una victimización secundaria, sino de reducir la "victimización" del delincuente a través de la pena a aquello de lo que realmente es responsable, sin cargar sobre él riesgos que proceden de otras esferas organizativas. En tercer lugar, que el surgimiento de tendencias exculpatorias en el sujeto activo es algo posible desde el momento en que existe en Derecho penal un sistema de eximentes y de tipos que han de ser interpretados para decidir si la conducta del sujeto es típica o no. Subrayado, pues, que la argumentación victimo-dogmática no reviste peculiaridad alguna desde esta perspectiva, procede también señalar que la restricción teleológica de los tipos que le serviría de vía tampoco ofrece dificultades insalvables: basta con que haya en el caso concreto la correspondiente justificación teleológica (esto es, basada en los fines a que debe responder la intervención del Derecho penal) y un asidero textual. Si todo esto concurre, y no cabe duda de que en buen número de casos así será, en los términos expuestos, no parece que sea decisiva otra objeción que ha sido formulada: *vgr.* la de que la argumentación Victimo-dogmática, al aseverar que la víctima ha "precipitado" el delito, no contempla la cuestión decisiva de si la víctima tenía derecho a comportarse como lo hizo.⁵⁸ En primer lugar, si la víctima no tiene derecho a comportarse como lo hizo, está clara la configuración de una situación de corresponsabilidad. Es más, si la víctima no tuviera tal derecho, la cuestión no sería sólo la de la atenuación o exclusión de la responsabilidad del autor, sino la de la medida en que debería ser sancionada la propia víctima, en vía civil, penal o administrativa. Pero, en segundo lugar, es discutible que, ante un riesgo claro y cuantitativamente relevante para los propios bienes jurídicos, quepa afirmar, sin más, que alguien tiene derecho a exponerse a ese riesgo sin que de ahí resulte consecuencia jurídica alguna. Por fin, ni siquiera la afirmación de que la víctima pueda tener derecho a favorecer, co-causar el delito implicaría que no pueda rebajarse la responsabilidad del autor en tales casos de contribución victimal (y un ejemplo evidente de ello es el consentimiento). Si la víctima, teniendo derecho a ello, ha aportado un 20% del riesgo típico, ello significa que, en atención al principio de proporcionalidad, al autor sólo se le podrá responsabilizar por el 80% restante. Por eso, las argumentaciones victimo-dogmáticas nada tienen que ver con un "blaming the victim". Más bien, analizan un caso peculiar de concurrencia de conductas de sujetos diferentes en el hecho

(58) Larrauri Pijoan: "De les causes del delict", p. 142, nota 12.

delictivo, tratando de valorar la exacta medida de la responsabilidad del autor en atención al riesgo que le es atribuible a éste. En esa medida, puede verse en ellas, que conducen a apreciar un contenido inferior (o nulo) de riesgo en el hecho del autor, la contrapartida de las agravaciones de pena que tiene lugar en los casos de alevosía, o de robo con fuerza, o de robo con violencia o intimidación, casos éstos de peligrosidad superior o adicional de la conducta del autor.

Por lo que se refiere al argumento *ad absurdum*, según al cual un coherente desarrollo de las tesis victimo-dogmáticas habría de llevar a la renuncia del estado a la pena, lo cierto es que, hay que atribuirle su parte de razón. En realidad, la mayoría de las modernas instituciones de la política criminal e incluso algunas construcciones dogmáticas, que en general tienden a una creciente restricción del ámbito y de la intensidad de lo punible, pueden hallar un buen fundamento en la constatación de la corresponsabilidad social en el delito (inexigibilidad, error de prohibición etc.). La propuesta alemana de despenalización del hurto en grandes almacenes (AE-GLD, 1974), en un ámbito en que el factor criminógeno está perfectamente determinado, da buena cuenta de ello.⁵⁹

5. ¿Argumentos “victimo-dogmáticos” en la legislación y en la jurisprudencia penal españolas?

5.1 Breve alusión al consentimiento. La “conurrencia de culpas” y la “autopuesta en peligro”

Expuestos en lo anterior los términos esenciales del debate sobre la Victimo-dogmática, resta, para finalizar, comentar en forma sucinta algunos ejemplos de utilización del razonamiento victimológico en la dogmática de la Parte General y de la Parte Especial del Código penal español. Tales ejemplos pueden hallarse ya en los propios delitos contra la vida o la integridad física. Así, nos encontramos en primer lugar con la significativa relevancia del consentimiento,⁶⁰ o de los casos de autopuesta en peligro y de conurrencia de culpas. En relación con esta última, pueden citarse sentencias como la de 26 de diciembre de 1989, ponente Díaz Palos (Rep. La Ley 10.649):

“... es lícito y obligado valorar las conductas concurrentes de todos los protagonistas del hecho, incluida la propia víctima, desplazando así el tema desde el plano de la culpabilidad al de la causalidad o, si se prefiere, desde el ángulo de la imputación subjetiva al de la imputación objetiva que le es más propio, aunque con la inevitable repercusión de éste en el primero, hasta el punto de que si la

⁽⁵⁹⁾ Aunque el argumento victimológico no fuera el único de la misma.

⁽⁶⁰⁾ Sobre todo en los delitos imprudentes, porque en los delitos dolosos contra la vida e incluso contra la salud es cuestión discutida. Vid., con todo, discutiendo el tema incluso para los delitos imprudentes, la STS de 17 de julio de 1990, ponente Bacigalupo Zapater (Rep. La Ley 11.171).

actuación del sujeto pasivo de la infracción se estima como causa decisiva y eficiente del resultado, habrá de reputarse la del sujeto activo como accidental y fortuita, esto es, inculpable, *como asimismo, si las conductas del imputado y de la víctima se revelan igualmente favorecedoras del resultado, según el juicio de prognosis posterior hecho por el juzgador, habrá lugar a imputar al primero su imprudente conducta, si bien adecuando el grado de culpa a la mayor o menor eficacia causal de su intervención...*".

En términos similares puede citarse, entre otras muchas, la STS de 8 de marzo de 1990, ponente Puerta Luis (Rep. La Ley 10.905), y, últimamente, la importante STS de 20 de febrero de 1993 (R. 5.052/90), ponente Conde-Pumpido Ferreiro. Esta, sentando doctrina de modo mucho más general, declara que:

"Respecto al comportamiento de la propia víctima es evidente que nadie debe favorecer conscientemente el incremento del peligro a que están sometidos los bienes jurídicos de que es titular, y si lo hace esa asunción del riesgo de la acción del agente influye sobre la imputación objetiva de tal acción. Pero sólo si puede reprocharse a la víctima por algún título -dolo o culpa- esa asunción del riesgo puede ésta tomarse en cuenta para atenuar o excluir la imputación objetiva. Pero tal asunción del riesgo implica el conocimiento de su existencia. Si no, no hay asunción, esto es, aceptación voluntaria o negligente del peligro, sino inconsciente inmisión en su esfera. Y la inmisión inconsciente en la esfera del peligro o la inocente colaboración a la producción del resultado es irrelevante en orden a la imputación objetiva, pues de otro modo quedarían impunes todo el grupo de los delitos llamados de 'relación' (*Beziehungsdelikte*), en los que la víctima coopera o acepta su producción (estafa, estupro, delitos de contagio etc)".

5.2 La "imputación objetiva" en los delitos dolosos

Sentado lo anterior a propósito de los delitos imprudentes, también cabe hallar pruebas de la utilización de argumentos victimo-dogmáticos en la imputación objetiva de delitos dolosos contra la vida o la salud. Ello ocurre sobre todo a propósito de la repercusión en la responsabilidad del autor de determinadas omisiones de la víctima (o de terceros, lo que aquí no interesa). Estas, en efecto, producidas cuando el proceso ha abandonado de modo definitivo la esfera de responsabilidad del autor, pueden determinar la imposibilidad de imputar el resultado al hecho de aquél. Aunque, por supuesto, el tema es discutido. Pero, en todo caso, pone de relieve que en algunos casos la víctima sí puede "estar obligada" a adoptar medidas activas de autoprotección: concretamente, cuando se trata de medidas curativas o paliativas que corresponden una vez que el proceso se halla en sus manos. Así lo entiende, por ejemplo, la STS de 6 de noviembre de 1986, ponente Manzanares Samaniego (Rep. La Ley 6.915). En el supuesto de hechos se habían causado a la víctima unas lesiones "... de las que debió tardar en curar 30 días, a no ser por una infección por falta de higiene personal, por lo que fue dado de alta a los 197 días, quedándole como secuela una resonancia anormal que le dificulta para dedicarse a sus ocupaciones habituales...".

Pues bien, en la sentencia la condena tiene lugar por el art. 422 CP (antigua redacción), relativa a las lesiones que tardan en curar entre quince y treinta días, por entenderse que ello era lo atribuible al autor, debiendo imputarse el plus de lesividad al comportamiento de la víctima. En realidad, ello es evidente para la doctrina contemporánea: si la víctima de una lesión deja sin cuidar la herida, o se la araña continuamente para obtener ventajas patrimoniales como beneficiaria de un seguro, por ejemplo, el autor no responde de las consecuencias ulteriores.⁶¹

5.3 La estafa

Si lo anterior parece claro, más evidente es la "obligación" de la víctima de no realizar conscientemente actos que supongan una creación o incremento del riesgo de lesión de los bienes jurídicos de que es titular. Esta tiene todo su sentido en los casos en que, para la producción de tal lesión, debe mediar, entre el hecho del autor y la misma, un acto de la propia víctima (los antes mencionados "delitos de relación"). Así, por ejemplo, en la estafa—acto de disposición de la víctima—o en la violación intimidatoria—acto de consentimiento—entre otros delitos que veremos a continuación.

El caso más significativo y que ha merecido mayor consideración doctrinal y jurisprudencial es el de la estafa. La doctrina, en efecto, se ha ocupado de aquellos supuestos de estafa que generalmente se conocen como "caso del estafador estafado" (por ejemplo, buen número de situaciones del llamado "timo de la estampita").⁶² Así, se ha concluido—teniendo muy presente el enfoque victimológico—que en los casos en que la víctima no se encuentra en una plena situación de error, sino en una de duda, en la que habría de informarse más y, no obstante ello, realiza el acto de disposición, decae la *Schutzbedürftigkeit*.⁶³ A la misma solución, sin embargo, puede llegarse a partir de la definición del art. 528 CP, según la cual la estafa requiere un "engaño bastante para producir error".⁶⁴ Ello es una

⁶¹ Jakobs, AT, 2. ed., 7. Absc n. marg. 59.

⁶² Cfr., por ejemplo, Arzt/Weber: "Strafrecht BT. LH 3. Vermögensdelikte (Kernbereich)". Bielefeld 1986, p. 134-135, n. marg. 379, 380 y 381, admitiendo la posible relevancia del Mitverschulden de la víctima.

⁶³ R. Hassemer: "Schutzbedürftigkeit", p. 166 y ss. Amelung: "Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug", GA 1977, p. 117, p. 6 y 17; Schünemann: "Das Verbrechensopfer", p. 416; Faller-FS, p. 363-364. Crítico Herzberg: "Funktion und Bedeutung des Merkmals 'Irrtum', en pár. 263 StGB", GA 1977, p. 289-298; ya antes Schüler-Springorum, Honig-FS, p. 212. En España Bajo Fernandez: "Manual de Derecho penal (Parte especial) II. Delitos patrimoniales y económicos". Madrid 1987, p. 182-193, estima que en los casos de "estafador estafado" debe apreciarse delito de estafa consumado, citando, no obstante, la opinión contraria de Huerta Tocildo.

⁶⁴ Cfr., por ejemplo Torio Lopez: "Acción y resultado típico en la estafa procesal", en libro Homenaje al profesor Antón Oneca. Salamanca 1982, p. 877-900, p. 884-886. Gomez Benitez: "Función y contenido del error en el tipo de estafa", ADPCP 1985, p.

muestra más de cómo las perspectivas de la imputación objetiva (con la consiguiente contemplación del hecho *ex ante*) y del enfoque victimológico coinciden en su delimitación de las aportaciones del autor y de la víctima a la lesión del bien jurídico. Como consecuencia de ello, la puesta de manifiesto del papel de la víctima puede conducir, en ciertos casos, a negar el propio injusto de la conducta en el hecho del autor y en otros, si no a tanto, sí a negar la imputación del resultado al referido hecho, es decir, que en unos casos cabrá apreciar sólo una tentativa punible del autor, y en otros ni siquiera eso. En efecto, si un engaño aparece *ex ante* como no-bastante para producir error, nos hallamos ante una conducta atípica (tentativa irreal) y la posterior realización por la víctima de un acto de disposición que la perjudique no puede modificar tal calificación. Y si se trata de un engaño "bastante" *ex ante*, pero la posterior intervención de la víctima rompe toda conexión entre el mismo y el resultado último, será la tipicidad de la tentativa y no la del delito consumado la que cabrá afirmar.

En este punto, como en general en toda la argumentación victimo-dogmática, un aspecto esencial es del baremo por el que habrá de regirse la determinación de la peligrosidad de la conducta del autor. Si se opta por un baremo subjetivista, extremadamente ceñido a las circunstancias individuales de la víctima, serán pocos —si es que alguno— los casos en que haya habido acto de disposición en que se rechace la estafa: pues el error y el acto de disposición en perjuicio propio o de tercero serían la prueba de que —para el sujeto pasivo en cuestión— el engaño fue bastante. En cambio, desde un baremo más objetivista o generalizador, podrán ser muchos más los casos en que pese a haberse producido el error y el acto de disposición perjudicial, pueda sostenerse que el engaño no fue bastante y que el perjuicio es imputable a la escasa diligencia de la víctima. El Tribunal Supremo adoptó inicialmente una postura de ambigüedad en esta disyuntiva. Así, por ejemplo, en sentencias como la STS de 25 de junio de 1976, ponente Vivas Marzal, se indicaba que

"El engaño debe tener, por regla general, la cualidad de eficaz para el logro de los fines defraudatorios si bien ciertos sectores doctrinales tratan de objetivar la entidad del mismo, atribuyéndole sólo tal calidad a los que fueren idóneos o aptos para inducir a error a personas de mediana cultura, a hombres de prudencia o sagacidad ordinarias, al 'buen padre de familia', 'a los ciudadanos medios' o finalmente 'al que observa normal diligencia', llegando a negar la eficacia y trascendencia del engaño cuando el sujeto pasivo demuestra una credulidad rayana en la necesidad, añadiendo que una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de la entrafía de la conducta ajena pueda llegar a considerarse consecuencia de censurable abandono, mientras que otros con más atinado y moderno criterio, estiman que la aptitud e

335-345, p. 340, entre otras; Valle Muñiz: "El delito de estafa", Barcelona 1987, p. 186, 189-190-191. Como estos autores apuntan, en el juicio acerca de cuándo el engaño es "bastante" (juicio de adecuación) debe tener presentes las condiciones del sujeto pasivo y sus reales posibilidades de autoprotección.

idoneidad del engaño, así como su eficacia, deben subjetivarse, reputándose relevante en tanto en cuanto haya bastado para inducir a error al sujeto pasivo, siendo de tal índole que oculte al perjudicado el carácter nocivo de su acto de disposición, añadiendo que la entidad de dicho engaño há de medirse no con cómputos objetivamente cuantitativos, sino en relación con su eficacia operativa real en el caso concreto, pues maniobras del más burdo contenido pueden ser idóneas si producen el resultado deseado gracias a la rusticidad o mínima cultura del sujeto pasivo”.

Por su parte, la STS de 16 de julio de 1987, ponente Díaz Palos, (Rep. La Ley 7.856), señalaba, en términos más matizados, que

“... hay que partir de una eficacia objetiva innata en el engaño para que pueda surtir sus efectos defraudatorios en persona de mediana perspicacia o que sea considerado como tal en la convivencia social (SS 25.06.1976 y 18.01.1983), lo que excluye aquellos supuestos en que el perjuicio se causó por la estúpida credulidad y extraordinaria indolencia de la víctima, hasta el punto de resultar fútil o absurdo dentro del normal actuar social (STS 21.05.1983). Ahora bien, habida cuenta de que el delito de estafa explota por regla general la confianza y buena fe de las gentes (citada S. 25 de junio de 1976), hay que completar el módulo objetivo con el subjetivo que toma en cuenta las condiciones personales del sujeto pasivo, de modo que haya que apreciar también el engaño *intuitu personae*. Se trata, por ende, de determinar si el engaño fue un ‘acto concluyente’ o una condición ‘cuantitativamente dominante’ para causar el error de la víctima y no que sea imputable en exclusiva a la reprochable negligencia de la misma. En otras palabras, se trata de reconducir el problema a la causalidad o, si se prefiere, al más amplio campo de la imputación objetiva, en la que además de exigirse en el engaño el atributo de *conditio sine qua non*, le adornen las cualidades de adecuación y relevancia en el sentido típico y, por tanto, se muestre de acuerdo con el discurrir y la marcha normal de la vida y el tráfico jurídico...”.

En el caso objeto de estudio, tales declaraciones sirvieron, no obstante, para negar la concurrencia de una falta de diligencia en las tres posibles víctimas de la estafa: el Banco titular de la tarjeta de crédito que la entregó al titular sin recoger previamente la firma; dicho titular, que demoró la denuncia de la sustracción de la tarjeta; y los comerciantes, que entregaron las mercancías compradas por el procesado, sin identificar previamente al titular de la tarjeta.

Sin embarco, con el paso del tiempo parecen adoptarse módulos crecientemente objetivizadores o generalizadores. Así, en la STS de 26 de octubre de 1988, ponente Moyna Ménguez (A. 8.397), F.J. 4.º, se señala que

“... el elemento primordial de la estafa es la conducta engañosa, consistente en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas, pero no toda maniobra fraudulenta —que aquí ha existido— puede dar motivo a la estafa: el engaño ha de ser bastante, según ha entendido la jurisprudencia, la doctrina y ahora la definición legal del art. 528 y tiene una doble medida: desde un punto de vista objetivo, se ha exigido que la maniobra defraudatoria revista

apariciencia de seriedad y realidad frente a personas de una mediana perspicacia e inteligencia, cuyas condiciones subjetivas han de ponderarse adecuadamente; y en el supuesto *sub iudice* los presuntos engañados no eran personas, por su nivel social y cultural, que pudieran entregar su confianza con imprevisión y ligereza...”

Lo que lleva a rechazar la calificación de estafa. Esta tendencia a la objetivización continúa, en lo que alcanzo a ver, con doctrinas como la sentada en la STS de 13 de noviembre de 1990, ponente Martin Pallin (Rep. La Ley 11.373), la cual, en su F.J. 4.º, concluye que

“... la manifestación de la procesada sobre la situación de las fincas no tiene entidad suficiente para constituir el engaño configurador del delito de estafa, ya que tratándose de cargas o gravámenes que existían en el Registro de la Propiedad, el querellante pudo y debió acudir a la Oficina correspondiente, amparándose en el art. 221 LH, que proclama que los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles, luego la manifestación falsa de la procesada carecía de relevancia y no pudo actuar sobre el ánimo del prestamista, por lo que al faltar este requisito esencial desaparece el delito de estafa...”

O, en la misma línea, incluso más claramente, la STS de 30 de octubre de 1992, ponente García Miguel (A. 8.615), la cual, en su Fundamento de Derecho único, indica que

“... el engaño ha de ser bastante para inducir a error por lo que no puede reputarse como tal la simple mentira o cuando el engaño sea, fútil, absurdo o inane dentro del normal modo de suceder las cosas en el diario discurrir de la vida o cuando la defraudación más que producto del engaño lo sea de un censurable abandono o de falta de haber empleado la corriente y usual diligencia, por lo que la falta de verdad cometida en la declaración exigida a un cliente por un banco como base para la concesión de un préstamo cuando los bienes ofrecidos en garantía, o, más exactamente declarados, como de la propiedad del prestatario son inmuebles, y el prestamista no ha adoptado la elemental medida de precaución de cerciorarse de si en realidad dichos bienes pertenecen a quien los incluye en la declaración prestada o si los mismos se hallan libres o sujetos a cargas que haga que, prácticamente, se hallen vacíos de contenido económico...” *no se estima suficiente para determinar la apreciación del delito de estafa.*

Con todo, debe subrayarse que esta tendencia a la objetivización del carácter bastante del engaño y, por tanto, a la imposición de deberes de diligencia a la víctima, no es uniforme. Así, en la línea justamente contraria se ha pronunciado la STS de 15 de diciembre de 1992, ponente Conde-Pumpido Ferreiro (Rep. La Ley 15.021-R), al señalar que

“... el engaño bastante a que se refiere el art. 528 CP ha de valorarse en función de los términos de la buena fe y la credibilidad propia del tráfico, y en todo caso, la valoración del engaño debe ser siempre una valoración *ex post*, pues de ese juicio *a posteriori* es de donde puede inducirse que el mecanismo mendaz

fue suficiente en el caso concreto para mover al destinatario del engaño a realizar un acto de disposición, sin que pueda excluir esa eficacia causal concreta del engaño la negligencia o falta de cuidado del engañado, que, a lo más, deberá tener su reflejo en otra vertiente, la de la reparación del perjuicio...".

Es ésta, como puede verse, una declaración radicalmente contraria a los postulados de las tesis victimo-dogmáticas, pero también a los de la imputación objetiva, pues en ella se hace derivar de la relación de causalidad entre el engaño y el correspondiente acto de disposición (perspectiva *ex post*) el carácter bastante de dicho engaño, que, obviamente, habría de determinarse *ex ante*, si es que se quiere dotar a dicho elemento de cierta autonomía y de auténtico significado político-criminal en el contexto del tipo de estafa. En todo caso, esta última sentencia no hace sino confirmar que el tema de la victimo-dogmática en la estafa dista de estar resuelto en uno u otro sentido.

5.4 Los delitos contra la libertad (amenazas, coacciones). La violación intimidatoria

Consideraciones próximas a las realizadas a propósito de la estafa cabe establecer a propósito de los delitos en los que se lesiona la libertad del sujeto pasivo. Así, en las coacciones y amenazas, en las que se afirma la existencia sobre la víctima de un cierto deber de no-ceder⁶⁵ (en la medida de sus posibilidades).⁶⁶ Todo lo cual coincide con la exigencia, propia también de las concepciones de la imputación objetiva, de que la amenaza revista una cierta seriedad, teniendo siempre en cuenta la situación del sujeto pasivo.⁶⁷ Como apunta Roxin, el requerir un cierto nivel de seriedad en la coacción responde a la necesidad de no incluir en el tipo supuestos cuya incriminación perturbaría el libre juego de las fuerzas sociales.⁶⁸ En la misma línea se sitúan los intentos doctrinales de restringir teleológicamente el tipo de violación intimidatoria. En España es conocida ante todo la tesis de Gimbernat. Según este autor, no toda amenaza que causa en la víctima una actitud de consentimiento al yacimiento carnal da lugar al delito del art. 429 CP, sino sólo algunas que, desde un punto de vista objetivo-general *ex ante*, muestran la suficiente gravedad. En otras palabras, si, tras una amenaza insignificante, la víctima acepta yacer para que el autor no la lleve a término, dicho autor, debido a la poca entidad de su amenaza, no podrá ser hecho responsable de violación intimidatoria. Se diría, en términos victimo-dogmáticos, que en tal caso el yacimiento es más imputable al comportamiento de la víctima que al del autor. Con todo, desde diver-

⁽⁶⁵⁾ Así, Arzt, MschrKrim 67 (1984), p. 113. Roxin: "Nota a la S. BGH de 13 de enero 1983 I StR 737-1981", en Juristische Rundschau (JR) 1983, p. 331-337, p. 335 y nota 12.

⁽⁶⁶⁾ Esto último no queda claro del todo en Schönemann: "Das Verbrechensopfer", p. 418 cuando alude a la exclusión del tipo de los casos de víctima "hipersensible".

⁽⁶⁷⁾ Por ejemplo, Muñoz Conde: Derecho penal PE, 8. ed., Valencia 1990, p. 142-143.

⁽⁶⁸⁾ Roxin, AT, pár. 14, III, n. marg. 22.

sos sectores doctrinales se ha objetado a este planteamiento su carácter generalizante, que prescinde de la existencia de víctimas más resistentes y otras más vulnerables a determinadas amenazas. Así, se ha propuesto una corrección en términos individualizadores de tal punto de vista, de modo que, a la hora de valorar la gravedad de la intimidación, se tengan en cuenta las reales posibilidades de resistir de la víctima, esto es, cuál era la "entidad real" de la amenaza "para ella".⁶⁹

Esta línea intermedia, sin duda necesitada de ulteriores concreciones, es la que se pone de manifiesto en sentencias como la STS de 27 de febrero de 1991, ponente Díaz Palos:

La intimidación no ha de entenderse de un modo tan radical "... que suponga una violencia moral generadora de una invencible inhibición psíquica, sino que basta que la fuerza o la intimidación, como en el supuesto frecuente de que se empleen ambas, sean eficaces y suficientes para doblegar la voluntad de la mujer. Lo fundamental es que la mujer acceda al yacimiento por un temor real, de manera que salvo supuestos extremos de pusilanimidad, interesa más la eficacia misma de la amenaza o vis moralis que el contenido del mal utilizado para la conminación (SS. de 21 mar. y 15 abr. 1988, 12 jun. y 20 nov. 1989 y otras muchas)".

Asimismo, la STS de 11 de diciembre de 1992, ponente Conde-Pumpido Ferreiro (Rep. La Ley 15.228-R):

"... El problema de la valoración relativa a la fuerza o intimidación que tipifica el delito de violación radica en un enfrentamiento de voluntades: la del agresor dispuesto a imponer por medios violentos e intimidatorios sus deseos sexuales y la de la víctima negándose a perder su libertad sexual y oponiéndose a aquellas pretensiones hasta donde razonablemente se le puede exigir que mantenga su negativa; por lo que, igual que cabe exigir que la fuerza sea lo bastante intensa y mantenida como para entender que vencerá cualquier resistencia opuesta en condiciones normales, así como que la intimidación sea seria y de un mal suficientemente grave como para inhibir la capacidad de resistencia de la persona amenazada, gravedad que ha de valorarse no en términos absolutos, sino en función de las circunstancias del caso y la mayor pusilanimidad de la víctima, cabe también esperar que quien defienda su libertad sexual mantenga una posición no heroica o a ultranza, pero sí seria, real y que demuestre claramente su negativa, de

⁽⁶⁹⁾ Gimbernat: "Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español: con especial referencia a la violación intimidatoria", en *Estudios de derecho penal*, 2. ed. Madrid 1980, p. 227-248, p. 232 y ss., sobre todo, establece un criterio objetivo-general *ex ante*; otros autores, posteriormente, han añadido a ese criterio referencias personales, es decir, atentas a las condiciones de la víctima. Todo ello, en el fondo, responde a la idea, en la que aquí estamos insistiendo, de que lo decisivo es si la víctima, pudiendo no hacerlo y siéndole ello exigible, contribuyó conscientemente (accediendo) a la lesión del bien jurídico. Cfr., por todos los que siguen matizadamente a Gimbernat, Muñoz Conde (nota 71), p. 366-367, Orts en Cobo-Vives (coord)- Boix-Orts-Carbonell, *Derecho penal. Parte especial*, 2. ed., Valencia 1988, p. 598-599. En Alemania, cfr. Arzt (nota 12) p. 113.

modo que no puede considerarse como un disentimiento cierto el de quien, expresando inicialmente una negativa, termina admitiendo la propuesta del agente por una decisión propia y no forzada...”.

Esta misma argumentación conduce a descartar la presencia de una violación intimidatoria en el caso examinado por la STS de 6 de octubre de 1990, ponente Montero Fernandez-Cid. En él, el procesado se había dirigido a una adolescente de dieciséis años, amenazándola con suicidarse (mientras presionaba contra sí el arma), sospechando la víctima que aquél tenía el propósito de acceso carnal. La argumentación del Tribunal sostiene que

“El temor ha de ser, así, en primer término, racional y fundado, lo que exige una valoración atendiendo a criterios de normalidad. En segundo lugar, de carácter grave e inminente. Por último, ha de recaer sobre la persona o bienes del sujeto pasivo, sobre la persona o bienes de sus descendientes, ascendientes o cónyuge”. Por lo que no concurriría en el caso en cuestión.

Pero debe afirmarse que, en general, la tendencia es extensiva en cuanto a la apreciación de la intimidación a los efectos del delito de violación.

Ciertamente, las consideraciones victimo-dogmáticas, en la medida en que tratan de restringir los supuestos de responsabilidad, o al menos de responsabilidad plena, del autor, pueden producir cierta perplejidad en un delito tan polémico como el de violación, a propósito del cual se dan incluso demandas sociales de mayor rigor punitivo. Sin embargo, con independencia de la argumentación técnico-jurídica que, desde luego, abona la línea aquí seguida, debe señalarse, en términos de una adecuada política criminal, que las estrategias punitivistas no siempre favorecen a las víctimas, sino que más bien se limitan a cumplir una función meramente simbólica, sin contribuir a una efectiva protección de la víctima. En efecto, penas elevadas, desproporcionadas en ocasiones, indiferenciadas, no favorecen a la víctima sino que, de algún modo, determinan que todo el mecanismo del sistema penal, desde la policía a la judicatura, adopte instintivamente una postura reticente (justificada o no) frente a la misma. Esto perjudica precisamente a los intereses de la víctima mucho más que la existencia de tipos flexibles, en los que se pueda considerar la variedad de circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Y, al respecto, las observaciones de Monika Frommel sobre la violación, abonando una política de reformas legislativas orientadas en sentido victimo-dogmático, son absolutamente significativas.⁷⁰

5.5 Delitos contra la intimidad. Otros problemas relativos a los delitos sexuales. El tema de la provocación (art. 9.5.º CP derogado en 1983)

Principios distintos, en cambio, aunque también de base victimo-dogmática, inciden en los delitos contra la intimidad o, asimismo, en los delitos sexuales. El

⁽⁷⁰⁾ Frommel: MschrKrim 1985, p. 352 y ss.

planteamiento de cuestiones en estos sectores muestra, además, como ya antes apuntábamos, que la posible incidencia de la victimología en la dogmática del delito va mucho más allá del ámbito de la doctrina de la imputación objetiva del resultado. El tema es aquí, ante todo, la cuestión de la “provocación de la víctima”, como conducta a través de la cual la víctima crea o incrementa el riesgo a que están expuestos sus bienes jurídicos.⁷¹ Así, un sector de la doctrina se refiere a que les falta el merecimiento de protección a quienes no son celosos de su intimidad, o la venden, o ni siquiera hacen uso de los medios de que normalmente disponen para protegerla. La instrumentación dogmática de lo anterior podría ser la alusión a la existencia de un “consentimiento concluyente”. En cuanto a la provocación sexual y sus efectos atenuatorios de la responsabilidad del autor, se comenta en la doctrina, por ejemplo, el caso de la prostituta que, en el momento del yacimiento, exige a su cliente más dinero del convenido minutos antes, no accediendo éste y produciéndose un yacimiento con fuerza.⁷²

Ello no ha sido tenido en cuenta por la STS de 28 de septiembre de 1991, ponente Sr. Huerta Alvarez de Lara. En el caso, una mujer había aceptado expresamente realizar el acto carnal con los dos procesados, conviniendo con ellos el precio y accediendo voluntariamente a subir al vehículo donde viajaban para trasladarse al lugar donde realizarlo. Ahora bien, al mostrar la mujer su disconformidad con el paraje solitario elegido por los procesados para la realización del acto, se produjo un yacimiento coactivo. Para el TS, “... se dan todos los elementos o requisitos, objetivos y subjetivos, de la infracción, sin que en nada pueda influir para su calificación la conducta privada de la víctima, ni el consentimiento inicial y voluntario de ella, al tratarse de un delito contra la libertad sexual”.

Pero asimismo cabría pensar en los casos de una provocación o seducción (por ejemplo, de menores de 12 años –a los efectos del delito de violación– o incluso de mayores de esta edad –a los efectos del delito de estupro de prevalimiento). Parece posible sostener que la provocación disminuye, desde luego, la exigibilidad de conducta ajustada a Derecho del autor (e incluso, en algunos casos extremos, la propia imputabilidad); lo que, por de pronto, podría atenuar su culpabilidad. Pero también cabe pensar en una disminución del injusto en la medida en que la víctima crea una parte del riesgo que se expresa en el resultado (una parte del mismo puede serle atribuida). El tema es ciertamente muy complejo y necesitado de ulteriores investigaciones y concreciones, por cuanto la incidencia de la conducta de la víctima sobre el resultado no tiene lugar aquí por una vía causal externa, sino por una vía de eficacia interna, motivatoria.

Al respecto, es preciso aludir a la incidencia atenuatoria que la provocación del ofendido tuvo en nuestro sistema hasta la derogación del art. 9.5.º CP en 1983.

(71) Cfr., para los delitos contra la intimidad, Arzt, *MschKrim* 67 (1984), p. 115-116; Schünemann: “Das Verbrechensopfer”, p. 419; “Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen”, *ZStW* 90 (1987), p. 11-63, p. 33.

(72) Arzt: *MschKrim* 67 (1984), p. 114.

En los términos formulados por la STS de 15 de noviembre de 1984, ponente Vivas Marzal (A. 5.494), la provocación se caracteriza

“... no sólo por las notas de inmediatividad y proporcionalidad respecto a la reacción del provocado, sino por la de que, la referida provocación, ha de proceder necesariamente del más tarde ofendido, entendiéndose que se provoca cuando, mediante actos, palabras o ademanes, se incita, excita u hostiga a una persona, despertando en ella la agresividad inmanente en el ser humano, si bien la referida atenuante, tiene otros muchos medios de manifestarse tales como el reto o el desafío, y ya fuera del ámbito de los delitos singularizados por la violencia – homicidio, lesiones –, ofrece variadas modalidades o formas de producirse tales como *vgr.* La exhibición al hambriento, de manjares suculentos, el despliegue de suntuosidades o acopio de riquezas ante el indigente o menesteroso, y las insinuaciones de la mujer o su comportamiento procaz, liviano o descocado que, excitando al varón o despertando el apetito sexual del mismo, pueden motivar o desencadenar un atentado de la citada índole...”.

Con todo, no parece que la provocación de la víctima haya adquirido ni siquiera una mínima carta de naturaleza en nuestra jurisprudencia como elemento de valoración de la situación delictiva a efectos de una eventual atenuación de la responsabilidad del autor. Ello, tanto en lo relativo a los delitos sexuales como en lo referente a otras modalidades delictivas.

Tales afirmaciones no afectan a sentencias como la STS de 22 de noviembre de 1992, ponente Delgado García, en la que claramente parece poder afirmarse la ausencia de provocación. En efecto, se trataba de un caso en el que un guarda jurado de un establecimiento hotelero, sirviéndose de la llave de la que disponía por su condición de tal, se introduce, con fines sexuales, en la habitación en la que duerme una súbdita extranjera. Se discute la apreciación de la agravante del art. 10, 16.º CP, relativa a la comisión del hecho en la morada del ofendido “... cuando no haya provocado el suceso. “El Tribunal, con razón, rechaza la posible alegación de una provocación de la víctima, afirmando que “... si ella dormía mal podía provocar, y si se pretende que tal provocación existió porque ella estaba desnuda, o casi desnuda, circunstancia que el acusado conocía por su presencia anterior en dos ocasiones en la habitación para expulsar a un joven que reiteradamente se había introducido en la misma, es claro que tal alegación ha de rechazarse, porque a ella en la intimidad de la habitación en que se hallaba le era plenamente legítimo adoptar la vestimenta que considerase oportuno, incluso no llevar prenda alguna si así lo deseaba, tanto para dormir como para cualquier otra actividad. Y si lo que se pretende decir es que la situación de la joven incitó el apetito sexual del ahora recurrente, es claro que él, como toda persona, varón o hembra, máxime desarrollando un trabajo de vigilancia en el establecimiento donde ello estaba hospedada, tenía el deber de controlar ese apetito o de satisfacerlo de otro modo no lesivo para nadie de acuerdo con lo que libremente pudiera ser su deseo, pero nunca puede entenderse que estuviera autorizado para entrar en el local cerrado donde ella se

encontraba segura, sin el recelo de que alguien pudiera molestarla, máxime si había una persona que tenía como obligación velar por esa seguridad”.

En cambio, sí podrían afectar a una sentencia como la STS de 3 de diciembre de 1979, ponente Vivas Marzal (A. 4.534), que analiza un supuesto mucho más discutible. Se trata de un caso en que la víctima de una violación consiente en estado de embriaguez en la realización de ciertos actos sexuales con el sujeto que finalmente comete aquel delito. Ante el alegato de la defensa relativo a un consentimiento en *actio libera in causa* por parte de la víctima “que, en caso de prosperar, implicaría que el problema del consentimiento de la mencionada víctima se situaría no en el momento de la perpetración sino, retroactivamente, en el instante en que ella comenzó a ingerir bebidas alcohólicas con el propósito preconcebido y preordenado de caer en un estado de inconsciencia que le permitiera ser presa fácil, y aparentemente inocente, de las apetencias sexuales de determinado y querido varón, buscando y encontrando en dicha ingestión el valor necesario para el encuentro carnal así como la impunidad familiar y social, para ella, originada por su estado de inconsciencia”, el Tribunal responde que: “... se constata, en efecto, la ligereza de la ofendida —producto de su juventud, de su inexperiencia y de la familiaridad o camaradería con que se tratan hoy los jóvenes de ambos sexos—, la imprudencia evidente de su conducta al ingerir, con breves intervalos, hasta nueve martinis, e incluso la inconveniencia y frivolidad de que hizo gala la mujer a lo largo de todo lo sucedido (...), pero sin que se evidencie, de ningún modo, que la joven virgen de autos se embriagara con el propósito preconcebido de hallarse en estado de inconsciencia (...) cuando sobreviniera la agresión sexual intuida y secretamente deseada”. Por lo que se refiere a la provocación, se rechaza su apreciación en el caso “... no sólo porque los actos que se citan como incitadores —insistencia de la joven para que la acompañara el procesado desde el bar en que se hallaban ambos hasta su domicilio, el haberse sentado ella, en el citado bar, sobre las piernas del joven sin que conste la duración de tan inconveniente asiento, y los tocamientos con ánimo libidinoso habidos entre ambos sin que conste quién los realizó y quien los toleró— o son inanes o inocuos, como en el caso de la insistencia, o siendo provocativos, en el caso del asiento y de los tocamientos, pierden transcendencia y carga incitadora cuando la mujer, como en este caso, realizó o consintió tales actos hallándose ya en estado de mareo profundo y habiendo perdido totalmente el raciocinio y la capacidad de inhibición, lo que, como antes se ha visto, le constaba al procesado, sino también porque, en cualquier caso, tales actos no fueron adecuados, es decir, proporcionados, en el orden de lo normal, a la reacción desencadenada en el varón, que, al violar a una joven virgen, se excedió respecto a las veniales concesiones realizadas por ésta, las que, por lo demás, dada su inconsciencia, ni siquiera podían interpretarse como invitación a la realización de actos de mayor lascivia”. Como se advertirá, afirmaciones como éstas llevan a la práctica irrelevancia del comportamiento de la víctima en el análisis jurídico-penal del hecho. Ello, aunque en el caso de autos aparezca condicionado por la apreciación que la Sala de instancia hizo de una atenuante muy calificada de embriaguez en el autor, no parece, sin embargo, defendible de modo general.

5.6 La legítima defensa y situaciones próximas

Una figura legislativa y dogmática clásica y que, sin embargo, admite una interpretación en clave victimo-dogmática es la legítima defensa. Ello, tanto por lo que se refiere al elemento de la "agresión legítima", central en la misma, como en lo que se refiere a la "provocación suficiente del que se defiende". El comportamiento del agresor es, precisamente, el que determina que luego dicho agresor (convertido en víctima) deba soportar la defensa, no sujeta al principio de proporcionalidad, que sobre él descarga el agredido; dicho en otros términos, que el autor agredido previamente por su víctima quede impune. La agresión es, pues, una forma especialmente clara de comportamiento de la víctima que permite concluir la ausencia de responsabilidad del autor (el que se defiende, realizando un tipo delictivo). Por lo que se refiere a la provocación, la misma determina que el que provocó la agresión no pueda defenderse legítimamente de la agresión que luego se produce (sólo se alcanza la eximente incompleta), de modo que se vería expuesto a una nueva actuación que, contra su defensa, realizara el agresor (quien a su vez tampoco podría alegar una defensa legítima). Son paradojas de la concurrencia, general, en los supuestos de legítima defensa, de las condiciones de víctima y autor en la misma persona, según que observemos el proceso en un momento o en otro.

Algo parecido ocurre en los supuestos de "hechos pasionales". Así, recientes investigaciones ponen de manifiesto que el fundamento de exención de responsabilidad en estos casos, tradicionalmente contemplados en el ámbito de la inimpugnabilidad, se halla, más que en un mero dato interno psiquiátrico-psicológico, en un dato social-objetivo, constituido por la relación entre autor y víctima.⁷³ Los casos a los que se refiere esta investigación, llevada a término en Alemania, son ante todo los de "tirano doméstico". Se trata de supuestos en los que un marido/padre tiránico, agresivo y alcohólico, maltrata a los demás miembros de la familia, generando una tensión creciente que un día se desborda. Pues bien, al respecto se han podido constatar dos cosas: 1.^a) que son extremadamente raros los casos de reacción pasional en los que no se da un factor exógeno de provocación; y 2.^a) que, en la jurisprudencia alemana, la sanción es distinta, dada una misma conformación psicológica del caso, según que la reacción recaiga sobre el propio provocador o sobre un tercero (que sufre la explosión pasional sin tener que ver con su génesis).⁷⁴ La idea es que, en estos casos,⁷⁵ que en España se han examinado en ocasiones a propósito de la eximente de miedo insuperable (art. 8, 10.º CP), los bienes jurídicos del provocador pierden valor ante el Derecho.⁷⁶ Sin embargo, más que eso lo que debe apreciarse es una disminución del contenido de peligro-

⁽⁷³⁾ Bernsmann: "Affekt und Opferverhalten", NStZ 1989, p. 160-166, p. 162.

⁽⁷⁴⁾ Bernsmann: NStZ 1989, p. 163-164.

⁽⁷⁵⁾ Que se enmarcan en el mismo contexto que el exceso en la legítima defensa o el homicidio provocado (que en Alemania tienen regulación específica en los párr. 33 y 213 StGB, respectivamente).

⁽⁷⁶⁾ Bernsmann: NStZ 1989, p. 165.

sidad del hecho imputable a la esfera de competencia del autor (o, además, la disminución de la culpabilidad de éste). Más que de una culpabilización de la víctima, se trata, de nuevo, de hacer responsable al autor tan solo por lo que ha realizado efectivamente y en la medida en que es culpable por ello.

5.7 La construcción jurisprudencial del "delito provocado"

Un especial interés desde perspectivas victimo-dogmáticas tiene la construcción tradicional de nuestra jurisprudencia sobre el "delito provocado". En éste, como es conocido, el comienzo de la ejecución típica es debido a la incitación de un "agente provocador", que, dando pie a la ejecución delictiva, controla el proceso con el fin de que no tenga lugar la consumación y, por contra, puede detenerse al autor con pruebas concluyentes. Como ha señalado la sentencia de la AP Sevilla (secc. 7.ª) de 8 de julio de 1992:

"... Delito provocado es aquél que aparentemente llega a realizarse como consecuencia de la inducción engañosa de una persona, que persuade a otra para que lleve a cabo los actos que lo constituyen. El provocador simula primero facilitar su supuesta comisión, para impedirla en último término, con lo cual quiere conseguir pruebas directas e inequívocas contra el inducido. Ninguna responsabilidad criminal puede resultar de estos hechos, porque sólo son una mera apariencia delictiva, sin contenido penal real. Falta en estos casos la tipicidad y la antijuricidad, porque el provocado no realiza una verdadera acción típica, ni lesiona ni pone en peligro el bien jurídico protegido..."

Pues bien, la doctrina jurisprudencial del delito provocado venía a concluir la impunidad tanto para el agente provocador como para el sujeto provocado.⁷⁷ Y, aunque es cierto que posteriormente se ha llegado a excluir de este concepto general —de modo discutible por diversas razones, en las que ahora no puedo entrar— los casos de provocación policial de actos de tráfico de estupefacientes (su ámbito más común de aplicación), sigue teniendo interés la afirmación que en su día hiciera Luzon Domingo en el sentido de que, en estos casos, el autor es realmente "... víctima de una maquinación insidiosa en la que se le ha envuelto..."⁷⁸ En efecto, también en el "delito provocado" resulta que la víctima (sea ésta una persona concreta, sea la sociedad, a través de la policía) es la que genera la decisión delictiva, manteniendo además bajo control la ejecución de la misma, con lo que la responsabilidad del autor por hechos que discurren realmente en su esfera de competencias es mínima.

De nuevo aquí se observa como la *ratio* de la argumentación victimo-dogmática es la correcta distribución de responsabilidades según un criterio de delimitación de esferas de competencia y no una sobrecarga de la víctima con responsabilidades que le corresponden.

(77) Ruiz Anton: "El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo", ADPCP 1982, p. 119-143.

(78) Lo cita Ruiz Anton: ADPCP 1982, p. 126.

6. POLÍCIA E DIREITO

6.1

POLÍTICA ANTI-SEQÜESTROS NO RIO DE JANEIRO: 1995-1998

CESAR CALDEIRA*

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Política de segurança pública face à “criminalização” e à “criminalidade real” – 3. A construção da percepção do problema: a chamada “indústria de seqüestros” – 4. Fazer de um limão uma limonada: a reforma da Divisão Anti-Seqüestro: 4.1 Secretaria de Segurança Pública (1994-1998); 4.2 Chefia da Polícia Civil (1994-1998); 4.3 Divisão Anti-Seqüestro (DAS): 1995-1998; 4.4 DAS: a imagem inicial e a trajetória da modernização – 5. Breve nota sobre o “Disque-Denúncia” – 6. Observações finais – Bibliografia.

Resumo: O Brasil é o segundo país em risco de extorsão mediante seqüestro, e o Estado do Rio de Janeiro é o estado da federação em que mais seqüestros foram registrados em 1998. No entanto, no período 1995-1998 houve uma enorme redução no número de casos registrados no Rio, o que foi reconhecido pela imprensa, pelas autoridades, e pela opinião pública como a principal “história de sucesso” na área da segurança pública. Este trabalho analisa criticamente a construção desta política anti-seqüestros.

Primeiro, examina o uso político feito das estatísticas oficiais e distingue a “criminalização”, que é exibida por estas estatísticas, da criminalidade real. Salienta ainda a constante mudança nesta criminalidade real. Segundo, descreve a modernização tecnológica introduzida na Divisão Anti-Seqüestro (DAS) do Rio de Janeiro, e a parceria efetivada com segmentos empresariais. A contribuição do Disque-Denúncia é focalizada. Terceiro, examina-se a questão seguinte: a modernização tecnológica, a mudança no padrão das investigações, e a política de “gratificações por mérito” reduziram o uso de força letal pela polícia no combate aos seqüestradores?

Palavras-chave: Estatísticas policiais – Política criminal – Criminalização – Criminalidade real – Segurança pública – Extorsão mediante seqüestro – Indústria de seqüestro.

1. Introdução

O Estado do Rio de Janeiro continua a ser a unidade da Federação brasileira¹ onde mais ocorrem “extorsões mediante seqüestro”, segundo as estatísticas ofi-

(*) O autor agradece ao Prof. Luiz Otávio F. Barreto Leite, da UNI-RIO, cujos comentários contribuíram para aprimorar o texto final. As opiniões emitidas são de responsabilidade exclusiva do autor.

(1) Colômbia e Brasil são os países mais perigosos do mundo em matéria de seqüestros, seguidos de longe pelas Filipinas. Em 1998, 3.000 pessoas foram vítimas na Colômbia.

ciais. Houve, no entanto, uma redução considerável no número de casos de seqüestros extorsivos registrados durante a Administração do Governador Marcello Alencar (PSDB), entre 1995-1998. Tal tendência na “criminalização” foi apontada, e reconhecida, como a principal “história de sucesso” na área de segurança pela imprensa, por políticos e pelo público.

Este trabalho analisa essa política governamental especializada sob vários ângulos. A primeira seção versa sobre o uso das estatísticas na política criminal. Indica as discrepâncias nas estatísticas oficiais. Distingue a “criminalização” oficialmente reconhecida da “criminalidade real” no caso dos seqüestros extorsivos. Sugere que a crescente tecnologização do controle social – a qual inclui a produção de estatísticas geradas pelo poder político que, por sua vez, as oferece ao cidadão como o critério para avaliar sua eficácia social – traz alguns obstáculos à necessária transparência que deve existir num Estado Democrático de Direito. A segunda seção explica como a chamada “indústria de seqüestros” foi construída como um problema prioritário a ser resolvido na área de segurança pública no Rio de Janeiro. A versão original dessa formulação do problema foi feita por policiais civis, e difundida pela mídia. Mas a “chacina de Vigário Geral”, na qual policiais que extorquiam traficantes de drogas mataram 21 residentes da favela, começa a mudar significativamente a percepção pública do problema naquela conjuntura. A denúncia de associações ilícitas entre policiais, banqueiros do jogo do bicho e traficantes de drogas, feita pelo Ministério Público e aceita como, em parte, correta pelos setores de inteligência das Forças Armadas, levou a uma reformulação do problema. Mobilizações e articulações sociais patrocinadas por segmentos das elites empresariais são mencionadas como elementos que motivaram a redefinição do problema. Essa atuação de empresários contribuiu para a orientação dada à política de segurança pública, como uma *parceria* entre o *setor público e privado* na política governamental de combates aos seqüestros.

Porém, introduziu também um critério importante: diminuir a “criminalidade” real sem aumento da violência policial. Isso seria feito através da informação e modernização da polícia. A terceira seção trata das mudanças efetivadas nas instituições destinadas a implementar a política anti-seqüestro. A reorganização institucional alcançada, os recursos humanos e materiais tornados disponíveis, e a constante cobrança de resultados serão enfatizados. A quarta seção traz observações finais e sugere rumos para esta pesquisa em andamento.²

bia. A seguir vem o Brasil, com 1.100 seqüestros, Filipinas (425), Rússia (237) e, bem mais longe, Estados Unidos (39), Itália (36), Venezuela (24), Iêmen (14) e China (9). Cf. “Brasil é o 2.º país em risco de seqüestro: estudo revela que Colômbia, com 3.000 casos, e Brasil, com 1.100, são os que mais registraram ocorrências em 98”, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 25.03.2000, p. 2.

(2) Esta pesquisa foi iniciada em 1995. Foi criado um banco de dados baseados em notícias sobre seqüestros de três jornais do Rio (*Jornal do Brasil*, *O Globo* e *O Dia*) e dois de São Paulo (*Folha de S. Paulo* e *O Estado de S. Paulo*) do ano de 1989 até hoje. Foram conduzidas inúmeras entrevistas com delegados e detetives da DAS, e com autoridades da área de segurança pública sobre os seqüestros extorsivos.

2. Política de segurança pública face à “criminalização” e à “criminalidade real”

A “história de sucesso” da política anti-sequestro do governo Marcello Alencar está centrada na notável redução de registros oficiais de ocorrências de “extorsão mediante sequestro”. Essa tendência se confirma em todas as estatísticas divulgadas, apesar de os números de ocorrências registradas *variarem bastante*.

A divergência entre os números oficiais de casos de seqüestros extorsivos merece atenção. Equívocos técnicos, como registro de desaparecimento de pessoas sem que haja pedido de resgate podem explicar alguns números díspares. Policiais tendem a usar desse alibi para justificar essas discrepâncias.³

Porém, devido ao uso político que é feito das estatísticas, permanece a suspeita de que os governantes e os administradores criam, e alteram números e índices, para encobrir fatos e, possivelmente, obter apoio político. O poder político condiciona as estatísticas que são ofertadas seletivamente numa tentativa de obter legitimação das políticas governamentais. Uma breve apresentação das estatísticas sobre seqüestros no Rio de Janeiro na década de 1990 ilustra o problema da discrepância entre as séries estatísticas.

Seqüestros	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
N. de casos:	91	91	124	64	90	122	68	59	18

Fonte: Secretaria de Estado de Segurança Pública – Sesp, Subsecretaria de Planejamento Operacional – SsPOp. Publicado no *Anuário Estatístico do Estado do Rio de Janeiro* – 1998 Fundação Cide.⁴

O Secretário de Segurança Pública, General Nilton Cerqueira (1995-1997) ao apresentar os números dos seqüestros extorsivos em seu artigo para a revista *Archê*,⁵ ofereceu os números seguintes:

⁽³⁾ Em entrevistas, os policiais citam, tipicamente, o caso de alguém que sumiu de casa, por uns dias, para encontrar com a amante e a esposa registrou a ocorrência como seqüestro extorsivo.

⁽⁴⁾ Esses números correspondem aos apresentados no estudo “Criminalidade, drogas e perdas econômicas no Rio de Janeiro”, verificando-se que o ano de 1989 consta também da série com 39 vítimas de extorsão mediante seqüestro. Cf. FERNANDES, Rubem César e CARNEIRO, Leandro Piquet. “Criminalidade, drogas e perdas econômicas no Rio de Janeiro”, Núcleo de Pesquisas do Iser, ago. 1995, p. 22. Outra série estatística que apresenta pequena variação com esta foi oferecida pela Sesp, Chefia de Polícia Civil e encontra-se publicada em CALDEIRA, Cesar. “Segurança pública e seqüestros no Rio de Janeiro: 1995-96”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 20, out./dez., 1997, p. 218.

⁽⁵⁾ CERQUEIRA, Nilton. “Realizações de três anos de administração”, *Revista Archê*, n. 19, p. 128, 1998. Em texto entregue na ocasião de sua palestra em maio de 1997, na

Seqüestros	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
N. de casos:	46	91	124	63	82	106	68	59	

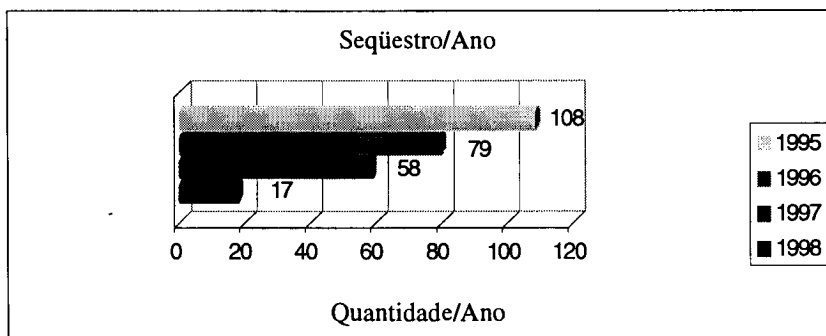
Fonte: SSP, SsPOP

O Governador Anthony Garotinho, em seu livro⁶ lançado durante a campanha eleitoral de 1998 apresentou os números seguintes.

Seqüestros	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
N. de casos:		91	124	64	90	119	65	59	

Fonte: Polícia Civil/ Registros de Ocorrência

Por fim, os números coletados da Divisão Anti-Seqüestro (DAS)⁷ são os seguintes:



Universidade Cândido Mendes – Ipanema, indicou o número de 46 seqüestros para o ano de 1990.

- (6) GAROTINHO, Anthony. *Violência e criminalidade no Rio de Janeiro: diagnóstico e propostas para uma política democrática de segurança pública*. Rio de Janeiro : Hama, 1998. p. 69.
- (7) Em 1999, foram registrados 18 casos de extorsão mediante seqüestro no Rio de Janeiro. Cf. "Estatísticas mostram o crescimento da violência", *O Globo*, caderno Rio, 12.01.2000, p. 19. As estatísticas oficiais indicam que ocorreram apenas 3 seqüestros de janeiro até agosto de 2000. Cf. "Número de assaltos nas ruas do Rio sobe 66%: segundo a Secretaria de Segurança, índices de homicídios e de roubos em residência também aumentaram". *O Globo*, caderno Rio, 12.09.2000, p. 15. Por fim, deve-se notar que as discrepâncias estatísticas não ocorrem apenas em relação a "extorsão mediante seqüestros". As estatísticas de roubos e furtos de veículos no mês de janeiro de 2000 têm três números diferentes – do Governo do Estado do Rio (Proderj), do

Quando se examinam esses números oficiais, se constata a quantidade de “delitos” detectados pelo “sistema penal”.⁸ Essa “criminalização” é importante, pois evidencia a maneira pela qual opera o sistema penal, que é muito seletivo tanto em termos de pessoas como de ações. As estatísticas citadas não revelam a “criminalidade real” em termos de “extorsões mediante seqüestros”. Essa constatação não causa surpresa a quem lê jornais, onde se publicaram declarações de policiais que estimaram que em 1990 “para cada seqüestro conhecido pela polícia, havia quatro que a família preferia se entender com as quadrilhas sem a interferência policial”.⁹ Em julho de 1994, estimava-se que “para cada seqüestro registrado pela polícia, ocorrem outros dois não notificados pelas famílias das vítimas”.¹⁰ Em novembro de 1995, a polícia estimava que 33% dos casos de seqüestros não foram comunicados às delegacias.¹¹ Especula-se que na Baixada Fluminense, e nos subúrbios de população mais pobre do Rio, ocorrem inúmeros seqüestros que nunca são notificados à polícia. O aparecimento de negociadores particulares – entre eles vários policiais que trabalharam na Divisão Anti-Seqüestro – e de empresas que oferecem seguros a empresários seqüestráveis sugere que a subnotificação é alta também em relação à elite econômica.

O ponto central desta seção é que a “história de sucesso” da política anti-seqüestro está vinculada a estatísticas que revelam a “criminalização”, e não a “criminalidade real”. Nesse sentido, o foco verdadeiro do debate é a *atuação* do “sistema penal”, ou seja, um controle punitivo institucionalizado, que é bastante seletivo quanto a pessoas e ações que alcança.

Um exemplo final pode esclarecer uma distorção a mais nas operações do “sistema penal” e da “criminalização” expressa nas estatísticas oficiais. O movimento da “criminalidade real” foi no sentido de cada vez mais alcançar setores da classe média, que têm contas bancárias e cartões de crédito. Os delinquentes criaram então uma nova modalidade de prática delitosa que ficou conhecida como “seqüestro-relâmpago”.¹² Alguém é capturado, às vezes por várias horas, e força-

sindicato das Seguradoras e do *Diário Oficial do Estado*. Cf. “Roubo de carros tem estatísticas conflitantes”, *O Globo*, caderno Rio, 15.02.2000, p. 19.

(8) “Chamamos ‘sistema penal’ a *controle social punitivo institucionalizado*, que na prática abarca desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação”. Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo : RT, 1997. p. 70.

(9) “Rio registrou 35 seqüestros só este ano”. *Folha de S. Paulo*, 08.07.1994, caderno Cotidiano, p. 3-1.

(10) Idem.

(11) “Crescem seqüestros não registrados no Rio”. *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 01.11.1995, p. 3.3.

(12) Existe também uma modalidade de *seqüestro rápido* que ficou conhecido, devido ao senso de humor do carioca, como *overnight*, designação de um tipo de operação finan-

do a retirar quantias de bancos 24 horas e caixas automáticos. Inicialmente, essas práticas delituosas foram investigadas pela Divisão Anti-Seqüestro, enquanto delegacia especializada. No entanto, a partir de 1997 – depois que o Código Penal foi modificado para prever essa prática delituosa como “roubo qualificado” –, a DAS excluiu de suas atividades essa modalidade de “criminalidade real” em crescente aumento no Rio. Como a subnotificação de “roubos” é enorme, foi perdido pelo “sistema penal” o reconhecimento dessa prática delituosa emergente. No segundo trimestre de 1999, o Estado de São Paulo passou a incluir o “seqüestro-relâmpago” nas suas estatísticas sobre “extorsão mediante seqüestro”. No quadro abaixo, pode-se constatar a magnitude dessa modalidade de prática delituosa emergente que havia sido ocultada pelas mudanças efetuadas no Código Penal (Lei 9.426, de 24.12.1996).¹³

Seqüestros no Estado de São Paulo					
	1995	1996	1997	1998	1999
1.º Trimestre		4	5	3	5
2.º Trimestre		3	2	2	77*
3.º Trimestre	6	4	6	3	
4.º Trimestre	4	–	1	5	

Fonte: Decreto 165, Secretaria da Segurança Pública.

* Extorsão mediante seqüestro passa a incluir os “seqüestros relâmpagos”, a partir do segundo trimestre de 1999 nas estatísticas.

Em conclusão, a política governamental de combate aos seqüestros extorsivos faz parte das respostas que o “sistema penal” dá aos delitos que são normativamente

ceira que rendia lucros de um dia para o outro. Comerciantes e médios industriais são as vítimas preferidas para essa modalidade de seqüestro extorsivo. As vítimas são libertadas em poucos dias e o valor dos resgates não costuma ser muito alto. Hélio Luz, em livro-depoimento, estimava que 50% desses casos não eram comunicados à polícia. BENJAMIN, Cid. *Hélio Luz: um xerife de esquerda*. Rio de Janeiro : Contraponto: Relume-Dumará, 1998. p. 56.

(13) O tipo penal do “roubo” ficou assim enunciado:

“Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1.º Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

§ 2.º A pena aumenta-se de um terço até metade:

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

construídos e seletivamente reconhecidos por essa forma de controle social institucionalizado. Assim, “política de segurança pública” consiste na escolha, pela autoridade estatal, dos bens e direitos que serão protegidos jurídica e penalmente, assim como os recursos e métodos que serão usados para efetivar essa tutela. Trata-se de *uma das políticas governamentais*, e como tal, está condicionada aos fatores políticos, eleitorais, orçamentários, administrativos, ideológicos, e outros, como qualquer processo decisório governamental.

3. A construção da percepção do problema: a chamada “indústria de seqüestros”

Muitos atores contribuem na construção da percepção do problema de política pública e a sua inserção como prioridade na agenda pública. A “indústria de seqüestros”, uma expressão jornalística amplamente usada no Rio de Janeiro, é apresentada como uma das atividades do “crime organizado”, através de “Comandos” de narcotraficantes. Sua origem está provavelmente nas declarações de policiais à imprensa quando tentam explicar as causas do aumento de uma prática delituosa que está sob sua responsabilidade combater.

Segundo o delegado Hélio Vígio, titular da DAS (Divisão Anti-Seqüestro), entre 1992 e 1994, os grandes traficantes do Comando Vermelho e do Terceiro Comando montaram “empresas informais”, que forneciam homens, armas, planejavam o recebimento de resgates e contavam até com especialistas em negociar com as famílias.¹⁴ As quadrilhas menores, por outro lado, estariam seqüestrando pequenos comerciantes para obter dinheiro e comprar drogas.¹⁵

II – se há o concurso de duas ou mais pessoas;

III – se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância;

IV – se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;

* inciso IV acrescentado pela Lei 9.426, de 24 de dezembro de 1996.

V – se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

* inciso V acrescentado pela Lei 9.426, de 24 de dezembro de 1996.

§ 3.º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de 7 (sete) a 15 (quinze) anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa” (grifamos).

⁽¹⁴⁾ Cf. “Quadrilhas cariocas de tráfico controlam indústria de seqüestros”. *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 12.02.1994, p. 3-3.

⁽¹⁵⁾ Essa observação vem do então chefe de operações da DAS, inspetor Plácido Guimarães. Na época de tal declaração haviam sete pessoas seqüestradas no Rio. Idem. *Folha de S. Paulo*, 12.02.1994, p. 3.3. O único livro publicado sobre seqüestros extorsivos foi escrito por dois delegados da Polícia Civil – sendo um carioca (Hekel Raposo) –, e define o problema assim: “No Brasil, particularmente no Rio de Janeiro, na estrutura

Essa explicação sobre a “indústria de seqüestros” como uma das atividades paralelas dos narcotraficantes¹⁶ serve também para dispersar e reduzir a responsabilidade da DAS no combate aos seqüestros. Se os outros policiais responsáveis pelo combate ao narcotráfico, inclusive os policiais federais, fossem mais eficazes na repressão aos narcotraficantes o problema não teria talvez se configurado com a magnitude atual.

O livro *Comando Vermelho: a história secreta do crime organizado* do jornalista Carlos Amorim,¹⁷ publicado no segundo semestre de 1995, oferecia uma explicação articulada sobre a emergência de redes criminosas, que seria difundida pela Central Globo de Jornalismo. A visão generalizada pela mídia era de que o Estado, governado por Leonel Brizola (1990-1994), havia se recusado a implantar a “ordem”¹⁸ e agir nas favelas, e que os traficantes passaram a efetivamente controlar esse território, seus habitantes e organizações, como, por exemplo, associações de favelados.

Dois acontecimentos importantes, na época, sugeriam que o “diagnóstico” formulado pelo Delegado Hélio Vígio sobre a “indústria de seqüestro” era precário e limitado. A “chacina de Vigário Geral”, ocorrida no dia 29.08.1993, foi o primeiro desses acontecimentos que revelava, de maneira dramática, que parte da polícia carioca estava envolvida com os delinquentes que deveria combater. Um dos grupos de policiais especializados em extorsão de traficantes – os Cavalos Corredores – assassinou 21 residentes da Favela de Vigário Geral após uma tentativa frustrada de extorsão. Uma testemunha apresentada durante as investigações sobre a chacina – o informante clandestino da polícia Ivan Custódio Barbosa de Lima – tornaria público que parte significativa das Polícias Civil e Militar, da cúpula aos mais baixos escalões, estava contaminada por essas práticas extorsivas. Dois métodos eram usados pelos policiais: prendiam os traficantes (ou seqüestradores, ou assaltantes de banco) e para soltá-los exigiam um pagamento. Ou exigiam uma parcela dos lucros na venda das drogas, a chamada “parte da

do crime de extorsão mediante seqüestro, vamos encontrar, com raríssimas exceções, a figura do traficante de drogas como autor intelectual, o fornecedor do armamento e/ou o financiador da empreitada, reunindo, na verdade, bandidos ligados a outros tipos de crimes, tais como ladrões de automóveis ou de bancos, que se juntaram para realizar seqüestros e assim equilibrar as finanças das chamadas *bocas de fumo* ou *bocas de drogas*”. Nesta formulação do problema não está presente a delinquência policial. Cf. BRASILIANO, Antonio Celso Ribeiro e RAPOSO, Hekel de Miranda. *Seqüestro ... como se defender*. Rio de Janeiro : Forense, 1997. p. 7.

(16) Outra atividade constantemente mencionada pelos policiais são os assaltos a bancos.

(17) AMORIM, Carlos. *Comando Vermelho: a história secreta do crime organizado*. 5. ed. Rio de Janeiro : Record, 1995.

(18) Na verdade, o governo Brizola havia redefinido a seletividade do uso do “sistema penal” e, conseqüentemente, rompido com uma persistente noção de “ordem pública” na qual os “suspeitos de sempre” são os favelados e residentes das áreas pobres e periféricas da cidade.

polícia". Quando havia desentendimento entre os policiais delinquentes e os bandidos sobre os pagamentos ou a partilha, os confrontos resultantes eram geralmente apresentados pela mídia através da versão dos policiais: luta entre os agentes da lei e marginais.

O segundo acontecimento importante que contribuiu para mudar a perspectiva sobre a chamada "indústria de seqüestros" foi a divulgação pública da lista de pessoas que supostamente recebiam propinas do banqueiro de bicho Castor de Andrade. Nesse caso, o Ministério Público do Rio de Janeiro fez uma investigação – sem conhecimento da Polícia Civil – a partir de uma denúncia anônima, que revelou a famosa "Lista do Castor", que supostamente evidenciava o envolvimento de policiais e autoridades políticas com o jogo do bicho e o tráfico de entorpecentes. Figuravam na "Lista do Castor", entre inúmeros policiais, os nomes do então Diretor da DAS (Divisão Anti-Seqüestro) Hélio Vígio, e do delegado Otávio Seiler, que foi Diretor da mesma DAS.¹⁹ Vígio foi denunciado criminalmente, em maio de 1994, acusado de receber propinas de bicheiros. Mesmo assim, Vígio permaneceu na direção da DAS, indo depois ser Diretor da Divisão de Roubos e Furtos.

A estratégia da Polícia Civil, e do Governador Nilo Batista foi de minimizar o impacto da "Lista do Castor". O Governador não aplicou uma portaria baixada por ele que determinava o afastamento de policiais indiciados até em inquéritos administrativos. Apesar da denúncia do Ministério Público, nenhuma sanção administrativa foi adotada contra os policiais. A Corregedoria não pediu a saída dos delegados acusados de corrupção. Somente às vésperas da intervenção das Forças Armadas no Rio, Hélio Vígio e mais sete delegados da cúpula da Polícia Civil pediram demissão, por exigência do Exército.²⁰

A "rede de transações colusivas" ²¹ que se exhibe no episódio da Lista do Castor parece importante para explicar a "resiliência histórica da impunida-

⁽¹⁹⁾ "Escândalo do bicho envolve 100", *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 05.04.1994, p. 3-1. A Procuradoria Geral de Justiça entrou com ação civil ordinária contra o delegado Otávio Seiler pedindo a perda do seu cargo e o seqüestro de seus bens. Seiler foi acusado de enriquecimento ilícito. "Procuradoria entra com ação contra delegado", *Folha de S. Paulo*, caderno Brasil, 07.05.1994, p. 1-10. Nilo Batista, Secretário de Polícia Civil do Rio de Brizola, recém-empossado como Governador do Estado do Rio aparecia também na lista do banqueiro do bicho carioca, Castor de Andrade. Supostamente Batista teria recebido contribuições na campanha eleitoral de 1990. Batista negou ter recebido qualquer dinheiro do bicheiro para sua campanha em 1990. O Procurador-Geral do Estado Biscaia afirmou que não havia evidência de que Nilo efetivamente recebeu o dinheiro e que como autoridade Nilo sempre apoiou o combate contra a contravenção. Cf. "Nilo e Maia estão na lista do bicho", *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 04.04.1994, p. 3-1.

⁽²⁰⁾ Cf. "Oito delegados da cúpula pedem demissão". *Jornal do Brasil*, caderno Cidade, 11.11.1994, p. 14.

⁽²¹⁾ A expressão é de Emílio Dellasoppa. Ler: DELLASOPPA, Emílio. "Estratégias e racionalidade na Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro: marco teórico e abordagem

de”²² nas organizações. Sob o impacto político das revelações da “Lista do Castor”, o governador e a cúpula da Polícia Civil adotam uma estratégia corporativa de auto-proteção. O afastamento dos cargos dos acusados nem ao menos ocorre. Mas nesse caso, uma intervenção “branca” das Forças Armadas – a chamada “Operação Rio”²³ – propicia a ruptura do conluio intra-organizacional.

A formulação do problema da “indústria de seqüestros” passa a ser percebida de maneira diversa com a intervenção do Ministério Público, das autoridades políticas federais, das Forças Armadas. A mídia passa a divulgar mais intensamente a “criminalidade policial”²⁴ como um componente da vulnerabilidade da sociedade carioca. Setores das polícias passam a ser vistos como parte do problema da “criminalidade organizada”.²⁵ Esses setores passam a ser chamados de “as bandas podres das polícias” pelas autoridades, e divulgados como tal pela mídia e formadores de opinião. Estes “policiais delinquentes” estão envolvidos com traficantes de drogas, seqüestros e extorsão de seqüestradores e de traficantes, roubos de carros, assaltos a bancos, e vendas de armas aos traficantes.

Reformulado o problema da “criminalidade organizada” para incorporar a delinquência dos policiais civis, militares e federais, fica justificada a intervenção das Forças Armadas para restabelecer o controle sobre as áreas dominadas por narcotraficantes e seus associados e propiciar a “limpeza das polícias”.

Para a reformulação da percepção do problema concorreram as pressões de setores empresariais. Esses possuíam informações, e contatos sociais, suficientes para diagnosticar que seqüestradores que exibiam armas longas e que circulavam com facilidade pela cidade tinham entre seus associados alguns policiais. Os esforços de setores empresariais contribuíram para a organização de, pelo menos, duas ONGs (organizações não governamentais) que atuaram bastante sobre o

metodológica”, estudo apresentado na 1.ª reunião do Grupo Violência e Sociedade da CLACSO. Caracas: CLACSO/LACSO, 2000.

(22) Idem.

(23) Ler: CALDEIRA, Cesar. “Operação Rio e cidadania: as tensões entre o combate à criminalidade e a ordem jurídica”, in REIS, Elisa; ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de; e FRY, Peter (coordenadores). *Política e cultura: visões do passado e perspectivas contemporâneas*. São Paulo : Hucitec-Anpocs, 1996. p. 50-74.

(24) Outro acontecimento que marcou a sociedade carioca foi a Chacina da Candelária, de 23.07.1993: policiais matam oito meninos de rua no Rio de Janeiro.

(25) O envolvimento de policiais em redes criminosas veio sendo cada vez mais divulgado pela imprensa ao longo das décadas. Em 1987, a revista *ISTOÉ* publicou uma avaliação que teria sido passada pelo Ministério do Exército ao Governador Moreira Franco, segundo a qual 40% do contingente de 16 mil homens da Polícia Civil e 30% dos 45 mil policiais do Rio estariam, de alguma forma, envolvidos com a criminalidade. Cf. *ISTOÉ*, 02.09.1987. Sete anos depois, numa reportagem muito citada para indicar o quadro de desorganização do setor da Segurança Pública estadual, a revista *VEJA* citava um “dossiê que revela que 70% da Polícia Civil e 20% da Polícia Militar são corrompidas”. Cf. *VEJA*, 23.11.1994, p. 80.

tema segurança pública. A primeira foi o Viva Rio²⁶ que impulsionava uma campanha pública pela intervenção das autoridades federais para aumentar o controle das divisas do Estado do Rio de Janeiro, por onde passam armas e drogas contrabandeadas pelo crime organizado. A segunda ONG foi o Rio Contra o Crime, que possibilitou a implantação do “Disque-Denúncia”, que teve destacada atuação na libertação de vítimas de seqüestros e prisões de seqüestradores e traficantes, ao coletar informações da sociedade. As duas organizações tomaram iniciativas no sentido de reduzir a criminalidade real sem aumentar a violência policial. O Viva Rio enfatizou a integração social da cidade e a redução da violência policial nas favelas. O Rio contra o Crime voltou-se para prover a polícia de informações para investigações.

Essas duas organizações estiveram, desde de sua origem, orientadas por uma perspectiva de uso da mídia para propor, questionar e cobrar a efetivação de políticas públicas. Aqui está um ponto que ainda exige mais reflexão crítica, mas pode ser resumido da maneira seguinte. A política de segurança pública não se articula mais fora dos meios de comunicação de massa, mas por dentro deles. As lideranças das ONGs passam a tentar pautar o espaço jornalístico, mas são, por outro lado, formatadas pela mídia. É o reconhecimento na prática – por parte dos grupos de pressão, dos movimentos sociais e das ONGs – de que *o lugar da mediação do poder está contido pelos meios de comunicação*. A linguagem da política se torna assemelhada à da publicidade; cada projeto político é avaliado em termos de adequação aos meios de comunicação; as campanhas e eventos são organizados para se tornarem espetáculos feitos para a cobertura da mídia. E dentre as lideranças empresariais que emergem no Viva Rio e no Rio Contra o Crime estão empresários da indústria jornalística e publicitários, ao lado de lideranças sociais que conquistaram a atenção da mídia, como, por exemplo, o Betinho (Herbert José de Souza). Em consequência dessas mudanças, o discurso político no Rio de Janeiro volta-se para a “imagem” positiva, e para o *marketing*, da “cidade internacional”, que precisa ser pacificada e feita segura para as empresas e os negócios, e para atrair os investimentos internacionais.²⁷

4. Fazer de um limão uma limonada: a reforma da Divisão Anti-Seqüestro

Como reverter situações adversas e reformar instituições policiais corruptas e/ou ineficazes? Face aos seqüestros extorsivos, os tomadores de decisões na área

⁽²⁶⁾ Sobre a criação do Viva Rio em setembro de 1993 e suas atividades iniciais, ler: VENTURA, Zuenir, *Cidade partida*, São Paulo, Companhia das Letras, 1994. Viva Rio foi um dos principais articuladores da Caminhada pela Paz, realizada no dia 28.11.1995. Essa manifestação foi principalmente impulsionada pela “onda de seqüestros” que atormentava os cariocas.

⁽²⁷⁾ O projeto do Rio como “cidade internacional” foi discutido em CALDEIRA, Cesar. “Segurança pública e seqüestros no Rio de Janeiro: 1995-96”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 20, out./dez., 1997, p. 194-204.

de segurança pública no governo Marcello Alencar tiveram que se posicionar perante tal questão.

O início e o desenvolvimento da Administração Alencar na área de segurança pública foram condicionados pela intervenção das Forças Armadas, e da polícia federal, no Estado através da chamada Operação Rio.²⁸ Os objetivos da intervenção militar foram assumidos e implementados pelo governo civil eleito, que tentou realizar tarefas que talvez só pudessem ser efetivadas durante um “regime de exceção”, com as consequências liberticidas que se podem antever. Freios institucionais²⁹ e oposição política³⁰ foram sistematicamente mobilizados para evitar que uma política de “lei e ordem” se efetivasse como “militarização” da política de segurança pública. Como resultado das lutas políticas travadas se teve uma Administração que, de fato, implementou uma “linha dura” na política de segurança pública – com respaldo popular –, mas que foi questionada e contida por seus excessos e pelos seus abusos.³¹ Neste trabalho que versa sobre a política de combate anti-sequestros o foco de atenção cai apenas sobre uma das linhas de atuação da Administração Alencar.

(28) Sobre os aspectos jurídicos e políticos da Operação Rio, ler: CALDEIRA, Cesar. “Segurança pública e cidadania: as instituições e suas funções no Brasil pós-constituente”, *Revista Archê*, n. 9, p. 5-25, 1994. E também, CALDEIRA, Cesar. “Operação Rio e cidadania: as tensões entre o combate à criminalidade e a ordem jurídica”, in REIS, Elisa; ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de; e FRY, Peter (coordenadores). *Política e cultura: visões do passado e perspectivas contemporâneas*. São Paulo : Hucitec-Anpocs, 1996. p. 50-74.

(29) Dentre esses freios usados destacaram-se dois: 1. As atividades da Comissão Especial de Segurança Pública, presidida pelo deputado estadual Carlos Minc (PT), que conseguiu ampliar o debate público, e exerce algum monitoramento, sobre a atuação das polícias para além do *âmbito corporativo-policial e do Executivo*. Além de iniciativas legislativas, a Comissão promoveu ações coordenadas entre o Legislativo e a Secretaria de Segurança Pública como o “Disque Tortura” para recebimento de denúncias e uma campanha chamada “Operação Varredura” destinada a retirar instrumentos destinados a torturas de prédios policiais. 2. As atividades da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre Violência Policial, presidida pelo deputado estadual Edmilson Valentim (PC do B).

(30) Merece destaque a articulação criada por entidades da sociedade civil, durante a Operação Rio, que foi chamada de “Fórum Permanente contra a Violência”. Ver: CALDEIRA, Cesar. “Operação Rio e cidadania: as tensões entre o combate à criminalidade e a ordem jurídica”, in REIS, Elisa; ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de; e FRY, Peter (coordenadores), *Política e cultura: visões do passado e perspectivas contemporâneas*. São Paulo : HUCITEC- ANPOCS, 1996. p. 61-62.

(31) Esse tema é discutido em: CALDEIRA, Cesar. “Segurança pública e sequestros no Rio de Janeiro: 1995-96”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 20, out./dez. 1997, p. 194-204.

4.1 *Secretaria de Segurança Pública (1994-1998)*

A atuação dos três Secretários de Segurança Pública³² revela mais continuidades que rupturas. Todos promoveram ações na área de segurança pública interna orientados por valores, crenças e concepções oriundos da doutrina militar. Partilhavam ainda da percepção que estavam comandando ações numa *guerra* interna. Conseqüentemente, usaram, com frequência, táticas militares como “blitzes”, “cercos”, “tomadas” e “ocupações” de morros e favelas onde se encontrava o “inimigo” (o narcotraficante pesadamente armado).

4.2 *Chefia da Polícia Civil (1994-1998)*

Três delegados chefiam a Polícia Civil.³³ Hélio Luz³⁴ foi certamente o mais polêmico, e o que mais insistiu nas diretrizes da “limpeza” da polícia, do combate à violência policial e de eficiência nas investigações. A Divisão Anti-Seqüestro se subordina à Chefia da Polícia Civil.

4.3 *Divisão Anti-Seqüestro (DAS): 1995-1998*

A promessa do governador Marcello Alencar era prender pelo menos um dos chefões do crime organizado logo nos primeiros quinze dias de governo.³⁵ Além dos traficantes de drogas, havia um bandido especializado em seqüestros extorsivos que era prioridade absoluta: Miguelzinho (Miguel Alves da Silva Neto). De acordo com a DAS, Miguelzinho era o mais atuante seqüestrador do Estado, tendo inovado em técnicas e organização.³⁶ A trajetória desse importante seqüestrador

⁽³²⁾ Os três secretários foram: o General-de-brigada, da reserva, do Exército Euclimar Lima da Silva (1.º.01.1995 até 16.05.1995); o General Nilton Cerqueira (17.05.1995 até 04.04.1998) e o Coronel de Exército Noaldo Alves da Silva (até o final da Administração Marcello Alencar).

⁽³³⁾ Foram os Delegados Dilermano Amaro, Hélio Luz e Manoel Vidal.

⁽³⁴⁾ Hélio Luz foi chefe da Polícia Civil de julho de 1995 a setembro de 1997.

⁽³⁵⁾ “Novo governo quer mostrar serviço com prisão de chefões”, *Folha de S. Paulo*, editoria nacional, 31.12.1994, p. 1-14.

⁽³⁶⁾ Pelo menos onze seqüestros foram atribuídos pela DAS à organização de Miguelzinho até o final de 1994. As vítimas seriam: Antônio Correia Barbosa – dono da Viação São Silvestre, seqüestrado em novembro de 1992; Ozualdo Gonçalves – dono da Transportes Atrevida, levado em maio de 1994; Francisco Nancy – seqüestrado na Casa de Saúde São Judas Tadeu, em Itaboraí, em dezembro de 1994; Antônio Lopes da Silva Cunha – dono dos supermercados Dallas e Rainha, levado em outubro de 1994; Parker Gilbert Cavalcanti – proprietário da agência de automóveis Telecar, seqüestrado em março de 1992; José Eduardo Ozório – dono da concessionária Auto Modelo, levado em setembro de 1992; Manoel Veiga Tiago – dono da Transportes Campo Grande, seqüestrado em Bangu em julho de 1993; Humberto Stor – proprietário da Viação

servirá para ilustrar, ao final desta análise, as dificuldades que ainda pairam sobre a avaliação da depuração e modernização da DAS entre 1995 e 1998.

Dez delegados chefiam a DAS no período.³⁷ O período de maior rotatividade foi o ano de 1995, em que passaram cinco delegados pela chefia da DAS. Esse foi o ano em que houve o maior número de seqüestros registrados. Em 1997, quatro delegados chefiam a DAS, observando-se que nos meses de setembro e outubro ocorreu também uma “onda de seqüestros” que justificou as mudanças no comando.

4.4 DAS: a imagem inicial e a trajetória da modernização

A DAS no início do governo Marcello Alencar espelhava a imagem do delegado Hélio Vígio, que a dirigiu durante dois anos (1992-1994). Em agosto de 1993, ocorreu o desaparecimento do funcionário da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) Jorge Antônio Carelli, que supostamente teria sido seqüestrado e assassinado por agentes da DAS. Esse caso recebeu grande cobertura jornalística e comprometeu ainda mais Vígio, contra quem já constavam inúmeras acusações de arbitrariedades. Em 1994, a “lista do Castor” somou à sua fama de truculento a de corrupto. A imprensa revelava ainda que Vígio vendia serviços clandestinos de segurança pessoal e patrimonial a empresários e executivos. Sua equipe pedia dinheiro às famílias de vítimas de seqüestro a título de despesas com equipamento. Seqüestradores eram extorquidos mesmo com a vítima ainda no cativeiro, como no caso do empresário José Alves Lavouras, executado em abril de 1993, após o pagamento de dois resgates.³⁸ Na saída de Vígio foram levados os arquivos e documentação dos seqüestros, ficando a DAS apenas com a memória viva de policiais que lá trabalharam.³⁹

Ideal, seqüestrado em Nova Iguaçu, em novembro de 1993; Wagner José Abrahão – sócio da agência de turismo Stella Barros, seqüestrado em março de 1994, em Xerém; Hayrton Bassini – levado na Rio-Teresópolis, em março de 1994; Manoel Alves Lavoura – dono da Viação Trel, seqüestrado em junho de 1994.

(37) Foram diretores da DAS em 1995 os delegados: Antônio Agra Lopes (até 21.02.1995); Ícaro da Silva (até 27.05.1995), Hélio Luz (até 05.07.1995), Alexandre Neto (até 04.11.1995), e Paulo Roberto Maiato (até 25.01.1996). Em 1996, a DAS teve três delegados como diretores: Paulo Maiato, Antônio das Graças Francisco Ragozzo (até 20.03.1996), Herald Paquett Spíndola Filho, e em 1997, teve quatro, Herald Paquett Spíndola Filho (até abril), Tércia Amoedo (até 14.09.1997), Terezinha Pereira Gomes (até 11.11.1997), Marcos Reimão. Em 1998, um delegado: Marcos Reimão (até 14.04.1999). Em 1999, dois delegados: Marcos Reimão e Fernando Moraes (que ainda é titular em fevereiro de 2000).

(38) Cf. “Hélio Vígio: um delegado de métodos truculentos”, *Jornal do Brasil*, caderno cidade, 27.08.1995, p. 29.

(39) Cf. “Diretor da DAS enfrenta primeiro seqüestro”. *Jornal do Brasil*, 1.º.06.1995, p. 25.

A Operação Rio, realizada pelas Forças Armadas, não conteve as atividades dos seqüestradores. Ao contrário, em comparação com o verão anterior, ocorreu um aumento de 171% das ocorrências de extorsão mediante seqüestro (um total de 46 casos).⁴⁰

A primeira reação da nova Administração foi “colocar um delegado com uma faca na boca” – um Rambo – na direção da DAS. Essa frase atribuída ao governador Marcello Alencar sugeria qual a diretriz que se deveria seguir.

Cerca de 150 policiais⁴¹ foram postos à disposição do novo diretor da DAS, Ícaro da Silva, e a DAS mudou-se da Barra da Tijuca (zona sul) para a Praça Mauá (zona portuária). Todos os novos policiais partilhavam da mesma inexperiência em investigações sobre seqüestros extorsivos, segundo depoimento de delegados que lá estavam na época. Apesar das promessas públicas do governo,⁴² não foram enviados os recursos necessários para aparelhar a DAS com equipamento de comunicação (celulares, aparelhos de rastreamento de chamadas telefônicas, rádios, computadores etc.). O equipamento de comunicação e rastreamento de chamadas que era usado foi “cedido pela Telej”. Sem informação arquivada sobre redes de seqüestradores,⁴³ sem experiência em investigações sobre seqüestros, e ainda sem equipamentos de comunicação adequados, a atuação da DAS estava condenada ao fracasso. Isto numa conjuntura em que o governador cobrava êxito nas investigações sobre seqüestros, como a do empresário Queiroz Galvão, um dos proprietários de uma importante construtora carioca. Mas, além dessas deficiências, permaneciam policiais da “banda podre” na instituição que estavam envolvidos com seqüestros.⁴⁴ Desgastado e irritado com a inoperância e corrupção na DAS, o governador Marcello Alencar anuncia que vai extinguir a instituição, sem nem mesmo consultar o seu Secretário de Segurança, que constrangido pede demissão. Esta crise que quase leva à extinção da DAS indica a gravidade da situação em maio de 1995.

⁽⁴⁰⁾ Cf. FERNANDES, Rubem César e CARNEIRO, Leandro Piquet. “Criminalidade, drogas e perdas econômicas no Rio de Janeiro”. Núcleo de Pesquisas do Iser, ago. 1995. p. 42.

⁽⁴¹⁾ A DAS tinha a estrutura seguinte: 1) um Serviço de Investigação e Operações Policiais. Dez delegados foram alocados na DAS, cada um chefiando uma equipe de dez agentes. 2) Serviço de Apoio.

⁽⁴²⁾ O governo prometeu até helicóptero para a nova DAS, que seria uma delegacia especializada do primeiro mundo.

⁽⁴³⁾ Quem primeiro declarou publicamente que Hélio Vígio havia levado os arquivos da DAS para sua empresa particular de segurança foi o Chefe de Polícia Hélio Luz. Segundo Hélio Luz, “se o Vígio entendesse de seqüestros, teria prendido algum seqüestrador. Na sua gestão a sua equipe seqüestrava. Herdamos a Divisão sem um arquivo de seqüestradores. Não houve sequer uma condenação dos detidos pelo Vígio”, *Jornal do Brasil*, “‘Shadow Cabinet’ dá primeira gafe”, 13.01.1996, p. 20.

⁽⁴⁴⁾ CALDEIRA, Cesar. “Segurança pública e seqüestros no Rio de Janeiro: 1995-96”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 20, out./dez. 1997. p. 206.

O novo secretário de Segurança Pública é o general Nilton Cerqueira, que indicou logo o delegado Hélio Luz como novo titular da DAS, com o encargo de depurar a instituição e torná-la eficiente no combate aos seqüestros. Perguntado por um repórter sobre o que mudaria na DAS sob a sua chefia, respondeu com uma frase que ficou famosa: “A partir de agora a Anti-Seqüestro não seqüestra mais.”⁴⁵

O que fez o delegado Hélio Luz para buscar eficiência e estancar a corrupção na DAS? De acordo com seu próprio depoimento, primeiro, havia falta de controle sobre os policiais lotados na DAS, que estavam divididos em equipes que trabalhavam de forma inteiramente dispersa. Era necessário restabelecer o controle sobre o que estava sendo feito.⁴⁶ Segundo, era preciso impedir a livre circulação no interior da DAS de representantes de empresas privadas, algumas até estrangeiras, que vendiam seguros contra seqüestro para empresários. Estes seguros não são permitidos por lei. Porém estavam crescendo e inúmeros empresários compravam esta proteção. Em consequência, quando se dava o seqüestro de um segurado, a seguradora pagava à família da vítima o seguro e assumia as negociações. Terceiro, era necessário acabar também com o trânsito livre de advogados especializados em negociações às dependências da DAS, pois esta atividade visava o pagamento do resgate aos seqüestradores. Com a soltura da vítima após o pagamento o caso estava encerrado, e o advogado podia receber seus honorários. Mas se tornava impossível uma investigação policial sobre o caso, e conseqüentemente, a “indústria de seqüestros” só tenderia a crescer.

Como se coibiu o acesso de representantes de empresas de seguro, e de advogados especializados em negociações? Eles passaram a ficar na portaria da DAS, segundo Hélio Luz. Conforme sugere o estudo de Emílio Dellasoppa,⁴⁷ um dos ingredientes das operações de conluio que se verificam nas organizações e instituições brasileiras, está numa “restrição ao uso de legítimos recursos disponíveis”. O tomador de decisões poderia aplicar rigorosamente a lei, inclusive usando de sanções severas, porém, opta por afastar do seu campo imediato de controle a questão, e sinalizar que de agora em diante os limites de tolerância são mais severos. Essa escolha é feita provavelmente com fundamento numa lógica de

(45) “Secretário ordena devassa completa na DAS: Hélio Luz, novo titular da Divisão Anti-Seqüestro, assume e avisa que acabou a fase que policiais participavam dos crimes”. *Jornal do Brasil*, 30.05.1995, p. 20.

(46) Hélio Luz trouxe para a DAS as primeiras viaturas policiais descaracterizadas. Até aquele momento as investigações sobre suspeitos eram conduzidas por policiais que transitavam alertando a todos sobre suas atividades!

(47) DELLASOPPA, Emílio. “Estratégias e racionalidade na Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro: marco teórico e abordagem metodológica”. Estudo apresentado na 1.ª reunião do Grupo Violência e Sociedade da CLACSO. Caracas : CLACSO/ LACSO, 2000. p. 1-47.

prudência e em nome da estabilidade institucional. Este estilo de controle administrativo pressupõe que as mudanças sejam, efetivamente, negociadas. Os atores institucionais que participam da repactuação das regras de convívio e de cooperação aceitam – pelo menos enquanto perdurar a correlação de forças políticas – orientar-se pelas novas diretrizes. Por outro lado, os que se submetem à observância dessa forma de controle têm a expectativa de que não sofrerão o “rigor da lei”. Em seu livro, Hélio Luz menciona que ao assumir a DAS, fez a advertência seguinte ao General Nilton Cerqueira, secretário de Segurança Pública:

“– General, aquilo lá tem muita corrupção e não há como dizer que eu vou chegar e parar imediatamente com os seqüestros. Até porque há policiais envolvidos.

Cerqueira o tranquilizou:

– Não vou te cobrar resultados a curto prazo. Quero só que você estanque a corrupção e mantenha a delegacia sob controle. Depois nós examinamos o que tem de ser feito a mais.”⁴⁸

Esse exemplo aponta para a necessidade analítica de vislumbrar que nas organizações realmente existentes ocorrem relações complexas, e pouco transparentes para os observadores externos, entre os atores e o sistema organizacional. No centro desta perspectiva estão as questões relativas à distribuição do poder dentro da própria organização, como, por exemplo, de que maneira os atores buscam maximizar seus recursos⁴⁹ e liberdade de ação através das mais diversas formas.

A gestão de Hélio Luz na DAS foi breve mas possibilitou que mudanças ocorressem. Primeiro, as equipes de investigação foram alteradas. Vinte e cinco novos policiais – dos quais cinco delegados – todos oriundos da Cisp (Central de Inteligência da Secretaria de Segurança Pública) passaram a integrar a DAS. Ao todo eram doze delegados chefiando grupos de seis a oito agentes. Inicialmente cada delegado acompanhava um caso, com sua equipe. Porém o número crescente de ocorrências fazia com que se acumulassem casos, e até que houvesse maior cooperação entre os delegados em casos que pareciam ser ligados a mesma quadrilha de seqüestradores. Segundo, houve a mudança física da DAS para o Leblon (zona sul), onde veio a partilhar o prédio construído por hoteleiros para funcionar a Delegacia Especializada no Atendimento a Turistas (Deat). Terceiro, alguns delegados vão, pela experiência em sucessivas investigações, aprimorando técnicas voltadas a monitorar, e orientar, as negociações em torno do resgate pedido e, eventualmente, rastrear e capturar o seqüestrador que conduz a negociação. Novos equipamentos chegam para aumentar o controle sobre as comunicações telefônicas efetuadas. Algumas investigações bem sucedidas começam a ocorrer.

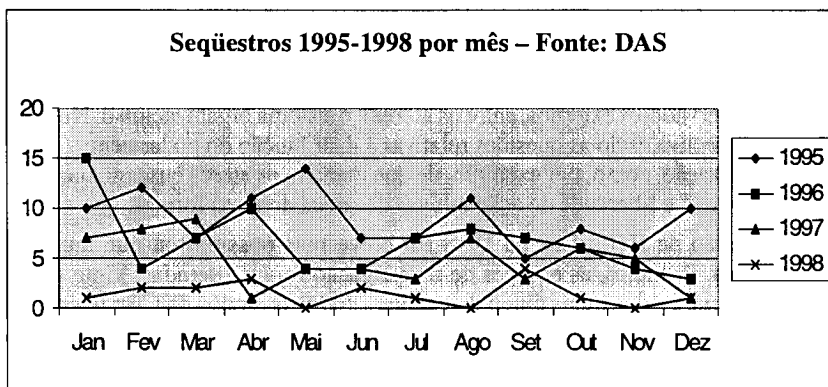
⁽⁴⁸⁾ BENJAMIN, Cid. *Hélio Luz: um xerife de esquerda*. Rio de Janeiro : Contraponto/ Relume-Dumará, 1998. p. 53.

⁽⁴⁹⁾ Um exemplo está na prática de policiais armazenarem informações e não partilharem o que sabem com os colegas de trabalho.

O Delegado Alexandre Neto, indicado por Hédio Luz para a direção da DAS, teve pelo menos um momento a comemorar: a prisão de integrantes de três quadrilhas de seqüestradores e a recuperação de R\$ 40 mil referentes a pagamentos de resgate.⁵⁰

Mas a onda de seqüestros era crescente, e os insucessos da DAS nas investigações sobre os três seqüestros de estudantes – filhos de empresários importantes –⁵¹ no dia 25.10.1995 vão levá-lo à demissão.⁵²

No final de outubro de 1995 a crise estava no auge. O governador chegou a sugerir que estavam querendo desmoralizar o seu governo: “Esses seqüestros são uma forma de desafiar meu governo. Eu aceito esse desafio. Guerra é guerra e, se for preciso, eu vou para guerra”, disse.⁵³ Havia suspeita de participação de policiais civis⁵⁴ e militares⁵⁵ nos seqüestros.



⁽⁵⁰⁾ A recuperação do resgate parecia uma novidade importante. “Recuperação de resgate faz divisão comemorar”. *Folha de S. Paulo*, editoria Cotidiano, 25.08.1995, p. 3-4.

⁽⁵¹⁾ Eduardo Gouveia Vieira, Carolina Dias Leite e Marcos Fernando Chiesa.

⁽⁵²⁾ “Negligência derruba o chefe da Anti-Seqüestro: Alexandre Neto será exonerado devido a desleixo de equipe da DAS na checagem de denúncia sobre cativo de Marcos Chiesa”, *Jornal do Brasil*, 03.11.1995, p. 14.

⁽⁵³⁾ “Governador acredita em complô”. *Folha de S. Paulo*, editoria Cotidiano, 26.10.1995, p. 3-7.

⁽⁵⁴⁾ Idem.

⁽⁵⁵⁾ “A DAS preparou uma lista com os nomes de 25 policiais militares da ativa suspeitos de integrar quadrilhas responsáveis pelos seqüestros que vêm ocorrendo no Rio de Janeiro.” Cf. “Rio faz lista de 25 PMs suspeitos”, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 14.11.1995, p. 3-1.

Na mobilização para capturar seqüestradores, e suspeitos de participação em seqüestros, chegou-se a colocar 500 policiais nessa no auge desta crise. Muitas prisões foram efetuadas, no período 1995-1998, como o gráfico abaixo indica.

ANO	1994	1995	1996	1997	1998*
Presos em flagrante e mandados de prisão cumpridos	29 (de 19/4 à 26/12)	146	123	109	134
Seqüestradores indiciados e com prisão preventiva decretada		41	86	33	

Fonte: SSP – SsPOp

(*) DAS (Divisão Anti-Seqüestro)

A intensidade da crise gerada pelos seqüestros de outubro de 1995 propiciou a mudança do diretor da DAS, porém sem mudar substancialmente as equipes já montadas na organização. A rigor, mudanças estruturais na DAS só ocorreram quando é demitido o Chefe de Polícia Hélio Luz em setembro de 1997. Antes dessa data há alguma circulação dos atores, porém o grupo principal é de “confiança” de Luz.

Este aspecto da dinâmica organizacional parece importante. Eventualmente as equipes podem não estar produzindo os resultados cobrados pela autoridade superior – principalmente na velocidade exigida pela mídia e pela sociedade. Mas existe um “crédito de confiança” dado aos policiais e a expectativa de que as investigações sérias levarão à solução dos casos atuais e prisão de seqüestradores envolvidos com casos antigos. A eficiência é cobrada pelas autoridades superiores mas é atenuada pela rede de lealdades recíprocas que se constroem horizontal e verticalmente pelos atores e pelos grupos que operam na organização. Estes mecanismos tornam cooperação e comportamento previsíveis (por exemplo, que após algum desvio de conduta, falha operacional séria ou irregularidade administrativa um policial seja afastado da organização – dependendo do grau de “visibilidade pública” do fato).

Em 1996, as equipes reunidas na DAS já evidenciavam um padrão mais moderno, e aprimorado tecnologicamente, de investigação centrado na interceptação das chamadas telefônicas relativas à negociação do resgate. São criados “bancos de vozes” de seqüestradores que conduzem as negociações. Os rastreamentos telefônicos são mapeados para localizar os lugares privilegiados de atuação das quadrilhas. A orientação da negociação passa a ser feita por policiais – cada vez mais especializados ao longo dos anos, inclusive com cursos em países como Israel. A função do policial orientador torna-se mais im-

portante na investigação.⁵⁶ Por exemplo, o orientador identificará de onde vem a ligação, e verificará se existe uma equipe de captura nas proximidades do local da chamada. Acompanhado de um familiar⁵⁷ da vítima, o orientador decidirá se a chamada deve ser atendida, ou não, e quanto tempo deve durar com o objetivo de que surjam novas pistas para a investigação. De acordo com o posicionamento das equipes de captura dos seqüestradores poderá haver uma tentativa de prisão. No final do período em estudo, as técnicas de posicionamento, e movimentação, de equipes de policiais já permitem que uma ligação telefônica de duração de um minuto e meio a dois minutos seja suficiente para uma captura bem sucedida.⁵⁸

Após a saída da delegada Tércia Amoedo da DAS, que ocorreu após a demissão do Chefe de Polícia Hélio Luz, a direção passa para a delegada Teresinha Pereira Gomes, policial de inteira confiança do novo Chefe de Polícia Manuel Vidal. Sem experiência em investigação de seqüestros,⁵⁹ a delegada assumiu a DAS com poderes delegados do Chefe de Polícia para conduzir mudanças. Houve uma notável remoção de policiais⁶⁰ e a DAS passou a operar com cinco delegados e noventa agentes.

Talvez por mera coincidência uma “onda de seqüestros” ocorreu exatamente durante esta gestão da DAS. No final de setembro a imprensa voltava a soar o alarme pois já existiam sete casos de seqüestros no mês e três outros casos eram investigados extra-oficialmente.⁶¹ Em outubro, a situação piorou: a polícia investigava oficialmente onze casos de seqüestros, e a cobertura da imprensa ficou

(56) O orientador também visa reduzir o valor do pagamento do resgate. No entanto, ao contrário do negociador particular, o orientador pode prolongar a negociação com o objetivo de aumentar as pistas necessárias para a captura dos seqüestradores, sem pagamento do resgate.

(57) O policial que orienta a negociação não fala diretamente com os seqüestradores.

(58) Essas capturas são realizadas por policiais que dirigem motocicletas – com grande habilidade para superar os problemas de trânsito do Rio. Em 1998, cerca de sessenta por cento dos casos começavam a ser resolvidos com a captura do negociador. Depois de preso, a autoridade policial pode negociar a delação do restante do grupo com o seqüestrador capturado. A redação determinada pela Lei 9.269, de 02.04.1996 para o § 4.º do CP permite este procedimento nos casos de “extorsão mediante seqüestro”. Cf. Código Penal, art. 159, § 4.º: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

(59) Durante o tempo que trabalhou na Polícia Civil, a delegada esteve em algumas delegacias distritais e na Corregedoria, trabalhando com o recém nomeado Chefe de Polícia, Manoel Vidal.

(60) Isto possivelmente atrapalha a investigação de vários seqüestros que estavam sob acompanhamento de policiais removidos.

(61) “Seqüestros crescem no Rio”. *Jornal do Brasil*, caderno Cidade, 2. ed., 27.09.1997, p. 20.

outra vez bastante intensa.⁶² Qual a novidade? Os seqüestradores vitimaram três executivos de grandes empresas.⁶³

O que se constata é que o impulso para mudanças na política anti-sequestros está relacionado diretamente a quem é a vítima do seqüestro, e não somente ao número de vítimas, o que é importante porque houve, desde 1994, uma “banalização” desta prática delituosa. Aquilo que causa, de fato, escândalo e mobilização político-social é a vulnerabilidade de certos setores da *elite* empresarial que são atingidos pela predação delinqüente. Aliás, a história da DAS está diretamente ligada, desde o início, precisamente a esta dinâmica político-social. No governo Moreira Franco (1987-1990), foi criada como “Divisão” – um *status* supostamente superior às delegacias – após o seqüestro do empresário e publicitário Roberto Medina (06.06.1990). Foi uma resposta simbólica. De fato, a DAS não foi estruturada, naquele momento, para funcionar. Atendia, no entanto, aos reclamos dos setores empresariais que ameaçavam “deixar o Rio” se os seqüestros extorsivos não fossem contidos. Durante o segundo governo Brizola (1991-1994) as relações com setores de empresários da mídia, da indústria e do comércio se deterioraram enormemente. Estes setores empresariais exigiam incursões policiais sobre os morros e favelas cariocas para restabelecer a ordem e para exterminar os traficantes de drogas (que supostamente eram a fonte de todos os males e novas práticas criminosas organizadas). A recusa da ocupação policial dos morros e das favelas cariocas está no centro deste debate sobre a política criminal. A Operação Rio veio a “federalizar” o problema com o cerco e a ocupação dos morros e favelas pelas Forças Armadas e Polícia Federal. Mas quando se constatou que, em relação ao verão anterior e apesar da Operação Rio, o roubo de carga havia aumentado 10%, que os roubos a banco cresceram 92%, e os casos de extorsão mediante seqüestro incharam em 171%, começou a mudar a apreciação do problema. Era necessário reprimir também a “criminalidade policial”, fator decisivo na composição do chamado crime organizado. Era, enfim, crucial criar uma “nova polícia”.

A pressão empresarial⁶⁴ sobre o governo Marcello Alencar sempre foi muito grande e explícita em relação aos seqüestros extorsivos. No dia 15.02.1995, quando

⁽⁶²⁾ “Onze seqüestros no Rio”. *Jornal do Brasil*, caderno Cidade, 2. ed., 18.10.1997, p. 18.

⁽⁶³⁾ Os seqüestrados VIP eram: Sônia Machado Jardim, diretora-financeira da Editora Record – que fez com que o fato tivesse divulgação internacional via rede empresarial cultural. Seqüestrada dia 16.10.1997; Rosane Manela, filha do dono da De Millus. Seqüestrada dia 13.10.1997; o empresário de transportes (aviações Acari e Transmil), Walmir Fernandes do Amaral. Seqüestrado dia 13.10.1997.

⁽⁶⁴⁾ A pressão vinha do empresariado local e internacional. Executivos de empresas estrangeiras instaladas no Brasil cobraram em reunião com secretário estadual de Segurança do Rio, General Nilton Cerqueira, no dia 05.07.1995, garantias para o empresariado interessado em investir no Estado. Em encontro promovido pela Câmara de Comércio Americano no Brasil, Cerqueira foi informado de que as multinacionais hesitam em se instalar no Rio por temer principalmente os seqüestros. O secretário foi

já se contavam 30 seqüestros no Rio, houve uma reunião de empresários e lideranças de entidades não governamentais, sobre o que fazer em relação à “indústria de seqüestros”.⁶⁵ Nesta época se articula uma ONG patrocinada por empresários – “Rio contra o Crime” – que irá, logo depois, montar um serviço, sediado junto ao Gabinete do Secretário de Segurança Pública, chamado “Disque-Denúncia”. As parcerias e as doações empresariais para a área de segurança pública também começaram cedo⁶⁶ e se mantiveram durante todo o período.

Em novembro de 1997, quando o delegado Marcos Reimão inicia sua gestão reformista, ele conta com o apoio da ONG “Rio Contra o Crime” para equipar e modernizar a organização. Reimão foi indicação do Secretário de Segurança, General Nilton Cerqueira, de quem era “pessoa de confiança”. Além de recursos tecnológicos de ponta, Reimão inovou em alguns pontos. Primeiro, quase todos os grupos e facções da Polícia Civil foram convidados, e vieram, participar da nova gestão da DAS, sob o controle de Reimão. Além disso, a nova gestão incorporou policiais militares – que se destacaram, por exemplo – como orientadores de negociações. Incorporar policiais militares é uma tarefa difícil devido às tradicionais rivalidades existentes entre as polícias. Pessoas de outras áreas,⁶⁷ como do Desipe que trata do sistema penitenciário, foram também trazidas para a DAS. Este tipo de participação provou ser útil para agilizar investigações, pois existem seqüestradores que comandam suas quadrilhas de dentro de penitenciárias. Havendo alguém “de confiança” do Desipe dentro a DAS se torna possível conduzir investigações dentro das penitenciárias sem usar a linha hierárquica de pedidos de permissão e sem deixar “vazar” informações sobre o andamento da operação. Segundo, novas técnicas de acompanhamento da família da vítima foram adotadas para gerar confiança no trabalho policial. A qualidade desse atendimento é decisiva às vezes para que famílias que tenham colaborado previamente com a DAS venham a entrar em contato com famílias que relutam em ajudar na investigação. Supostamente este acompanhamento deve ir até o julgamento do último seqüestrador preso daquele caso. Terceiro, adotou-se a diretriz de não interceptar o pagamento do resgate.⁶⁸

questionado por 60 executivos de empresas como IBM, Coca-Cola, Shell, Texaco, Unisys e Xerox. Cf. “Multinacionais pedem segurança no Rio”, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 06.07.1995, p. 3-3.

(65) “Entidades civis avaliam combate aos seqüestros”. *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 16.02.1995, p. 3-3.

(66) “Empresas podem dar equipamento para polícia, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 22/03/95, p. 2. O general Cerqueira chegou a dizer que a polícia não tinha aparelhos eletrônicos capazes de identificar de onde partiam os telefonemas dos seqüestradores. Cf. “Multinacionais pedem segurança no Rio”, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 06.07.1995, p. 3-3. Esta ajuda foi depois obtida.

(67) Cresceu também o intercâmbio como Ministério Público, as Forças Armadas e a Polícia Federal.

(68) A tentativa de interceptação do pagamento do resgate gera alto risco para a vítima porque é muito difícil capturar todos os seqüestradores que estão envolvidos na

A gestão de Marcos Reimão se distinguiu pelo sucesso em resolver os casos com captura de seqüestradores no cativeiro e libertação das vítimas sem pagamento de resgate.⁶⁹ Uma frase feita pelo delegado e divulgada pela imprensa também marcou o período: “É DAS ou desce”.⁷⁰

5. Breve nota sobre o “Disque-Denúncia”

A partir de uma reunião realizada em fevereiro de 1995, com o recém empossado Governador Marcello Alencar, um grupo de 25 empresários – que “representavam cerca de 99% do PIB carioca”⁷¹ – decidiram criar uma organização de suporte ao governo (Associação Rio contra o Crime). O projeto do Disque-Denúncia surgiu como um serviço patrocinado por esta ONG.

O projeto do Disque-Denúncia pretendia contribuir para a multiplicação da capacidade investigativa das polícias ao repassar as informações (denúncias) feitas pela população. É um projeto de baixo custo – cerca de 300 mil dólares por ano.⁷² Três pontos são fundamentais no projeto. Primeiro, existe a garantia de anonimato do denunciante. Isto garante a segurança do informante. É útil também para as polícias que podem alegar que obtiveram a informação pelo Disque-Denúncia mesmo quando, na verdade, tinham um informante policial envolvido na quadrilha. Segundo, o Disque-Denúncia paga recompensa. Este prêmio serve para incentivar denúncias daqueles segmentos indiferentes face às práticas delituosas, ou mesmo com envolvimento periférico com a criminalidade. A recompensa – por ser polêmica – gera ainda notícia e cobertura da mídia que poderia ter um custo financeiro vultoso neste empreendimento. Criminosos são procurados em até campanhas nacionais. A divulgação do retrato do criminoso e o

operação. Os policiais são atualmente orientados para filmar e fotografar os seqüestradores.

⁽⁶⁹⁾ Entre novembro de 1997 e março de 1999, a gestão de Reimão investigou 21 casos de seqüestros. Foram resolvidos 17 casos com estouro de cativeiro e sem pagamento de resgate. Quanto aos outros quatro casos: 1. Em um caso houve pagamento de resgate, que posteriormente foi recuperado (180 mil reais); 2. Em um caso a vítima fugiu do cativeiro; e 3. Em dois casos o resgate foi pago e as vítimas libertadas pelos seqüestradores.

⁽⁷⁰⁾ A frase é entendida como um desafio: ou o seqüestrador se rende à DAS ou desce para a vala, ou seja vai morrer. Em matéria mais recente a imprensa ainda lembrava a frase. Cf. “Roubo de carro é alvo de Reimão”, *O DIA on line*, 15.04.1999.

⁽⁷¹⁾ Expressão usada por Zeca Borges, diretor do Disque-Denúncia, em palestra na Cândido Mendes em novembro de 1999 ao contar a história da organização.

⁽⁷²⁾ Dentro do orçamento dedicado à Segurança Pública é quase insignificante. Por envolver pouco dinheiro talvez não tenha conseguido ser implantado em outros Estados da Federação. Dez por cento de pouco dinheiro não costuma interessar a alguns políticos e administradores.

anúncio da recompensa serve também para desestabilizar o ambiente do bandido: às vezes, o criminoso terá que mudar de local devido às notícias. Ao tentar restabelecer contatos, por exemplo com familiares, alguns são presos devido à interceptação telefônica. Terceiro, o Disque-Denúncia trabalha em “parceria” com a mídia. Entrega-se notícias e a mídia dá cobertura.

O Disque-Denúncia foi sediado na Secretaria de Segurança Pública, e como aparece no seu material de divulgação, está “diretamente ligado ao Gabinete do Secretário de Segurança Pública”. Esta localização foi necessária devido ao notável descrédito que a população tem nas polícias e suas investigações. Na avaliação dos criadores do serviço o povo não se interessaria em ligar para uma central de atendimento localizada num distrito policial ou num quartel da polícia militar. O general Nilton Cerqueira acabou se tornando um dos principais divulgadores da organização.⁷³

O acaso favoreceu a instalação do Disque-Denúncia. O clima de comoção popular com a violência urbana e, em particular, com os seqüestros fez ser politicamente possível operar a organização em agosto de 1995. Em setembro começa a divulgação do seu trabalho, por exemplo, mostrando como se pode identificar uma casa suspeita de ser um “cativoiro” com uma vítima de seqüestro. A principal história de sucesso ocorreu em novembro de 1995: dois estudantes, Carolina Dias Leite e Marcos Fernando Chiesa, foram libertados a partir de denúncias recebidas.

Atualmente o Disque-Denúncia parece um serviço consolidado dentro da Secretaria de Segurança Pública.⁷⁴ Mesmo assim, policiais reclamam de terem que investigar denúncias infundadas. O seqüestro do filho da empresária Vera Loyolla – que recebeu grande cobertura da imprensa – gerou 52 denúncias sobre o local do cativoiro. A DAS investigou cada uma delas. Nenhuma das denúncias estava correta.

6. Observações finais

Na análise da tentativa de reformar a DAS é importante verificar em que medida foram usados mecanismos de controle institucionais e formais como san-

⁽⁷³⁾ Esta ONG não conduz investigações policiais. As informações são passadas para o Cisp (Central de Inteligência da Secretaria de Segurança Pública). Por isso é curioso que seja noticiado, que no recente caso da prisão de um dos mais importantes seqüestradores do Rio – o Miguelzinho – o superintendente da Associação Rio Contra o Crime tenha *acompanhado o depoimento* do bandido em Recife. Ler: “Seqüestrador preso em Recife tem medo de voltar para o Estado do Rio”, *O Globo*, 2. ed., caderno Rio, 22.12.1999, p. 24.

⁽⁷⁴⁾ O serviço atende todas as denúncias vinte e quatro horas por dia. Atualmente há uma crescente segmentação no atendimento. Só para dar um exemplo, em média o Disque-Denúncia recebe 159 denúncias de violência familiar e oferece até um plantão com advogados para aconselhamento e orientação das vítimas.

ções positivas (por exemplo, a chamada “gratificação faroeste”, que será mencionada a seguir) e negativas (como, por exemplo, advertências, afastamentos, expulsão da Polícia Civil devido à corrupção, emprego de tortura, extorsão de seqüestradores etc).⁷⁵ No entanto, por hipótese, pode-se afirmar que parte importante das mudanças realizadas e dos resultados obtidos foram feitos através de negociações complexas, que comumente seriam chamados de “acertos” entre os atores internos da organização.⁷⁶ O grande desafio para o analista está em desvendar qual o significado prático desses acordos que são parte importante de como manter o controle sobre a organização.⁷⁷

Uma das políticas mais controversas adotadas pelo Secretário de Segurança Pública, General Nilton Cerqueira, foi a gratificação para os agentes policiais que se destacam em ações que demonstrem mérito especial. Seriam exemplos de atos que justificariam a gratificação que é definitivamente incorporada ao salário do policial: 1) localização e invasão de cativo, resgate do seqüestrado e prisão dos criminosos; 2) quando um policial, mesmo em inferioridade, reage contra criminosos e tem êxito. Essa política de gratificações seletivas foi bastante usada a partir de novembro de 1995 quando através do Decreto Estadual 21.743/95 entrou em vigor. A DAS recebeu um número elevado de gratificações polpudas⁷⁸ até o final do governo Marcello Alencar, conforme indica o quadro a seguir.

⁽⁷⁵⁾ Esta tarefa da pesquisa está começando a ser feita, mas os obstáculos são inúmeros. Existe uma Comissão Especial contra a Violência e a Impunidade, presidida pelo Deputado estadual Carlos Minc (PT) que solicitou informações às Corregedorias da Polícia Civil e Polícia Militar sobre as sanções aplicadas aos policiais desde 1996. Foram enviados para a Comissão parlamentar relatórios contendo estatísticas e números que não indicam a falta cometida ou onde estava lotado o policial. Este tipo de informação é praticamente inútil para o monitoramento pelo Legislativo do que passa efetivamente na tentativa de se depurar as polícias.

⁽⁷⁶⁾ Outro exemplo bastante conhecido, e controverso, foi o acordo que Hélio Luz fez com o “grupo Astra” – que previamente era apresentado como parte da “banda podre da polícia”. Após o entendimento sobre os limites da sua atuação, o grupo Astra passa a cooperar com a Chefia da Polícia que supostamente tinha como missão depurar a organização policial deste tipo de “policial-delinquente”. Ler: BENJAMIN, Cid. *Hélio Luz: um xerife de esquerda*. Rio de Janeiro : Contraponto/Relume Dumará, 1998. p. 87-107.

⁽⁷⁷⁾ As sanções aplicadas não serão geralmente severas (capaz de prejudicar a “carreira” do policial). Existe um conjunto de punições, algumas de cunho informal, que servirão para restabelecer a “ordem” negociada e os limites das condutas que serão toleradas. Toda esta dinâmica de relações de poder nas organizações é pouco transparente para a sociedade e para os analistas. Nas conjunturas de intensa crise social essas relações de conluio às vezes são percebidas como esquemas que asseguram a impunidade. Mais uma vez se recomenda o texto de Emílio Dellasoppa sobre este tema.

⁽⁷⁸⁾ A mais elevada gratificação atribuída a um policial da DAS foi a do delegado Marcos Reimão em 1998: cento e vinte por cento (120%).

Gratificações em pecúnia no período 1995-1998

Ano	Policiais Civis	Divisão anti-sequestro	N. de gratificações de 100%
1995	23	6	—
1996	210	28	26
1997	297	4	3
1998	533	69	5
Total	1.063	107	34

Fonte: Relatório enviado à Comissão Especial contra a Violência e Impunidade da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.⁷⁹

Entre as gratificações de 100% sobre o salário, em 1996, foram contemplados dois motoristas e um escrívão. Todas as outras premiações foram dadas a detetives. Porém não foi possível, neste momento da pesquisa, saber qual foi o ato que justificou a gratificação. Mas, pode-se constatar que os policiais da DAS tiveram um grande incentivo financeiro para melhorar sua atuação investigativa.

Um índice para avaliar o aprimoramento da atuação investigativa da DAS poderia ser em que medida o uso de violência letal diminuiu. No banco de dados construído a partir de notícias de jornais e revistas encontra-se um dado que poderia parecer paradoxal. Nos dois primeiros anos do período analisado (1995-1996) foram noticiados 3 (três) supostos seqüestradores mortos. No segundo biênio (1997-1998), foram noticiadas mortes de 12 (doze) supostos seqüestradores. Este aspecto do levantamento merece mais aprofundamento, e em particular, verificação de dados oficiais – aos quais, por enquanto, não foi permitido acesso. Fica, no entanto, uma hipótese a ser verificada: é correta a proposição de que mais recursos tecnológicos de investigação, mais informação prévia dada ao policial leva necessariamente à redução do uso letal da força?

As mudanças tecnológicas trazem alguns desafios ao controle penal. Nos últimos anos os cariocas vêm exibindo cada vez mais telefones celulares. Dentre as várias ofertas estão os telefones celulares pré-pagos, que se tornaram os preferidos dos seqüestradores. “A polícia não consegue rastrear ligações de telefones pré-pagos, porque não sabemos quem é o dono do aparelho”, explicou recentemente o Secretário de Segurança Pública, Coronel Josias Quental.⁸⁰ Em janeiro

⁽⁷⁹⁾ O autor agradece ao Deputado Carlos Minc (PT-RJ) o acesso a este material originalmente publicado no *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro*.

⁽⁸⁰⁾ “Rio pede à União cadastro para celular pré-pago: esse tipo de telefone tem sido usado em seqüestros pela dificuldade de rastrear ligação”. *Estado de S. Paulo on line*, 14.10.1999.

de 2000, uma lei estadual veio a obrigar as operadoras de telefonia celular a montar um cadastro de seus usuários. No cadastro deverão constar todos os dados pessoais do usuário que comprar o aparelho por este sistema.⁸¹

Por fim, uma notícia recente na imprensa veio a questionar se a depuração das polícias foi efetivamente realizada. No início do governo Marcello Alencar o principal alvo da DAS era o seqüestrador Miguelzinho, que continuou a praticar seqüestros importantes durante todo o ano de 1995. Depois Miguelzinho desapareceu e a polícia divulgou que ele tinha sido morto. Surpreendentemente, em dezembro de 1999, Miguelzinho foi preso em Recife, no nordeste brasileiro. Seus depoimentos à DAS e à imprensa fizeram remexer o tema das extorsões policiais aos seqüestradores. Ele revelou de que precisou pagar R\$ 1,2 milhão a policiais civis, em 1995, para fugir do Rio.⁸² Fecha-se um círculo em torno do tema do envolvimento de policiais com delinqüentes,⁸³ que é um problema crucial na atual discussão brasileira sobre o chamado "crime organizado".⁸⁴

Bibliografia

- AMORIM, Carlos. *Comando Vermelho: a história secreta do crime organizado*. 5. ed. Rio de Janeiro : Record, 1995.
- BENJAMIN, Cid. *Hélio Luz: um xerife de esquerda*. Rio de Janeiro : Contraponto/Relume-Dumará, 1998.
- BRASILIANO, Antonio Celso Ribeiro e RAPOSO, Hekel de Miranda. *Seqüestro ... como se defender*. Rio de Janeiro : Forense, 1997
- CALDEIRA, Cesar. "Operação Rio e Cidadania: as tensões entre o combate à criminalidade e a ordem jurídica", in REIS, Elisa; ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de; e FRY, Peter (coordenadores). *Política e cultura: visões do passado e perspectivas contemporâneas*. São Paulo : Hucitec-ANPOCS, 1996.

⁽⁸¹⁾ "Cadastro identificará os usuários de telefones celulares pré-pagos no Rio: objetivo da lei sancionada por Garotinho é inibir o uso por bandidos". *O Globo*, caderno Rio, 12.01.2000, p. 18.

⁽⁸²⁾ Miguelzinho contestou a versão da polícia de que fugira do Estado para não dividir com a quadrilha o dinheiro do resgate dos empresários Ivany Pinho e Carlos Pinho, donos do supermercado Rio, seqüestrados em outubro de 1995. Segundo Miguelzinho, três dias antes de os empresários serem soltos, policiais o encontraram e exigiram o dinheiro do resgate. O seqüestrador afirma que pagou R\$ 1,2 milhão (na época, próximo de um milhão de dólares) para escapar e que foi depois disso que surgiu a história de sua morte. Cf. "Tenho medo de ser morto", *Jornal do Brasil*, 22.02.2000, p. 1-21.

⁽⁸³⁾ Em 1999, o tema da criminalidade policial obteve uma matéria de capa importante: "Os crimes da Polícia", *VEJA*, 04.08.1999, p. 84-99.

⁽⁸⁴⁾ A respeito, ler: CALDEIRA, Cesar. "Política de segurança pública no Rio: apresentação de um debate público". *Archè*, n. 19, p. 13-37, 1998.

- _____. "Política de segurança pública no Rio: apresentação de um debate público". *Revista Archê*, n. 19, 1998.
- _____. "Segurança pública e cidadania: as instituições e suas funções no Brasil Pós-Constituinte". *Revista Archê*, n. 9, 1994.
- _____. "Segurança pública e seqüestros no Rio de Janeiro: 1995-96". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 20, out./dez. 1997.
- DELLASOPPA, Emílio. "Estratégias e racionalidade na Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro: marco teórico e abordagem metodológica". Estudo apresentado na 1.^a reunião do Grupo Violência e Sociedade da CLACSO. Caracas : CLACSO/LACSO, 2000. 48 p.
- FERNANDES, Rubem César e CARNEIRO, Leandro Piquet. "Criminalidade, drogas e perdas econômicas no Rio de Janeiro". Rio de Janeiro : Núcleo de Pesquisas do Iser, ago. 1995. 56 p.
- GAROTINHO, Anthony. *Violência e criminalidade no Rio de Janeiro: diagnóstico e propostas para uma política democrática de segurança pública*. Rio de Janeiro : Hama, 1998.
- VENTURA, Zuenir. *Cidade partida*. São Paulo : Companhia das Letras, 1994.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. São Paulo : RT, 1997.

7. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

7.1

EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO ESPECIAL

Tipicidade e possibilidade jurídica. Teoria da asserção. Retorno do processo ao Tribunal *a quo* para julgamento do mérito.

ADA PELLEGRINI GRINOVER

SUMÁRIO: 1. Consulta: 1.1 Quesitos – 2. Parecer: 2.1 Efeito devolutivo e recurso especial; 2.1.1 Delimitação (genérica) do efeito devolutivo; 2.1.2 Recurso especial: escopos e pressupostos de admissibilidade (em particular o tema do denominado pré-questionamento); 2.1.3 Efeito devolutivo do recurso especial, julgamento da causa e aplicação do direito à espécie; 2.1.4 Tipicidade e possibilidade jurídica no processo penal; 2.1.5 Divergência no julgamento da apelação – 3. Resposta aos quesitos.

1. A consulta

Honra-me o eminente advogado xxx encaminhando consulta, acompanhada de documentos, com pedido de parecer, em nome de xxx, relativamente a ação penal intentada pelo Ministério Público Federal, na qual o consulente e xxx foram denunciados como incurso no art. 17, *caput*, da Lei 7.942/86, em razão de operações de empréstimos que teriam sido feitas por empresa administradora de consórcio a outra empresa do grupo xxx.

Em primeiro grau de jurisdição, o pedido foi acolhido em relação ao consulente, para o fim de condená-lo às penas de “um ano e quatro meses de reclusão e vinte dias-multa”, sendo xxx absolvido. Inconformado, o consulente apelou sustentando, em síntese: a) atipicidade do fato e b) exclusão da culpabilidade por erro de proibição escusável.

O apelo, em votação unânime, foi conhecido e provido para absolver o consulente, constando da ementa o fundamento encampado, isto é, a “atipicidade da conduta quando o empréstimo ou adiantamento recai sobre recursos próprios”. Cumpre ressaltar que, no julgamento perante o Tribunal Regional Federal, a tese da atipicidade foi adotada por dois dos julgadores que compuseram a Turma julgadora, os quais, portanto, não examinaram a tese do erro de proibição (excludente de culpabilidade), tese esta que, contudo, serviu de fundamento para o terceiro dos integrantes da Turma. De qualquer forma, repita-se, a absolvição foi decretada de forma unânime.

Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs recurso especial que, de início e por votação unânime, foi conhecido e provido para restabelecer a

sentença singular, ao argumento de que o fato seria típico, consignando-se, na ementa, ser "indiferente que os recursos destinados ao empréstimo sejam de propriedade da própria administradora ou dos consorciados". A questão da exclusão da culpabilidade pelo erro de proibição não foi apreciada.

Não obstante os embargos declaratórios que o consulente manifestou, a condenação restou mantida agora por maioria de votos, havendo voto no sentido de trancamento da ação penal, bem como no sentido de que os autos baixassem ao Tribunal Regional Federal, para apreciação do fundamento da exclusão de culpabilidade por erro escusável de proibição.

Assim relatado o assunto, o consulente formula os quesitos abaixo arrolados, que versam exclusivamente sobre questões processuais postas nos autos.

1.1 Quesitos

1. Considerando o conteúdo do recurso de apelação interposto pelo consulente, bem como a conclusão e fundamentos adotados pelo Tribunal Regional Federal, será correto afirmar que a tese da exclusão da culpabilidade não chegou a ser apreciada pelo acórdão editado por aquela Corte, por resultar prejudicada?

2. Seria correto afirmar que o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal conteria um "voto vencido"?

3. No julgamento do recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, que ficou restrito à tese da (a)tipicidade do fato, poderia o Superior Tribunal de Justiça ter restabelecido diretamente a sentença condenatória de primeiro grau?

4. A rejeição dos embargos declaratórios, por voto de desempate e contra voto do relator (este reconhecendo o equívoco ao se restabelecer a sentença monocrática), pode ser considerada correta?

Bem examinada a questão, inclusive pelos documentos que a instruem, passo a proferir meu parecer, que se cingirá, tanto quanto as indagações formuladas, exclusivamente aos aspectos processuais já destacados.

2. Parecer

2.1 Efeito devolutivo e recurso especial

2.1.1 Delimitação (genérica) do efeito devolutivo

Como se sabe, e já tivemos oportunidade de observar no âmbito doutrinário, o chamado *efeito devolutivo* dos recursos "importa em transferir ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria (total ou parcial) já submetida ao julgamento do órgão inferior".¹ Dito efeito, pode-se dizer, é inerente a toda e qualquer modalidade recursal,

⁽¹⁾ Cf. Grinover-Magalhães-Scarance, *Recursos no processo penal*, São Paulo, RT, 1996, p. 51.

embora nos diferentes tipos de recurso previstos pela lei possa apresentar particularidades, algumas dignas de nota, conforme mais adiante será examinado.

É igualmente sabido que, o mencionado efeito comporta duplo enfoque: em *extensão* (horizontalmente) e em *profundidade* (verticalmente). Conforme observou José Carlos Barbosa Moreira, “delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar o *que* se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*; medir-lhe a profundidade é determinar *com que material* há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar”.²

Nessa linha de raciocínio, a *extensão* do efeito devolutivo é dada pela *extensão da impugnação*. Como já dissemos, nessa perspectiva, “o conhecimento do tribunal é limitado pela matéria impugnada pelo recorrente”.³ Assim, segundo observou, mais uma vez, Barbosa Moreira, “como não se concebe que a extensão da matéria impugnada seja *maior* que a matéria decidida, o julgamento do tribunal (...) nunca terá objeto mais extenso que o da sentença apelada (da decisão recorrida, poderíamos acrescentar, genericamente falando)”.⁴

Quanto à devolução em sentido *vertical*, a regra – aqui, mais uma vez, falando genericamente – é a de que “a *profundidade* do conhecimento do tribunal é a maior possível: pode levar em consideração tudo que for relevante para a nova decisão. Por isso é que o brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum* (relativo à extensão do conhecimento) completa-se pelo acréscimo *vel appellari debebat* (relativo à profundidade)”.⁵

Dessa forma, a profundidade do efeito devolutivo permite – em princípio – o exame de questões suscitadas pelas partes, inclusive das *não decididas pela sentença*: tanto questões examináveis de ofício, quanto questões que, não tendo essa natureza, “deixaram de ser apreciadas, a despeito de haverem sido suscitadas e discutidas pelas partes”, para lembrar, uma vez ainda, Barbosa Moreira.⁶

Esses são, em suma, os limites genéricos – ou ordinários, por assim dizer – do denominado *efeito devolutivo* dos recursos. Contudo, para os fins da presente consulta, cumpre examinar se – e de que forma – isso opera no âmbito do *recurso especial*, considerando-se seus fins e suas peculiaridades. É o que se passa a fazer.

2.1.2 Recurso especial: escopos e pressupostos de admissibilidade (em particular o tema do denominado pré-questionamento)

O recurso *especial*, como se sabe, tem por função proteger o direito objetivo, mediante a aplicação dos preceitos de lei federal. Não busca ele salvaguardar

⁽²⁾ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1993, n. 237, vol. V, p. 383.

⁽³⁾ Cf. Grinover-Magalhães-Scarance, op. cit., p. 52.

⁽⁴⁾ Barbosa Moreira, op. cit., n. 238, p. 383.

⁽⁵⁾ Cf. Grinover-Magalhães-Scarance, op. cit., p. 52.

⁽⁶⁾ Cf. Barbosa Moreira, op. cit., n. 244, p. 397.

diretamente os interesses das partes, mas primordialmente os do próprio Estado. A exemplo do recurso *extraordinário*, ele se distingue dos recursos “ordinários” – como já tive oportunidade de ressaltar – porque, enquanto estes são instituídos apenas para realizar o princípio do duplo grau de jurisdição, possibilitando o reexame das decisões judiciais para implemento da garantia de sua justiça e para controle dos atos estatais, aquele resulta da exigência de um regime federativo, que supõe a dualidade legislativa e de Justiças, tendo o propósito de assegurar a unidade de aplicação da lei federal.⁷

Conforme ressalta a doutrina, tanto o *especial* quanto o *extraordinário* têm escopos semelhantes: figuram como verdadeiros instrumentos de censura, destinados mais a manter a coerência e unidade do sistema jurídico constitucional e federal, do que a reparar injustiça cometida no julgamento proferido pela instância subalterna. A instância desses recursos não configura propriamente um “terceiro grau” de jurisdição.⁸

O cabimento desses recursos vem disciplinado, de maneira taxativa, pelos arts. 102, III e 105, III, da Constituição da República. Como todo e qualquer outro recurso, estão eles sujeitos a pressupostos de admissibilidade; alguns gerais, outros específicos. Sob este último ângulo, a doutrina aponta três pressupostos ou condições de admissibilidade: “a) a existência de uma *causa*; b) existência de um *decisão* emanada de tribunal, em único ou último grau de jurisdição; e c) *existência de questão constitucional ou federal sobre a qual tenha versado, expressamente, mencionado ato decisório*”⁹ (grifei). O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, partindo desses postulados, consolidaram jurisprudência mediante a edição de considerável número de *súmulas* a propósito da matéria, que não fazem mais do que reafirmar o caráter excepcional de tais remédios.

Dentre esses pressupostos, e considerando os termos da consulta, interessa-nos particularmente o requisito mencionado na letra *c* supra (existência de *questão federal* sobre a qual tenha versado, expressamente, o ato decisório recorrido), que se traduz naquilo que se convencionou denominar de *pré-questionamento*. Este, consoante já tivemos oportunidade de salientar no campo doutrinário, consiste no “prévio tratamento do tema de direito federal pela *decisão recorrida*. Tal requisito decorre da própria natureza e finalidade política dessas impugnações, criadas para possibilitar o *reexame* de decisões *em que tivesse sido resolvida uma questão de direito federal*”¹⁰ (grifei). E mais:

“Não teria sentido, com efeito, que os tribunais superiores da República tivessem que examinar em primeira mão temas novos, não suscitados na ins-

(7) Cf. “Pré-questionamento na rescisória trabalhista”, in *Novas tendências*, p. 312.

(8) Cf. Nelson Nery Júnior, *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*, 3. ed., São Paulo, RT, p. 374.

(9) Cf. Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo – Regramentos e garantias constitucionais do processo*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 114.

(10) Cf. Grinover-Magalhães-Scarance, op. cit., p. 271.

tância inferior. É o que a acentua a Súm. 282 do STF: 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada'.

Frise-se que a questão a ser levada ao STF ou ao STJ deve ter sido analisada na decisão recorrida, não bastando, obviamente, sua arguição pela parte durante o processo ou nas razões do recurso ordinário⁽¹¹⁾ (grifei).

O tema do *pré-questionamento*, de sua parte, está intimamente relacionado com o tema do *efeito devolutivo* dos recursos extraordinário e especial, ao qual chegamos. É que, conforme já tivemos oportunidade de escrever, tais recursos "destinados que são à rediscussão de questões de direito federal, possuem efeito devolutivo limitado, respectivamente, à matéria constitucional ou de lei ordinária que tenha ensejado sua admissão"⁽¹²⁾ (grifei).

Dessa forma, "somente os temas de direito enfrentados pelo tribunal a quo poderão ser reexaminados na instância superior; assim como não é possível à parte alegar matéria não prequestionada (Súm. 282 do STF), também não parece possível ao órgão julgador exceder os limites da devolução apreciando questões não ventiladas na decisão recorrida ou não abrangidas pelo apelo excepcional"⁽¹³⁾ (grifei).

Nesse mesmo sentido, Nelson Nery Júnior observou que "como o texto constitucional fala serem cabíveis os recursos extraordinário e especial das causas decididas, apenas o que estiver no corpo do acórdão é que pode ser objeto de impugnação pelas vias excepcionais dos recursos constitucionais"⁽¹⁴⁾ (grifei).

Tudo isso, contudo, precisa ser examinado diante dos termos da hipótese versada na consulta que, como anteriormente indicado, traz as seguintes particularidades: a) em primeiro grau, houve duas alegações defensivas distintas – atipicidade e excludente de culpabilidade –, ambas rejeitadas pelo decreto de procedência da demanda; b) em segundo grau, foi decretada a absolvição com base em apenas uma das alegações – atipicidade; c) o recurso especial insistiu na tipicidade da conduta, sendo esse o seu único fundamento; d) o Superior Tribunal de Justiça, acolhendo a tese do recurso – mas sem apreciar o fundamento da excludente de culpabilidade (não constante do recurso especial) – restabeleceu diretamente o decreto monocrático.

Diante disso, a questão é saber se:

a) por força do recurso interposto, ficou devolvida ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça apenas a questão da atipicidade – matéria essa expressamente enfrentada pelo acórdão local e, portanto, submetida ao *pré-questionamento*;

b) a questão da atipicidade é, no caso concreto, questão atinente a uma condição da ação (possibilidade jurídica), e não questão de mérito;

⁽¹¹⁾ Idem, ibidem.

⁽¹²⁾ Idem, p. 298.

⁽¹³⁾ Idem.

⁽¹⁴⁾ Cf. Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 372.

ou

c) o efeito devolutivo do recurso especial – aqui considerado em *profundidade*, como já examinado – remeteu ao Superior Tribunal de Justiça também a questão da excludente da culpabilidade – matéria essa, a rigor, excluída do *prequestionamento*, uma vez que não foi versada pelo acórdão regional.

Adiante-se que a resposta a essas indagações deverá ser completada, ainda, com o exame de outro aspecto, que será tratado na sequência (após o exame dos pontos acima indicados) *separadamente*:

d) a questão da excludente de culpabilidade foi *fundamento de um* dos votos constantes do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal. Assim, é também conveniente determinar se esse fundamento integraria – ou não – o acórdão local, determinando-se as repercussões dessa circunstância sobre o âmbito de julgamento do Superior Tribunal de Justiça.

2.1.3 Efeito devolutivo do recurso especial, julgamento da causa e aplicação do direito à espécie

É sabido que, no direito brasileiro, os recursos extraordinário e especial não se limitam necessariamente à anulação do julgamento recorrido. Nas palavras de Nelson Nery Júnior, “os nossos recursos constitucionais têm aptidão para modificar o acórdão recorrido. O provimento tanto do recurso especial quanto do extraordinário *tem como consequência fazer com que o STF e o STJ reforme ou anule o acórdão recorrido*”¹⁵ (grifamos). A propósito, já tivemos oportunidade de observar, no âmbito doutrinário:

“Finalmente, deve ser observado que no julgamento do recurso extraordinário ou especial o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso, não se limitam a *cassar* a decisão recorrida, devolvendo os autos para um novo julgamento. Isso somente ocorrerá quando, pela nova solução dada a questão de direito federal, ocorrer a decretação de uma nulidade processual. Fora dessa hipótese, o próprio tribunal superior, depois de fixado o entendimento que entende correto a respeito da *quaestio iuris*, *proferirá um novo julgamento da causa, à luz da tese adotada*”¹⁶ (grifei).

Lembrando o teor da Súm. 456 do STF (“O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie”), completamos observando que, “em matéria criminal, se o STF ou o STJ concluem sobre a aplicabilidade ou inaplicabilidade de uma determinada regra, diferentemente do que havia sido decidido pelo julgado recorrido, *deverão extrair dessa conclusão todas as consequências cabíveis para o julgamento do caso, podendo impor penas, reduzi-las, aumentá-las ou cancelá-las*”¹⁷ (grifei).

⁽¹⁵⁾ Cf. Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 372.

⁽¹⁶⁾ Cf. Grinover-Magalhães-Scarance, op. cit., p. 298.

⁽¹⁷⁾ Cf. op. e loc. citis.

Contudo, dizer que o STF e STJ – não sendo tribunais de cassação – devem prosseguir no julgamento e aplicar o direito à espécie não significa dizer que aqueles tribunais sempre o farão nas hipóteses em que, respectivamente, sejam conhecidos os recursos extraordinário e especial. É que tais recursos, como visto à saciedade, pautam-se por regras próprias, não podendo ser manejados como se simplesmente estivessem abrindo uma “terceira instância”.

Dessa maneira, para que os tribunais superiores – conhecendo dos recursos extraordinário e especial – possam “julgar a causa” e “aplicar o direito à espécie” (expressões da citada Súm. 456 do STF) *devem necessariamente estar presentes os requisitos exigidos para tais modalidades recursais*. Assim, se o recurso for conhecido e o julgamento da causa, por exemplo, depender de *reapreciação de fatos e provas*, não será possível prosseguir e “aplicar o direito à espécie”,¹⁸ sendo indispensável a anulação do acórdão recorrido e baixa dos autos à instância local.

O mesmo ocorre com o requisito do *pré-questionamento*, *não sendo possível que o STF e o STJ apreciem matérias não ventiladas no acórdão recorrido*. Nesse caso, como naquele acima cogitado, a única solução é a de se *anular o acórdão recorrido, baixando os autos ao tribunal local para apreciar a questão*; e isso, sob pena de se violar o contraditório (CF, art. 5.º, LIV) e a garantia do duplo grau de jurisdição, pela supressão de instância, afrontando-se, ademais, a regra inserta no art. 105, III, da CF, da qual se extrai a exigência do *pré-questionamento*.

Por isso é que, quando analisamos a questão no âmbito doutrinário, ressaltamos que o prosseguimento do julgamento, pelo STF e STJ, deverá ser feito “à luz da tese adotada”, extraíndo-se dessa conclusão todas as conseqüências “cabíveis para o julgamento do caso”. Vale dizer: a seqüência do julgamento continuará condicionada à presença dos pressupostos que autorizam o conhecimento dos outros temas que se apresentarem ao conhecimento do tribunal; se esses temas não puderem ser conhecidos (a questão, portanto, é de *limites da cognição*) impende seja determinada a volta dos autos à instância local. Esse, parece-nos, é o sentido que se deve dar ao enunciado contido na Súm. 456 do STF.

No caso submetido a consulta, o que se vê é que o STJ, ao afastar a alegação defensiva de atipicidade, *não poderia ter restabelecido a condenação imposta em primeiro grau, devendo, ao contrário, determinar o retorno dos autos ao tribunal local*.

Com efeito, ao afastar a tese da atipicidade, o STJ realmente não poderia passar a apreciar a tese da exclusão da culpabilidade. Essa matéria, considerando todo o exposto nos tópicos precedentes, não pode se considerar abrangida pelo efeito de-

⁽¹⁸⁾ Nesse sentido já decidiu o STJ, nos autos do REsp 17.646/RJ, inserto na *Revista de Jurisprudência do STJ* 34/423 *et seq.*, sendo relator o Min. Eduardo Ribeiro. No mesmo sentido: *RSTJ* 28/347 (rel. Eduardo Ribeiro).

volutivo do recurso especial. Como visto, não se aplicam a essa modalidade de impugnação as regras gerais contidas nos parágrafos do art. 515 do CPC (aqui, em tese pertinentes, porque contêm princípios da teoria geral dos recursos). Somente ficam devolvidas ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça as questões decididas pelo acórdão recorrido porque, do contrário, seria preciso desconsiderar a exigência do *pré-questionamento*. E, não tendo o acórdão regional apreciado a questão do erro escusável de proibição (excludente de culpabilidade), não poderia essa mesma questão considerar-se inscrita no efeito devolutivo do recurso especial, não podendo mesmo ser tratada pela Corte Superior.

No caso do recurso especial, o raciocínio não pode ser o mesmo da apelação, onde o efeito devolutivo em profundidade transfere ao tribunal todas as questões, ainda que não decididas. No caso da apelação, não vigora a exigência do *pré-questionamento* que, nesse caso, não poderia mesmo existir porque o Tribunal Regional Federal se calçou exclusivamente na tese da atipicidade, não lhe sendo possível ou necessário apreciar a tese – logicamente subsequente – da exclusão de culpabilidade.

E, ainda sob esse aspecto, não pode haver dúvida de que *o STJ não apreciou a matéria da excludente de culpabilidade*. Isso deve ser ressaltado diante da assertiva contida em um dos votos proferidos por aquela Corte Superior, ao ensejo dos embargos declaratórios: a matéria da exclusão da culpabilidade não seria estranha ao julgamento do Superior Tribunal de Justiça porque este, dando provimento ao especial, teria restabelecido e encampado a decisão monocrática que, por seu turno, teria apreciado a aludida questão.

O equívoco, parece-nos, é manifesto porque: 1.º) pelo chamado *efeito substitutivo* do recurso de apelação, a sentença foi substituída pelo acórdão do Tribunal Regional Federal, de tal modo que os termos da primeira não poderiam ser simplesmente “encampados” pelo acórdão do STJ; 2.º) o acórdão do Tribunal Regional Federal não julgou – como será demonstrado adiante – a questão da exclusão da culpabilidade. Assim, se a sentença foi substituída pelo acórdão e se o acórdão não julgou a questão, não haveria *o quê* o STJ “encampar”, nesse particular; 3.º) os fundamentos da sentença de primeiro grau não podem ser tidos como integrantes do acórdão do STJ pela singela razão de que a decisão monocrática foi alvo de recurso. Portanto, não poderia o STJ simplesmente adotar tais fundamentos, que precisamente eram o objeto do julgamento; 4.º) a prevalecer referida “adoção” estar-se-ia violando de forma direta as garantias da motivação das decisões (CF, art. 93, IX) e do contraditório (CF, art. 5.º, LV).

2.1.4 Tipicidade e possibilidade jurídica no processo penal

Mas, além disso, ainda que se admitisse, *ad argumentandum*, que o STJ pudesse prosseguir no julgamento, conhecendo de questões não versadas no acórdão recorrido (isto é, dispensando-se o requisito do *pré-questionamento*), mesmo

assim seria inviável decretar-se a condenação do consulente, porque o STJ, ao afastar a tese da atipicidade, descartou a ocorrência de impossibilidade jurídica do pedido, isto é, descartou a carência de ação. Assim sendo, não tendo havido julgamento do mérito, era crucial que o processo retornasse ao Tribunal Regional Federal, sob pena de o STJ estar conhecendo o mérito da causa sem que a Corte local o tivesse feito. Por outras palavras, a cognição empreendida para se reconhecer a tipicidade da conduta não permitia que, diretamente, o STJ passasse ao julgamento do mérito propriamente dito, sob pena de evidente supressão de um grau de jurisdição.

Ao descartar a atipicidade, o STJ descartou a ocorrência de carência de ação (impossibilidade jurídica do pedido), não lhe sendo dado passar diretamente ao julgamento do mérito sem que a alegação remanescente de excludente de culpabilidade tivesse sido adequadamente analisada (isto é, analisada pelo tribunal local).

Assim sendo, outra razão pela qual não pode prevalecer o acórdão do STJ (que restabeleceu diretamente a condenação do consulente) é o fato de que aquele aresto, ao afastar a tese da atipicidade, na realidade afastou a carência de ação – por impossibilidade jurídica do pedido – que, embora não explicitamente, fora reconhecida pelo Tribunal Regional Federal. Assim, se o STJ afastou a carência, não lhe era dado adentrar o mérito propriamente dito, sob pena de evidente supressão de um grau de jurisdição.

Esse argumento está calcado na premissa de que a tipicidade está relacionada com a *possibilidade jurídica* do pedido e, portanto, com uma das *condições da ação* – categoria que, como sabido, se opõe ao *mérito*. No caso submetido a consulta, isso realmente parece correto.

Em época precedente, tive a oportunidade de escrever que, no processo penal, o reconhecimento da atipicidade, ainda que declarada por ocasião da apresentação da denúncia (ocasionando sua rejeição), configuraria sentença de mérito, não se tratando de sentença de carência por impossibilidade jurídica do pedido. Naquela oportunidade, rejeitei a chamada teoria da asserção ou da *prospettazione*, segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas segundo as afirmações do autor. Dando razão a Liebman e Dinamarco, sustentei, então, que “a ocorrência das condições da ação mede-se frente à efetiva existência das mesmas (não importa o momento procedimental em que for examinado), e não em face de sua simples afirmação – ou *prospettazione*”.¹⁹

Passado considerável tempo desde então, continuo a entender que a mera questão cronológica (momento procedimental) não interfere com a qualificação sob exame. Contudo, aderindo ao desenvolvimento doutrinário experimentado ao longo desses anos, reconheço que a distinção entre as categorias das condições

⁽¹⁹⁾ Cf. *As condições da ação penal*, São Paulo, Bushatsky, 1977, p. 50 *et seq* e 70 *et seq*

da ação e do mérito pode e deve ser feita *segundo o grau de cognição empregado no julgamento*.

Entre nós, coube a Kazuo Watanabe o desenvolvimento da teoria assertista, à *luz da cognição desenvolvida no processo*. Segundo o ilustre processualista, “as ‘condições da ação’ são aferidas no *plano lógico* e da mera asserção do direito, e a *cognição* a que o juiz procede consiste em simplesmente confrontar a afirmativa do autor com o esquema abstrato da lei. Não se procede, ainda, ao acerto do direito afirmado”.²⁰

Watanabe relacionou o tema das condições da ação com a *profundidade da cognição*, afirmando que a “superficialidade da cognição” em casos em que se reconhece *prima facie* a inviabilidade da pretensão do autor – é “incompatível com o julgamento do mérito no processo de conhecimento”. E, de forma proveitosa para os fins deste parecer, conclui Kazuo Watanabe:

“(…) se a carência for reconhecida pela cognição estabelecida no primeiro plano da coordenação entre processo e direito, isto é, da mera afirmativa do direito, no plano hipotético, o *Tribunal não poderá julgar as ‘demais’ questões de mérito, pena de flagrante supressão do duplo grau de jurisdição*”²¹ (grifei).

A teoria da asserção, vista sob o prisma da intensidade da cognição, encontrou partidários na doutrina brasileira mais recente. Dentre eles, José Roberto Bedaque afirmou que “se o juiz realizar *cognição profunda* sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, *terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da questão*”²² (grifei).

Também Flávio Luiz Yarshell observou que a “aferição das chamadas ‘condições da ação’ nada mais é do que *um exame, apriorístico e superficial, da própria relação material ou de dados relevantes colhidos no plano substancial*. Trata-se de um *juízo formulado com base em cognição não exauriente da controvérsia que, desde logo, pode antecipar o insucesso do pleito deduzido pelo demandante*”²³ (grifei).

Mesmo Cândido Dinamarco, que acima foi lembrado como opositor da teoria da asserção, em escrito mais recente, sugerindo a relação entre possibilidade jurídica, de um lado, e tipicidade, de outro lado, observou: “Sempre, porém, que o próprio direito a tutelar em juízo seja regido pela regra da tipicidade estrita”, que é precisamente o caso do Direito penal, “*ter-se-á também a tipicidade de ação e, conseqüentemente, a possibilidade jurídica a ser apurada caso por caso*”.²⁴

(20) Cf. Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, São Paulo, RT, 1987, p. 69.

(21) Idem, ibidem, p. 71.

(22) Cf. *Direito e processo*, São Paulo, RT, 1995, p. 78.

(23) Cf. *Tutela jurisdicional*, São Paulo, Atlas, 1999, n. 17, p. 103.

(24) Cf. *Execução civil*, São Paulo, Malheiros, 1997, n. 252, p. 290.

E, de nossa parte, aderimos à teoria da asserção na ótica da profundidade da cognição, quando sustentamos, em obra recente, que a questão da prescrição pode não ser de mérito, quando a pretensão punitiva não seja examinada em profundidade, sendo a prescrição reconhecida em relação a uma pretensão hipotética. Assim, se o juiz não tiver examinado a pretensão punitiva em profundidade, decretando a prescrição de uma pretensão hipotética, afastada a prescrição em segunda instância, o processo deverá voltar ao órgão *a quo* para o exame do mérito.²⁵

A lição de Watanabe, secundada por Bedaque e Yarshell e por nós mesmos, parece aplicável ao caso submetido a consulta, onde o Tribunal Regional Federal – mesmo em cognição menos intensa e não exauriente – descartou, de forma peremptória, a tipicidade da conduta imputada ao consulente.

Embora o Tribunal Federal de Recursos tenha falado em “absolvição”, invocando o art. 386, III, do CPP, o certo é que a tipicidade foi descartada assim como posta pela denúncia, ou seja *in statu assertionis*. A questão de os recursos mutuados pela empresa a empresa coligada, serem próprios, e não de terceiros, não foi controvertida pelo Ministério Público. A denúncia jamais disse que os recursos seriam de terceiros. Entendeu haver tipicidade no simples fato do empréstimo. A tipicidade foi negada pelo Tribunal local e reconhecida pelo STJ, assim como afirmada pela denúncia (teoria da asserção). O caso é de carência da ação, por falta de possibilidade jurídica, devendo ser corretamente enquadrado na ausência de justa causa prevista no art. 43, I, do CPP.

A denúncia não imputou ao consulente fato que em tese constituísse crime (o mútuo da empresa a outra coligada, sem especificar que se tratava de recursos de terceiro). A questão de se tratar de recursos próprios não foi controvertida. Sendo os recursos próprios, e não de terceiros, o fato, em tese, não configurava crime. Assim decidiu o Tribunal Regional. Por isso, o STJ, ao afastar a atipicidade da conduta, reformou o decreto de carência de ação, competindo-lhe determinar a baixa dos autos para que a matéria residual da excludente de culpabilidade (esta sim autenticamente relativa ao mérito da questão) fosse adequadamente apreciada.

Nesse exato sentido, aliás, já decidiu o C. STJ:

*“Havendo no Tribunal estadual julgamento de extinção do feito por impossibilidade jurídica do pedido, impossível se mostra, no especial, analisar o mérito da causa. Afastado, nesta Corte, o motivo da decisão recorrida, devem os autos retornar ao tribunal de origem para prosseguimento no exame da apelação”*²⁶ (grifei).

E, em outro acórdão do mesmo Tribunal, assim se manifestou, em voto vencedor, o Min. Ruy Rosado Aguiar:

“O pronunciamento desta Turma limitou-se ao julgamento da questão posta em causa, qual seja, a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público

⁽²⁵⁾ Cf. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, *Recursos no processo penal*, São Paulo, RT, 1996, p. 85.

⁽²⁶⁾ Cf. REsp 51.875/RJ, DJU 08.06.1998, p. 110, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

para promover a ação civil pública, reconhecida pelo E. TAPR. Conhecido e provido o apelo, foi 'afastada a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público'.

'Convém, porém, ficar explicitado que os autos retornarão à E. Câmara para que prossiga no julgamento das demais questões propostas no agravo de instrumento'".²⁷

2.1.5 Divergência no julgamento da apelação

Por fim, e como anunciado, resta examinar a questão que consiste em saber se o Tribunal Regional Federal teria julgado a questão da excludente de culpabilidade (donde uma eventual "divergência" no julgamento); o que é relevante na medida em que eventual resposta positiva poderia ser usada como argumento em favor da possibilidade de, desde logo, o STJ restabelecer a condenação de primeiro grau. Contudo, a resposta a essa indagação é negativa e afasta a possibilidade retro aventada.

De fato, *não se pode dizer que o tribunal local tenha apreciado a alegação defensiva de exclusão da culpabilidade*, até porque, como dito e ressaltado, entendeu aquela Corte tratar-se de fato atípico. E nem mesmo os fundamentos do voto do ilustre Des. Federal André Nekatschalow – que (tanto quanto os demais) absolveu o consulente, só que reconhecendo o erro escusável de proibição – altera esse quadro.

É que, como sabido, a *divergência juridicamente relevante* – isto é, aquela que configura interesse recursal – é tão-somente a que diz respeito à *conclusão* do pronunciamento, não à sua *fundamentação*. Tanto isso é correto que, falando acerca do cabimento dos embargos infringentes, já tivemos oportunidade de dizer que "se todos os votos concluíram pela condenação, *mas sob motivos diferentes*, não cabem os embargos. Na verdade, *faltaria no caso interesse em obter-se simplesmente uma modificação nos motivos que levaram ao resultado desfavorável*"²⁸ (grifei).

Nas palavras de Nelson Nery Júnior, "tem-se conhecimento da divergência por intermédio do conteúdo da declaração do voto vencido. *Importa aqui o aspecto quantitativo do voto vencido, vale dizer, sua conclusão*"²⁹ (grifei). Da mesma forma, Barbosa Moreira fala que *apura-se o desacordo pela conclusão do pronunciamento de cada votante, não pelas razões que invoque para fundamentá-lo*³⁰ (grifei). Assim, ainda, Vicente Greco Filho lembra ser possível "que um ou

(27) EDcl no REsp 177.965/PR (98/0042342-7).

(28) Cf. Grinover-Magalhães-Scarance, op. cit., p. 219.

(29) Cf. Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 369.

(30) Cf. Barbosa Moreira, op. cit., p. 515.

mais juízes divirjam quanto à argumentação, não quanto à conclusão”, ressaltando que “o desacordo entre os juízes apura-se pela *conclusão* de cada votante, não pelas razões que invoque para fundamentá-lo”.³¹

No caso submetido a consulta, não se pode afirmar que o Tribunal Regional tenha apreciado a matéria relativa à exclusão de culpabilidade. Embora essa questão tenha sido devolvida (em profundidade) por força do recurso de apelação, o certo é que não chegou a ser adequadamente julgada porque, na conformidade dos votos que estabeleceram o fundamento da absolvição, prevaleceu a tese da atipicidade do fato, não sendo lógico ou necessário examinar-se – porque evidentemente prejudicada – a questão (subseqüente) do erro escusável de proibição.

Nem é correto afirmar que o acórdão editado pelo Tribunal Regional conteria um *voto vencido*. Tecnicamente falando, como visto, só se pode considerar como tal a divergência que repousa na parte dispositiva do acórdão; o que, claramente, não é o caso. Evidência disso é que não haveria *interesse recursal* para o consulente interpor recurso especial contra o aresto, diante da *ausência de prejuízo*. Sobre esse tema já tivemos oportunidade de observar que:

“Por tudo isso, a postulação de um conceito *unitário* do interesse em recorrer exige uma ótica antes *prospectiva*, em que se dá ênfase à *utilidade*, entendida como *proveito que a futura decisão seja capaz de propiciar ao recorrente*. Esta visão permite abranger todas as hipóteses, quer se trate de recursos das partes, quer de terceiros, quer do Ministério Público, enquanto fiscal da lei ou órgão de justiça”³² (grifei).

Por outro lado, não se pode confundir o pronunciamento de um dos integrantes do colegiado, de um lado, com a manifestação do colegiado propriamente dito, de outro. Nesse particular, é indiscutível que o *resultado* do julgamento, no TRF, foi o de absolvição do consulente pelo fundamento da atipicidade.

Dessa forma, no caso submetido a exame, o que se conclui é que o Tribunal Regional Federal não julgou a questão da exclusão de culpabilidade. Assim sendo, é natural que o recurso especial interposto pelo Ministério Público não tenha devolvido essa matéria ao STJ, não podendo o tema, portanto, ser apreciado naquele Tribunal Superior, quer porque não transferido ao respectivo conhecimento, quer porque ausente o requisito do pré-questionamento.

3. Resposta aos quesitos

1. Considerando o conteúdo do recurso de apelação interposto pelo consulente, bem como a conclusão e fundamentos adotados pelo Tribunal Regional Federal,

⁽³¹⁾ Cf. Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1999, 2.º vol., p. 320.

⁽³²⁾ Grinover, Magalhães e Scarance, *Recursos no processo penal*, p. 53-54.

será correto afirmar que a tese da exclusão da culpabilidade não chegou a ser apreciada pelo acórdão editado por aquela Corte, por resultar prejudicada?

R. – É correto. Conforme exposto no parecer, a excludente de culpabilidade não pode ser tida como julgada pelo Tribunal Regional Federal, não obstante as considerações constantes dos fundamentos de um dos votos ali proferidos.

2. Seria correto afirmar que o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal conteria um “voto vencido”?

R. – Não, pelas razões expostas ao longo do parecer.

3. No julgamento do recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, que ficou restrito à tese da (a)tipicidade do fato, poderia o STJ ter restabelecido diretamente a sentença condenatória de primeiro grau?

R. – Não, conforme fundamentos expostos no parecer. Ou seja, quer porque a questão da exclusão da culpabilidade não foi julgada pelo Tribunal Federal, não tendo havido pré-questionamento e não tendo sido devolvido seu conhecimento ao STJ; quer porque este C. Tribunal rejeitou um decreto de carência de ação (impossibilidade jurídica pelo não reconhecimento da tipicidade, assim como posta *in statu assertionis*).

4. A rejeição dos embargos declaratórios, por voto de desempate e contra voto do relator (este reconhecendo o equívoco ao se restabelecer a sentença monocrática), pode ser considerada correta?

R. – O correto teria sido adotar-se a solução encampada pelo voto do eminente Ministro-relator, determinando-se a volta dos autos ao Tribunal Regional Federal, para julgamento da matéria residual, concernente à exclusão da culpabilidade.

É o parecer.

São Paulo, 13 de março de 2000.

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

8.1

AS IMPLICAÇÕES DO APRISIONAMENTO MATERNO NA VIDA DOS(AS) FILHOS(AS)

CLAUDIA STELLA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Panorama nacional: 2.1 A população encarcerada; 2.2 Legislação; 2.3 Maternidade e prisão; 2.4 Gravidez no sistema prisional brasileiro; 2.5 Manutenção de vínculos entre mães presas e seus filhos; 2.6 Guarda dos filhos de mulheres presas – 3. Experiências Internacionais: 3.1 Guarda em presídio de filhos de mulheres presas; 3.2 Outros tipos de guarda; 3.3 A manutenção dos vínculos; 3.4 O impacto da prisão materna nas crianças – Referências bibliográficas.

Resumo: O objetivo deste artigo é chamar a atenção para um problema social praticamente ignorado pela literatura acadêmica nacional, pelos profissionais da área e pela população em geral: as implicações da prisão materna na vida de seus (suas) filhos (as).

Para contextualizar essa questão este artigo se divide em duas partes. Na primeira discute o panorama nacional enfocando a população encarcerada, a legislação sobre o tema, a maternidade e gravidez no contexto prisional, a manutenção de vínculos entre mães presas e seus filhos e as possibilidades de guarda das crianças.

Complementando a primeira, a segunda parte descreve e contextualiza as experiências discutidas pela literatura internacional, evidenciando uma reflexão sobre o tema que, apesar de insuficiente, é mais avançada do que a da realidade brasileira.

Palavras-chaves: Prisão materna – Mulheres presas – Guarda – Cárceres brasileiros.

1. Introdução

O objetivo deste artigo¹ é chamar a atenção para um problema social praticamente ignorado pela literatura acadêmica nacional: as implicações do encarceramento de pais/mães na vida de seus (suas) filhos (filhas),² dando visibilidade a um problema social na esperança que ele figure na agenda das políticas públicas brasileiras.

⁽¹⁾ Artigo é baseado na dissertação de mestrado: "Filhos(as) de mulheres presas: soluções e impasses para o seu desenvolvimento" (Stella, 2000), defendida no programa de Psicologia Social da PUC-SP.

⁽²⁾ A partir deste momento optarei por utilizar o genérico masculino para não sobrecarregar o texto.

A afirmativa de que para ter um desenvolvimento normal e saudável é indispensável a presença dos pais (pai/mãe) na vida cotidiana da criança esteve presente na construção de várias teorias das Ciências Humanas e Sociais, especialmente da Psicologia. Essa posição provocou e desenvolveu-se em pesquisas que procuraram analisar qual a composição familiar de crianças e adolescentes “problemáticos”, como os “delinquentes” estudados por Winnicott (1995), ou quais os efeitos da ausência materna em crianças e adolescentes, discutidos por Bowlby (1995) e Spitz (1993).

De qualquer modo, a separação entre pais e filhos e abandono de crianças/ filhos (voluntária ou involuntariamente) é um tema recorrente não só no imaginário social, mas também, nas Ciências Humanas e Sociais.

Portanto, trabalhos que discutem a separação entre pais e filhos, seus impactos e suas conseqüências para o desenvolvimento das crianças, não são novidade. A separação das crianças de seus pais em decorrência da prisão e suas conseqüências tem sido pouco estudada no Brasil e no mundo, apesar de seu número não ser insignificante (Sack, Seidler & Thomas, 1976). Esse descaso também se reflete na insuficiência e inconsistência de políticas públicas para o atendimento de filhos de homens e mulheres presos.

Apesar da pouca importância atribuída à questão, nota-se que, ultimamente, tem crescido a preocupação de pesquisadores(as) sobre as separações entre pais e filhos decorrentes do encarceramento. Esse maior interesse também se deve ao aumento do contingente de pessoas presas (homens e mulheres),³ especialmente nos Estados Unidos da América (EUA).

O tema discutido neste artigo – as implicações da prisão para os filhos de mulheres presas⁴ – envolve imagens antagônicas de infância e prisão dos pais, especialmente da mãe.

As mães, que são as principais guardiãs das crianças em nossa sociedade, quando presas, são atingidas por imagens negativas e estigmatizadas, ferindo o mito da “boa mãe”.

“Os estereótipos tradicionalmente aceitos sobre masculino e feminino e as definições normalizadoras do ambiente familiar contextualizam a figura imaculada

(3) Apesar do número de mulheres encarceradas ser significativamente menor que o de homens (nos EUA, em 1998, 78.000 mulheres estavam encarceradas frente a 1 milhão de homens, segundo o Departamento de Justiça Americano), o crescimento é, ligeiramente, mais intenso para a população feminina: desde 1980 a população de mulheres presas triplicou nos EUA. Em 1997 o índice de presidiárias aumentou em 6% enquanto que dos presidiários cresceu em 4,7%. (Steagal, 1998). Esse aumento é, possivelmente, conseqüência de maior preocupação norte-americana com o consumo e tráfico de drogas.

(4) Optei pela denominação *mulheres presas*, por oferecer um conceito amplo de prisão: “preso: condenado à pena de prisão, ainda que não seja na cadeia. Diz-se da pessoa que é detida pela polícia para ulterior processo. Metido em prisão; encarcerado” (Holanda Ferreira, 1995, p. 527).

da mãe. Impermeáveis às emoções fortes – intenso só o amor pelo filho – que possam obstaculizar a dedicação e abnegação necessárias ao desempenho do papel materno, as mulheres cumprirão a missão de se responsabilizarem integralmente pelo filho, sentirem por ele um amor incondicional, serem disponíveis e devotas e possuírem o equilíbrio e o bom senso que viabilizem a experiência da maternidade sob essas condições” (Novelino, 1989, 116).

Na história das punições sociais, a prisão foi construída por e para homens. Como aponta Foucault (1977), o objetivo era ser um aparelho que transformasse homens. Marginais e ladrões, depois de devidamente treinados e disciplinados, seriam docilmente reintegrados à sociedade como homens de bem, prontos para serem úteis a si e à Nação. O autor apenas cita que, ao longo da história, mulheres e crianças também estiveram presas, não discutindo, porém, a especificidade do cárcere feminino.

Outros autores renomados dos estudos prisionais, como Goffman (1988, 1996) e Perrot (1992), também não tratam da prisão feminina. Como afirma Bierrenbach (1998):

“Este é um assunto pouco conhecido e quase nunca desvendado, talvez, por ser considerado de menos importância, assim como o é qualquer tema relativo à questão de gênero, diante da cultura dominante na nossa sociedade” (Bierrenbach, 1998, p. 71).

Com base nessas reflexões, um aspecto foi se destacando nas implicações do encarceramento materno: as soluções e os impasses que envolvem a guarda de crianças pequenas (0 a 6 anos) filhas de mulheres presas.

No senso comum, traduzido no dicionário, o termo *guarda* significa cuidado, vigilância, proteção, amparo, favor, benevolência (Holanda Ferreira, 1995). No plano jurídico, reserva-se ao termo *guarda* uma conotação específica, adquirida na área da legislação sobre infância e adolescência, que obriga os guardiães à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo-lhes o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33).

As possibilidades de guarda, para os filhos de mulheres presas, fazem emergir um conflito básico entre o direito da criança ao convívio familiar e as funções básicas de punição e isolamento da prisão.

Os movimentos sociais pelos direitos dos presos e os movimentos sociais pelos direitos das crianças têm aberto novos espaços de discussões e novas possibilidades para que o convívio entre pais e filhos seja assegurado. No Brasil, diversos acontecimentos violentos envolvendo presidiários, na década de 90, intensificaram o movimento pelos direitos dos presos, com o apoio da Anistia Internacional. A campanha da fraternidade de 1997 da Conferência Nacional de Bispos do Brasil (CNBB) – *Cristo liberta de todas as prisões* – foi um marco importante nessa luta, tendo privilegiado o contato familiar do preso.

O movimento pela infância brasileira teve seu ponto alto com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990. A partir de então,

várias ações foram desencadeadas e a luta pelo direito da criança à convivência familiar, no Brasil, foi intensificada.

No entanto, os principais eixos da lógica norteadora da prisão – punição, reabilitação e saneamento social – podem potencializar o grau das implicações da separação pais/filhos pelo aprisionamento, uma vez que tendem a isolar o indivíduo do convívio social e dificultar a relação da criança com seus pais.

Assim, uma contraposição se faz presente: uma nova ordem, implementada pelos movimentos sociais, que lutam pela seguridade de direitos, como a convivência familiar de presos e suas crianças; e uma antiga ordem, de estigmas e padrões sociais ligados à criminalidade e à instituição prisional, que podem inviabilizar a aplicação das leis, engessar as políticas públicas e extinguir programas sociais. Essas contradições geram soluções e impasses na busca de cuidados para com as crianças filhas de homens e mulheres presos.

2. Panorama Nacional

2.1 A população encarcerada

A Human Rights Watch, no relatório *O Brasil atrás das grades* (1998), aponta que a população carcerária brasileira, assim como no resto do mundo, é composta principalmente por homens, jovens, pobres e com baixo nível de escolaridade.

A principal fonte para a descrição do perfil do preso brasileiro são os censos penitenciários, que coletam dados sobre a população carcerária no território nacional, sendo desagregados por unidades da federação.

Os censos penitenciários variam quanto à extensão dos quesitos inquiridos e dos sistemas carcerários incluídos. O último censo penitenciário realizado e publicado no Brasil é de 1995. A coleta de dados para um novo censo foi realizada em 1997. Apesar de ainda não publicado, aparecem em algumas publicações dados sobre o Estado de São Paulo, coletados por esse novo censo (Bierrenbach, 1998).

Assim, os dados disponíveis são desatualizados e não oferecem a real e atual dimensão da população carcerária. Contudo, alguns dados gerais extraídos destas duas coletas nos dão um pequeno esboço do perfil da população carcerária.

No Brasil, quando da coleta do Censo de 1995, 148.760 pessoas estavam presas em delegacias, cadeias e presídios espalhados em todo território nacional. Dessas pessoas, 39,3% estavam presas em regime fechado, a maioria composta por homens (96,3%), que estavam condenados de 4 a 8 anos de prisão. Os crimes contra o patrimônio, roubo e furto eram cometidos com mais frequência, somando 25,7% dos delitos que levavam à prisão.

O déficit de vagas no sistema carcerário estava estimado em 75.887 no País, sendo o Estado de São Paulo, na época, deficitário em 32.332 vagas, o que já acarretava a superlotação dos estabelecimentos prisionais disponíveis. A

superlotação é considerada um dos grandes problemas do sistema prisional, tendo sido agravada nos últimos anos por falta de políticas públicas penais efetivas e pela promulgação da Lei dos Crimes Hediondos, em 25.07.1990. Essa lei, elaborada em resposta a uma onda de seqüestros que ocorreu no País na década de 80, aumentou a pena de vários crimes e tornou inafiançáveis os crimes de tráfico de drogas e seqüestro, o que contribuiu para o crescimento do número de pessoas detidas que aguardam julgamentos nas cadeias e delegacias de nosso País.

As constantes fugas e rebeliões denunciam mais um problema do sistema. Provavelmente, além da morosidade da assistência judiciária, as relações conflituosas e violentas entre presos e funcionários podem estar na base das revoltas e dos motins.

Embora a superlotação seja considerada um problema relevante do sistema penitenciário brasileiro atual, ela pode ser muito mais o sintoma do que a causa. Sérgio Adorno e Eliana Bordini, em 1989, assinalavam que governantes após governantes limitaram-se a construir novas unidades prisionais, aumentando o número de vagas, sem, contudo, reformular as políticas penais.

Tal situação permaneceu durante a última década, conforme o relatório da Human Rights Watch (1998):

“Os problemas nas prisões do Brasil representam uma consequência lógica de duas décadas de elevadas taxas de criminalidade, aumento de pressão pública em favor do ‘endurecimento’ contra o crime e a contínua negligência dos políticos” (Human Rights Watch, 1998, p. VI).

A reincidência também denuncia a inoperância do sistema carcerário, pois, como afirmam Sérgio Adorno e Eliana Bordini, um número elevado de reincidentes pode indicar um sistema ineficiente, que não atinge uma das finalidades para que foi criado: a ressocialização do preso à sociedade. Em 1986, em São Paulo, 47% da população carcerária era reincidente (Adorno & Bordini, 1989).

Os problemas do sistema penal brasileiro são intensificados pela falta de direcionamento único, já que o Brasil administra não um, mas vários sistemas penais estaduais, com estruturas organizacionais distintas, polícias independentes e, em alguns Estados, com leis suplementares de execuções penais (Human Rights Watch, 1998).

Em São Paulo, existe mais uma subdivisão importante do sistema punitivo: as cadeias e carceragens das delegacias (onde os presos aguardam julgamento) pertencem à Secretaria Estadual de Segurança Pública, enquanto os presídios estão sob a responsabilidade da Secretaria Estadual da Administração Penitenciária.

São Paulo, Estado mais populoso do País, é também o que detém o maior número de presos: 58.778 (na coleta de 1995), o que equivalia à 39,51% da população carcerária nacional.

A quase totalidade das fugas em São Paulo, assim como no resto do País, ocorre no regime semi-aberto⁵ (92,4%), que tem por objetivo o incentivo ao trabalho em colônias agrícolas, industriais ou estabelecimentos similares.

Com esses inúmeros problemas, o sistema prisional brasileiro não cumpre os cinco objetivos a que se propõe: reabilitação do transgressor e sua posterior reinserção social; punição do indivíduo, afastando-o definitivamente do crime; prevenção de outros atos criminais; interdição dos agressores, tirando da sociedade as pessoas indesejadas; resposta social ao crime (Mathiesen, 1997).

No Brasil, poucos estudos e levantamentos estatísticos têm tratado da população feminina encarcerada. Muitas vezes, elas são excluídas desses estudos – como o realizado pelo Cebap sobre o perfil do trabalhador preso paulista, em 1986 – exclusão justificada por sua insignificância numérica (Brant, 1986).

Segundo o Censo Penitenciário de 1995, estavam presas no País 5.493 mulheres, o que correspondia a 3,7% da população carcerária. Em São Paulo eram 3.055 mulheres presas (5,2% do total de presos no Estado). Assim como os homens, elas estavam espalhadas pelas delegacias, cadeias públicas, pelo manicômio judiciário e pelas quatro penitenciárias femininas: três localizadas na capital e uma no município de Tremembé.

Como para os homens, os crimes contra o patrimônio, furto e roubo, eram os que levavam quase metade das mulheres à condenação (41%), no Estado de São Paulo. No entanto, dentre os crimes cometidos pelas mulheres, o tráfico de drogas assumia maior relevância: 37% das mulheres e 12% dos homens foram condenados por esse delito.⁶ As mulheres também matam: 10% das presas cometeram homicídio, contra 14% dos homens que estavam presos pelo mesmo motivo. Um número significativo de mulheres (30%) eram condenadas de um a quatro anos de prisão. A reincidência feminina, embora fosse menor que a masculina (31%), atinge um número significativo dos casos: 27% (Bierrenbach, 1998).

No relatório de Pesquisa *Prevenção do HIV Aids na Casa de Detenção Feminina do Tatuapé – São Paulo*, realizado em 1997 pelo Coletivo de Feministas Lésbicas, o perfil das mulheres presas, naquela prisão, se configura da seguinte maneira: a maior parte está na faixa etária de 25 a 34 anos (43%), são paulistas (62%), não completaram o primeiro grau (84%) e 43% eram chefes de família antes da prisão; a cor/raça que predomina entre as presas é a “afro-brasileira” (43%), seguida pela branca (37%). Nesse estabelecimento prisional, um igual número de mulheres (39%) cumpre penas com a duração de um a quatro anos e de quatro a dez anos.

(5) No segundo parágrafo do art. 35 do CP, que legisla sobre o regime semi-aberto, o trabalho externo aparece como admissível, assim como a frequência a cursos profissionalizantes, supletivos, segundo grau e superior. Nesse regime, o preso continua ligado ao estabelecimento prisional e é para lá que deve voltar após as suas atividades externas.

(6) Esse índice aumenta entre as 68 presas estrangeiras, já que 64 foram condenadas por tráfico, em São Paulo.

A Human Rights Watch, que em 1998 visitou estabelecimentos prisionais brasileiros, além de entrevistar autoridades, profissionais, presidiários e presidiárias, desenhou um quadro das prisões femininas e da situação de encarceramento das mulheres. Alguns desses estabelecimentos funcionam como anexos das prisões masculinas, muitas vezes sendo prédios que eram utilizados para outros fins⁷ e estão, de um modo geral, melhor conservados que os destinados aos homens. No entanto, o relatório aponta a crítica situação das presas que estão detidas nas delegacias de polícia, onde a falta de privacidade, higiene e de espaço físico se faz presente.

Como aponta o relatório da Anistia Internacional (1999),⁸ muitos estabelecimentos prisionais femininos não levam em conta as necessidades da assistência à saúde da mulher, o acompanhamento necessário ao pré-natal, nem as responsabilidades das mulheres no cuidado para com a família:

“As diretrizes penais não parecem levar em consideração o papel especial das mulheres como responsáveis pelo cuidado e sustento da família, mas a recente introdução da Lei de Penas Alternativas,⁹ em dezembro de 1998, coloca à disposição dos juízes uma variedade maior de medidas não privativas de liberdade, para as quais se qualificam as mulheres condenadas por contravenções e delitos não violentos, como o furto. No momento, muitas dessas delinqüentes recebem penas de prisão” (*Anistia internacional*, 1999, p. 52).

Um outro problema dos presídios femininos são as visitas íntimas. Em São Paulo, embora já esteja regulamentada, a visita íntima é limitada aos homens. Segundo Maria Emília Guerra Ferreira (1996), várias autoridades alegam que esse é um assunto muito complexo, pois envolve gravidez e *Aids*. Assim, a efetivação desse direito vai ficando adiada e as mulheres vão sendo obrigadas à abstinência sexual, o que pode gerar problemas psicológicos e disciplinares (Ferreira, 1996, p. 92). Para a Anistia Internacional, a dificuldade das autoridades em lidar com a visita íntima para as detentas evidencia dificuldades históricas da sociedade em reconhecer a sexualidade feminina, assumindo e reforçando estereótipos sexistas (Human Rights Watch, 1998).

As informações disponíveis sobre o sistema penitenciário brasileiro e sobre a população carcerária, especialmente a feminina, são desatualizadas, desiguais e

(7) A Penitenciária Feminina do Tatuapé, por exemplo, era um complexo utilizado para a contenção de adolescentes infratores.

(8) Os relatórios da Human Rights Watch (1998) e da Anistia Internacional (1999), embora tenham sido realizados na mesma época, contêm informações discordantes. De acordo com o primeiro, o ambiente prisional feminino parece melhor cuidado e em boas condições, enquanto que no segundo afirma-se que as mulheres estão instaladas em instituições improvisadas e com instalações inadequadas.

(9) A Lei das Penas Alternativas é um adendo da LEP e incita juízes a fazerem uso de outras sentenças, como fianças, multas, serviços comunitários.

pouco sistematizadas, não refletindo talvez a complexidade da experiência prisional. Contudo, a construção deste pequeno painel, evidenciando problemas e dificuldades do sistema carcerário brasileiro por exemplo, constitui-se em uma importante peça, por contribuir no entendimento da separação mãe/filho pela prisão e na compreensão das possibilidades de guarda para os filhos das mulheres presas.

2.2 Legislação

O estudo realizado sobre a legislação que regula o tema, focalizou tanto o lado dos pais e mães presos quanto das crianças. A legislação brasileira é parcimoniosa na explicitação dos direitos dos presos para o exercício da paternidade, especialmente o da maternidade.

Quadro 1

Artigos de leis, indicações de direitos e diretrizes quanto à maternidade e/ou paternidade no contexto prisional, na legislação brasileira

Direito/Indicação	Lei	Artigo
Direito à amamentação	Constituição Federal – 1988	Art. 5.º, L, “às presidiárias serão asseguradas as condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.”
	Estatuto da Criança e do Adolescente –1990	Art. 9.º “O Poder Público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.”
	Regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil (Ministério da Justiça, 1995)	Art. 7.º “São asseguradas as condições para que a presa possa permanecer com seus filhos durante a amamentação dos mesmos.”
Direito à berçário/ amamentação	Lei de Execução Penal – 1984	Art. 83, § 2.º “Os estabelecimentos penais destinados à mulher serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos.”
Indicação de assistência à criança desamparada pela prisão	Lei de Execução Penal – 1984	Art. 89º – “Além dos requisitos no artigo anterior, a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado, cuja responsável esteja presa.”

Obs.: No Código Penal (1940) nada foi encontrado a respeito.

(*) Esse artigo se refere ao art. 88:

“O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de seis metros quadrados”.

Esses dispositivos legais e diretrizes dizem respeito a todas as mães que estão presas. No entanto, para as mães que estão presas para averiguação ou aguardando julgamento em delegacias ou cadeias públicas superlotadas, com espaço físico inadequado, o cumprimento desses direitos fica afetado.

A Constituição Federal (art. 208) e o ECA (art. 54) determina que é direito da criança de 0 a 6 anos o atendimento em creche e pré-escola. O documento do Ministério da Justiça reafirma que: "Aos menores de 0 a 6 anos, filhos de preso, será garantido atendimento em creche e pré-escola", sem especificar em que condições e como garantir esse direito. Os filhos de homens e mulheres presos teriam prioridade frente a outras crianças?

A legislação brasileira parece estar aberta para a questão da maternidade/paternidade no contexto prisional. Contudo, os textos deixam lacunas, como no atendimento em creche e pré-escola para filhos de presos, dando a impressão que os legisladores não pensaram nas implicações do cumprimento desses dispositivos legais para as mães e pais, para as crianças e no envolvimento do próprio Estado para a efetivação dos direitos.

2.3 *Maternidade e prisão*

Os problemas enfrentados pelas mulheres decorrentes de seu encarceramento, em relação aos seus filhos, podem ser iniciados no ato prisional. Julita Lemgruber (1983) considera que a maior dificuldade com relação aos filhos das presas é encontrá-los após a prisão da mãe, pois na falta de quem fique com eles, estes podem ser encaminhados para instituições, tipo Febem (Lemgruber, 1983). Muitas vezes, a separação pela prisão pode ser algo repentino e sem preparação para as crianças. A mãe pode não ter tempo ou condições de fazer os arranjos necessários para que a criança seja acolhida por parentes ou conhecidos, evitando que o filho vá para uma instituição de abrigo.

A lógica de punição, na realidade brasileira, também, enfoca o sujeito de forma individualizada, não levando em consideração suas relações sociais. Por exemplo, o julgamento da mulher com filhos pequenos ou mesmo grávida, ocorre como qualquer outro, sem que o fato de ter filhos e de suas responsabilidades em relação a eles sejam levados em consideração. Como consequência do ato criminoso, a mulher, além da privação da liberdade, pode ter problemas para exercer o seu pátrio-poder, ou até mesmo perdê-lo.

Para Maria Emília Ferreira (1996), os filhos são para os presidiários uma importante fonte afetiva, mesmo que muitos não tenham dado assistência adequada a eles quando em liberdade. Na prisão, o sentimento parental vem à tona, tendo os filhos como parte de suas referências e preocupações (Ferreira, 1996).

Julita Lemgruber (1983) relata que a situação das mulheres presas que eram chefes de família (vemos que elas representam 43% na pesquisa do Coletivo de Feministas Lésbicas de 1997) se torna dramática após a prisão, pois muitas têm

que arcar com a responsabilidade de obter recursos para alimentação, materiais escolares e vestuário de seus filhos. Essa situação pode ser muito complicada devido aos baixos salários obtidos no sistema prisional.

A autora informa, ainda, que as mulheres presas enfrentam sérios obstáculos para preservar suas conexões sociais. Com relação à família, muitas mulheres possuem problemas adicionais. Segundo Lemgruber (1983), estar presa pode configurar uma desonra tão grande, que muitas famílias preferem dizer às crianças que a mãe está morta, impossibilitando o contato mãe-filho após o encarceramento.

2.4 Gravidez no sistema prisional brasileiro

A gravidez prepara a mulher para desempenhar o papel de mãe. Na nossa sociedade, esse momento é visto de modo especial, pois está ligado ao mito da figura materna. Contudo, a gravidez no sistema prisional pode ser, para a mulher presa, um difícil período, que envolve uma série de impasses.

Com relação ao pré-natal, as grávidas que estão em delegacias ou em cadeias paulistas não têm a mesma possibilidade de realizar os exames e o acompanhamento pré-natal necessário que as presas que cumprem pena nas penitenciárias. As mulheres grávidas que cumprem pena nos presídios podem realizar, mesmo que precariamente, exames pré-natais em unidades de saúde externas ao presídio.

Segundo o Coletivo de Feministas Lésbicas (1997), nos estabelecimentos prisionais femininos ocorrem problemas específicos. Em relação à saúde das mulheres presas, as condições são precárias, não sendo consideradas as necessidades femininas. As unidades prisionais femininas não dispõem de médicos ginecologistas, mesa para ginecologia e esterilizador de instrumentos ginecológicos. Por exemplo, no presídio feminino do Tatuapé, as consultas pré-natais são realizadas sem exames físicos por falta de instrumentos ginecológicos.

Embora não tenha muito “espaço” no sistema prisional – não existem roupas apropriadas ou alimentação diferenciada e o pré-natal é feito de forma precária – a gravidez parece influenciar o ambiente e as relações estabelecidas em seu interior, assim como deve ser influenciada por elas. Como exemplo, os funcionários da instituição prisional podem se inter-relacionar de maneira diferenciada com uma presa grávida.

A gravidez mobiliza muitas ações no interior do sistema prisional, a preparação do enxoval do bebê é uma delas. Geralmente, o enxoval é providenciado pela família da mulher presa. Quando a presa não tem família, ou esta não tem condições de ajudar, funcionários e associações acabam se envolvendo em sua preparação.

A família assume um caráter primordial na vida das mulheres presas, é ela quem abastece a presa de apoio emocional e material. Esse apoio é imprescindível no caso da gravidez no presídio e na futura guarda da criança. Porém, ocorrem exceções, e algumas presas grávidas podem ser abandonadas por suas famílias, impossibilitando a guarda de seus bebês em suas famílias de origem.

Em São Paulo, a presa, na maioria das vezes, dá à luz em um hospital mais próximo da unidade prisional onde cumpre pena. E a possibilidade de voltar com o bebê, ou não, depende do estabelecimento onde está detida: as mulheres que estão nas penitenciárias, podem ter a alternativa, se desejarem, de voltar com o seu bebê para uma ala da enfermaria preparada para esse tipo de acolhimento; já as mulheres que estão presas em delegacias ou cadeias, encaminham os bebês para um outro tipo de guarda, já no hospital.

2.5 Manutenção de vínculos entre mães presas e seus filhos

A manutenção de vínculos entre as mulheres presas e seus filhos, na realidade brasileira, pode ser realizada de três maneiras: pela visitação – das crianças para as mães nos estabelecimento prisionais e das mães, que cumprem pena em semi-liberdade, para as crianças; por motivo de doença ou em datas especiais como Natal, Finados e Páscoa – por cartas; ou telefonemas.

Nos depoimentos colhidos por Perruci (1983), as autorizações que algumas mulheres têm para visitar seus filhos em casa pode causar inveja e atritos com outras mulheres que têm filhos mas não podem sair.

A visitação das crianças para as mães, na realidade brasileira, também é relatada como uma forma polêmica de manutenção dos vínculos, pois a criança entra no ambiente prisional inadequado para ela, tendo que passar por um processo de revista, muitas vezes constrangedor.

As cartas e os telefonemas aparecem como alternativa a esse tipo de contato. Porém, os telefonemas, em São Paulo, só podem se feitos na Penitenciária Feminina do Butantã, já que é a única que dispõe de telefone público, ou por aquelas mulheres que cumprem pena em semi-liberdade e podem ligar da rua.

Essa forma de contato é restrita e tem regras bem claras, mas é um investimento de baixo custo para melhorar a manutenção dos vínculos. A carta aparece como alternativa de contato para mães e filhos separados pela prisão. Esse tipo de contato pode ser estabelecido por todas as mulheres que estão presas, no entanto outros problemas aparecem, como a falta de intimidade, já que todas as cartas enviadas e recebidas são lidas por uma equipe do presídio.

Por algumas dessas dificuldades, aliadas às constantes transferências de homens e mulheres presos de unidades prisionais, algumas crianças podem perder seus vínculos com mães/pais.

2.6 Guarda dos filhos de mulheres presas

Quando as mães são presas, a tendência é que as crianças fiquem com a própria mãe das presas. O Coletivo de Feministas Lésbicas (1997) relata que, segundo informação das mães, a maioria dos filhos e filhas das presidiárias entrevistadas acabam sendo cuidados pela avó materna (51%); 7% ficam com o par-

ceiro; 6% estão em instituições e 19% ficam com outros parentes, além de 10% que as mães afirmam que os filhos já se cuidam sozinhos. Nenhuma relata a convivência com os filhos no interior do presídio. A permanência dos filhos com o pai depende do vínculo marital da mãe: 14% dentre as casadas, 3% dentre as separadas e nenhuma dentre as solteiras (Coletivo, 1997, p. 16).

Na atual realidade brasileira, para criança pequena (0 a 6 anos) filha de mulheres presas, existem três opções de guarda: na instituição, na família substituta e no berçário e/ou creche do presídio.

A *guarda de crianças em presídio* é a mais polêmica e problematizada, talvez em decorrência do ambiente prisional e das relações estabelecidas em seu interior não serem as mais adequadas para o acolhimento da relação mãe-bebê e para o saudável desenvolvimento infantil.

Neste tipo de guarda, nas penitenciárias paulistas, os bebês ficam com suas mães em uma ala da enfermaria do presídio. A mãe fica 24 horas com o bebê e é sua responsabilidade os cuidados básicos com a criança (dar banho, trocar, alimentar). A ala é equipada de celas individuais com banheiro e fica separada (isolada) dos outros pavilhões da penitenciária, com acesso proibido para as outras presas, com exceção daquelas que realizam o serviço de limpeza. O acompanhamento pediátrico e as vacinações são realizadas externamente ao presídio, no posto de saúde mais próximo. Embora essa ala atenda mães e bebês no período de amamentação, algumas mães, impedidas de amamentar por problemas de saúde, podem utilizá-la. Em alguns casos, de encaminhamentos difíceis para outras guardas, os bebês podem permanecer um pouco além do prazo determinado. A alimentação para as crianças maiores é preparada na copa da diretoria.

A polêmica quanto a esse tipo de guarda ocorre em torno de dois pontos: a posterior separação mãe e filho e o fato de a criança crescer dentro do presídio. O primeiro aspecto é apontado como uma experiência dolorida para a mãe, para a criança e para os funcionários que acompanham o desenvolvimento da criança.

Para as mães, a depressão é a consequência mais comum da separação mãe e filho. De um modo geral, o choro intenso dos bebês pode ser a expressão da separação.

Durante o período de estadia no berçário, parece ocorrer um envolvimento do funcionário, tanto com o bebê como com a mãe. Na separação são relatados, por parte dos funcionários, sentimentos de pesar, em parte, pela crença na inabilidade materna em cuidar do bebê, e em parte, pela separação mãe-filho.

Outro aspecto polêmico é a possibilidade de crianças mais velhas serem abrigadas dentro do presídio. Alguns trabalhos descrevem o funcionamento desses abrigos na instituição prisional. Por exemplo, a creche¹⁰ do presídio Talavera Bruce, estudada por Julita Lemgruber (1983), atendia crianças de zero a sete anos e

⁽¹⁰⁾ Julita Lemgruber utiliza o conceito de creche como sinônimo de unidade de abrigo.

tinha um modo próprio de funcionamento: as mulheres presas só podiam conviver com os seus filhos durante duas horas no dia, das 15 às 17 horas. Segundo Lemgruber (1983), essa rigidez de horário não era modificada nem por doença da criança, causando carência afetiva e a sensação de que também estavam encarceradas, como suas mães.

Em outro trabalho, que analisa a implantação e o funcionamento de uma creche na Penitenciária Feminina do Paraná, Cristina Maria Kurowski (1990) – enfocando a recuperação materna – defende a implantação da creche, como meio de viabilizar o desenvolvimento e a manutenção do vínculo mãe-filho, preservando a saúde mental dos mesmos.

“Nesta hora, a inserção e permanência do filho na creche da penitenciária junto a mãe será de grande valia, pois ela terá um estímulo positivo para ter que sobreviver e superar tais dificuldades, e perceberá o quanto deverá se esforçar, desempenhando o seu papel de mãe, conseqüentemente diminuindo sua ansiedade” (Kurowski, 1990, p. 17).

Segundo a autora, o projeto dessa creche surgiu com objetivo de atender às crianças que estavam em período de amamentação. O atendimento foi ampliado aos filhos de outras presas que não amamentavam, já que um estudo preliminar constatou que essas crianças estavam na rua em situação de completo abandono (Kurowski, 1990).

No projeto dessa creche, a mãe deveria ser responsável pela criança nas tarefas de higiene, alimentação e de seus cuidados, quando estas não estavam em atividades dirigidas. A creche tinha capacidade de atender 20 crianças de 0 a 6 anos, embora na época de realização desse estudo estava atendendo somente 13, e tinha como finalidade a constante saída das crianças para passeios externos e atividades pedagógicas.

“A creche começou com dificuldades, devido a falta de espaço adequado, recursos físicos e de pessoal. Hoje, a realidade é outra, ela foi regulamentada pela Resolução 393 de 12.02.1988; o prédio foi construído exclusivamente para a creche, com mobiliário, parquinho e todo o material didático, oferecendo boas condições que propiciam e estimulam o desenvolvimento integral e harmonioso da criança” (Kurowski, 1990, p. 22).

Esse tipo de guarda envolve questões como o convívio com outras presas, a irresponsabilidade materna e a violência do sistema prisional. A grande questão levantada, para a permanência da criança no presídio, além do período de amamentação, é o quanto isso pode afetar o desenvolvimento da criança.

Outra possibilidade de guarda para as crianças de mulheres presas são as *famílias substitutas*, que podem ser compostas por pessoas da família extensiva da criança, como a avó, ou por desconhecidos. Embora não existam dados nacionais precisos sobre o número de crianças nessa situação, há informações que, quando os pais são presos, a maioria das crianças continuam sendo cuidadas por suas mães (Ferreira, 1996).

A mais frequente possibilidade de guarda para as crianças filhas de mulheres presas é na família extensiva da criança, uma vez que há uma grande possibilidade de que o vínculo mãe-filho possa ser mantido e posteriormente resgatado.

Porém, esse tipo de guarda levanta um sério impasse: a crença na falta de condições financeiras e morais da família de origem para assumir a guarda das crianças já que esta produziu um membro que delinqüiu.

A guarda em família substituta também pode ser exercida por não parentes, e acaba sendo considerada como uma alternativa para os entraves encontrados para o encaminhamento da criança à família de origem. Porém, com a guarda exercida por não parentes a disputa pela adoção pode aparecer como mais um impasse.

Em São Paulo, um grupo de religiosos, da Igreja Batista, desenvolveu o Projeto de Mães Provisórias. Seu objetivo é acolher, em casa das famílias da Igreja, crianças que nasceram no sistema carcerário (Sabino, 1997). As famílias interessadas em receber essas crianças participam de uma triagem com psicólogos e de um curso. Se aprovadas, são indicadas para assumirem as crianças. Segundo a coordenadora desse projeto, não há nenhum tipo de pagamento ou incentivo financeiro para essas famílias.

A família evangélica, além de se comprometer a cuidar da criança enquanto a mãe está presa, se compromete a levar quinzenalmente as crianças para visitar suas mães no presídio (a visita permitida é semanal). Outro objetivo do programa é amparar a mãe quando sai da prisão, para que, aos poucos, possa retomar a responsabilidade de cuidados com seu filho (Sabino, 1997).

Outra forma de guarda pode ocorrer em *instituições de abrigo* que podem ser públicas ou ligadas a ONGs (Organizações Não Governamentais), ou ainda, conveniadas pelo Poder Público com entidades sociais. As crianças, filhas de homens e mulheres presos, podem ser acolhidas em instituições de atendimento (residência) para crianças em situação de abandono (emocional, social e econômico), sem que se leve em conta a especificidade de sua situação, ou em abrigos específicos para filhos de presidiários.

A instituição, por sua precariedade, geralmente é o último recurso utilizado de abrigo para as crianças, filhas de mulheres presas. Na maioria dos casos, as instituições são destinadas para aquelas que os outros tipos de guarda falharam, especialmente a colocação em família substituta.

Em São Paulo, além das instituições públicas e particulares, existe uma instituição que acolhe especificamente crianças filhas de homens e mulheres encarcerados: "Minha Casa". Essa unidade pertence ao Movimento de Assistência aos Encarcerados do Estado de São Paulo (Maesp), ligado à Igreja Presbiteriana Independente.

A casa foi fundada em 1962, em consequência de um trabalho de evangelização realizado pelas senhoras da Igreja nas cadeias da capital. Atualmente, abriga cerca de 30 crianças de zero a doze anos de idade em regime de abrigo 24 horas. Funciona em plantões de 12 horas com dois funcionários em cada um, além de um grupo de voluntários, que ajudam na limpeza, na cozinha e com as crianças (Maesp, 1997).

Diferentes tipos de guardas podem ser combinados para o atendimento de uma única família, o que pode acarretar a separação dos irmãos – aspecto importante pouco mencionado. No trabalho de Perruci (1983), nas falas de algumas mulheres, os filhos aparecem espalhados em diferentes soluções de guarda: “um com o primo, a menina interna num colégio e outro menino na casa de uma funcionária da Colônia” (Perruci, 1983, p. 60).

Mesmo sendo este um mapeamento exploratório, ele permite apreender a complexidade das implicações da prisão da mãe na manutenção de seus vínculos com seus filhos, na realidade brasileira. Talvez o impacto mais forte, para além do sofrimento materno e infantil, seja a fragmentação, a improvisação e a incipiência de soluções.

Se a legislação se configura como avançada em cenário internacional, sua implementação é precária, dependendo, ao que parece, na maioria das vezes, de iniciativas isoladas, por vezes individuais, ou ainda, do espírito altruísta de organizações religiosas.

Pouco respaldo parece ser oferecido pela sociedade brasileira para que crianças, filhas de mães presas, efetuem adequadamente seu processo de desenvolvimento; da mesma forma, pouco respaldo é oferecido à mãe presa para manter os diferentes tipos de vínculos que lhe permitam manter a relação mãe/filho.

A revisão da literatura especializada internacional evidencia uma reflexão, apesar de insuficiente, mais avançada, permitindo apreender soluções e enfrentamentos mais acurados de impasses, como procuramos mostrar no próximo tópico.

3. Experiências internacionais

3.1 Guarda em presídio de filhos de mulheres presas

Quando a mãe pare na prisão, a literatura internacional também se refere à possibilidade de alojamento conjunto (berçários). Entramos aqui em um território bastante complexo e polêmico.

A literatura estrangeira é abundante sobre alojamento conjunto e relata diversas experiências em países distintos. Nela foram localizados argumentos favoráveis e contrários sobre a permanência de bebês/crianças nas unidades prisionais. Geralmente, a literatura descreve que as experiências de guarda de crianças em presídios são desenvolvidas durante o período de amamentação, pois várias instituições defendem a permanência da criança com a mãe nos primeiros meses de vida, por considerarem-na saudável para o relacionamento mãe-criança, reforçando laços e contribuindo para a posterior reinserção social da presa (Farrell, 1994).

Um problema relatado quanto a esse tipo de guarda é a tensão entre as necessidades de um bebê e os regulamentos institucionais de um presídio, ou seja, o exercício de sua função básica de punição.

Sarradet (1992), que estudou as crianças que vivem em presídios na França,¹¹ afirma que, a princípio e juridicamente, a criança não é privada de sua liberdade; entretanto, no seu cotidiano, ela é apresentada a um mundo de vigilância, cheio de celas e guardas. Em resumo, a criança passa a ser encarcerada tanto quanto sua mãe, apresentando um problema de cunho jurídico.

Para Sarradet (1992), a guarda em alojamento conjunto, na França, coloca ainda dois problemas: um no plano institucional, evidenciando um conflito existente entre o sistema de saúde e o penitenciário, no que diz respeito à responsabilidade pela saúde da criança nesse tipo de acolhimento; o outro no plano psicológico, no qual o risco é o de fusão psíquica entre mãe e bebê.

Dillner (1992) argumenta que a permanência de crianças pequenas nas unidades de contenção que aceitam mães e bebês, aprisionam mais os bebês do que as mães, pois, geralmente, não havendo lugar adequado para o desenvolvimento, os bebês tendem a passar horas estáticos na frente da televisão. Esse quadro é reflexo da falta de infra-estrutura adequada, como espaço físico propício para o desenvolvimento do bebê e uma alimentação específica e variada (Dillner, 1992).

Ann Farrell (1994), analisando as pesquisas sobre filhos de presidiárias australianas, aponta que essas crianças eram ignoradas pelas políticas públicas de seu País até a década de 90, quando começou a crescer o interesse pelos pais presos. Esse movimento, influenciado pelas produções acadêmicas, orientou a formulação de políticas prisionais, que confirmavam a importância do relacionamento mãe-filho e advogavam a favor do “maior interesse da criança”.

“O maior interesse da criança é visto como critério de admissão da criança nas unidades mãe-bebê e de maternagem, ou mais especificamente, o critério da responsabilidade materna para os cuidados com a criança é claramente articulado” (Farrell, 1994, p. 9).¹²

A grande maioria das crianças que estão em unidades prisionais, nos Estados Unidos, Austrália e França são bebês que lá entraram nos primeiros meses de vida ou que nasceram nos hospitais locais durante a prisão de suas mães. Geralmente, essas crianças ficam em unidades de alojamento conjunto com sua mãe, como é o caso das experiências relatadas nos EUA, na Austrália, na Alemanha e na Grã-Bretanha (Dillner, 1992; Farrell, 1994; Sarradet, 1992).

Como exemplo, podemos citar o programa de berçário desenvolvido pela prisão feminina, de segurança média e máxima, Bedford Hills Correctional Facility, localizada no Estado de Nova York, EUA:

“O programa de berçário continua a operar com aproximadamente 25 leitos. Os bebês nascem em um hospital local fora da prisão e retornam com suas mães

⁽¹¹⁾ Na França, a criança pode ficar em uma creche no interior do presídio junto com sua mãe até completar dezoito meses.

⁽¹²⁾ As citações dos textos internacionais são livres.

para o pavimento do berçário, no hospital prisional. Mães e bebês vivem juntos em quartos separados ou com outra mãe. Se o cumprimento da pena da mãe, em Bedford Hill, for maior do que 18 meses, os bebês são alojados com parentes ou encaminhaados para pais substitutos, no final do primeiro ano no berçário. Para aquelas mulheres que tiveram seus bebês abrigados nas proximidades ou cujas famílias podem visitar, Bedford Hill providencia uma área de visitas apropriada" (Gabel & Girard, 1995, p. 238).

Ainda no Estado de Nova York, em 1990, foi instalado o presídio de segurança mínima Taconic Correctional Facility, que dispõe de 23 leitos de atendimento em alojamento conjunto. Para a mãe ter acesso a esse atendimento é realizada uma intensa investigação, e qualquer história de abuso, negligência e violência contra a criança impede sua participação.

As acomodações para mães e bebês estão longe de serem luxuosas. As mães dividem os quartos com outras mães e bebês e fatores como crises de choro à noite, diferenças de sono e cuidados para com os bebês podem ser causas de atritos entre as mães. O berçário da prisão é estruturado para assegurar às crianças comida suficiente e apropriada, roupas, atendimento médico e estimulação social e, também, providenciar atividades para promover atenção maternal para as necessidades dos bebês, vínculos e o desenvolvimento de outros comportamentos parentais. Vínculo e parentagem são o foco no cotidiano do berçário.

Gabel e Girard (1995) entrevistaram prisioneiras e funcionários dos dois presídios (Taconic e Bedford Hills) para captarem percepções sobre como o programa de berçário afeta mães, bebês e instituição, concluindo que há mais benefícios significativos para as mães que participam do programa.

Mas o exemplo de Gabel e Girard (1995) pode não ser uma predominância na prática norte-americana. Stanton (1980) afirma que a tendência das instituições prisionais é excluir as crianças de seu sistema, o mais rápido possível.

Na Alemanha, a "Casa da Criança" na prisão Preungesheim, em Frankfurt, a experiência de alojamento conjunto, readequada a partir de experiências anteriores, não se dá no interior da prisão, mas fora dela. Mulheres e crianças são atendidas nesse programa levando em conta uma série de fatores: idade das crianças (até 6 anos); duração prevista da pena materna e o não envolvimento das mães com drogas. Antes de ser acolhida nesse tipo de atendimento, a criança passa por avaliações médicas e psicossociais, mãe e criança devem ter vivido juntas antes da prisão e considera-se se não existiriam alternativas de guarda melhores para a criança (Michaud, 1992).

A detenção da mulher na Alemanha apresenta particularidades. Nesse País, a mulher chefe de família não pode ser presa se não tiver uma solução para o acolhimento do filho, além de usufruir de direitos de seguridade social (licença para visitar o filho em hospital, por exemplo) e poder cumprir pena diurna em casa (das 5 às 21 horas). As mulheres contam, ainda, com 21 dias de férias, assegurados aos presos e presas alemães, o que pode lhes permitir maior contato com os

filhos. A literatura sobre prisão materna na Alemanha transmite-nos a impressão de que, nesse País, o encarceramento se configura fortemente como trabalho prisional. Daí a extensão a esses trabalhadores de direitos trabalhistas como férias.

No alojamento conjunto, as mães que cumprem pena em semi-liberdade trabalham durante o dia, enquanto seus filhos ficam em creches, e à noite assumem seus cuidados. No sistema fechado, as mães passam todo o dia com os filhos em um espaço pequeno (uma casa com 5 vagas), onde são relatados problemas de rivalidade decorrentes de convivência imposta, entre outros. Nesses centros de detenção, os pais ou avós podem acolher as crianças para passar o final de semana.

Outro problema relatado que decorre da guarda em presídio é a posterior separação mãe-filho, quando a pena da mãe ultrapassa o período que a criança pode permanecer na instituição prisional. Nesse caso, a criança poderá passar por um outro processo de guarda em família extensiva ou em guarda substituta. Ash e Guyer (1982) questionam qual a melhor idade para se fazer essa passagem, não chegando a uma conclusão definitiva.

Segundo a literatura, a separação mãe-filho provoca problemas de insegurança nas crianças, por experienciarem mudança de seu cuidador primário. Nas mães, a depressão é uma das conseqüências da separação. Casos de suicídio materno devido à separação mãe-bebê são relatados nas prisões da Grã-Bretanha (Dillner, 1992).

Mas como ocorre o desenvolvimento das crianças dentro das unidades prisionais?

Alguns estudos buscam a resposta para esse questionamento, como o trabalho de Liza Catan (1989) sobre o desenvolvimento de bebês nas unidades prisionais de alojamento conjunto, na Inglaterra. A principal questão de Catan era saber se o desenvolvimento infantil era prejudicado pela estadia da criança no presídio. Comparando, longitudinalmente, 74 bebês que estavam na unidade prisional com um grupo de controle da mesma idade, cujas mães também estariam presas (dois terços que estavam vivendo com sua família extensiva e um terço estava abrigado em guarda substituta), Catan não encontrou diferença significativa no desenvolvimento das crianças pequenas nos dois grupos (Farrell, 1994).

Dillner (1992), quando analisa o estudo de Catan, afirma que pode haver desenvolvimento normal dentro das unidades prisionais se o sistema atender às necessidades das crianças e não usá-las para controlar suas mães.

No atendimento adequado das necessidades dos bebês, as unidades de alojamento conjunto devem ter, entre outras coisas, acomodações apropriadas, facilidades para mães e bebês, serviços de saúde e de monitoramento do desenvolvimento infantil (Farrell, 1994). Nos casos em que a criança resida com a mãe dentro do presídio, deve ser providenciada para ela uma série de diferentes experiências dentro e fora da instituição, devendo ser incentivada a brincar com variados materiais, para um desenvolvimento psíquico saudável (Farrell, 1994).

O estudo de Sarradet (1992) acrescenta que, para não causar danos à saúde mental das crianças e visando o seu bem-estar, é preciso que os presídios acolham

as crianças em creches com a presença de pessoal especializado na pequena infância. Porém, a sugestão do autor para a alternativa de alojamento conjunto é a aplicação de penas alternativas evitando o encarceramento de mulheres grávidas, pois, para o autor, o risco de se ter crianças atendidas no presídio é maior que o benefício.

A literatura ainda sugere que a criança seja considerada em cada ponto do processo penal de sua mãe; que as leis sejam reformuladas e preparadas para os casos penais que envolvam crianças pequenas e suas mães. Sugere, também, que os centros correccionais devem incentivar os vínculos familiares, com visitas, telefonemas e cartas.

3.2 Outros tipos de guarda

Na literatura estrangeira, são descritas duas possibilidades a mais de guarda para o filho pequeno de presidiária: ser acolhido em guarda substituta (*foster care*), que pode incluir famílias ou instituições; ou ser cuidado por sua família extensiva. Não encontramos referência (também mencionada por Johnston e Gabel, 1995) sobre a guarda sob a responsabilidade específica do pai.

A literatura estrangeira compreende guarda substituta como o acolhimento da criança em outras famílias, que não a sua extensiva, ou em instituição. Em ambos os casos "a expectativa é que os guardiães façam esforços concentrados para manter os vínculos familiares e encorajar a reunificação familiar" (Beckerman, 1994, p. 9).

Nos EUA, estima-se que de 8 a 10% das crianças de mães presas estão sob esse tipo de guarda (Barry, 1985; Fessler, 1991; McGowan & Blumenthal, 1976, 1978 apud Beckerman, 1994). Importante, é que a literatura estrangeira trata de tema esquecido entre nós: a preferência pelo tipo de guarda expressa ou sentida pela mãe presa. Assim, encontramos estudo que informa que a guarda substituta, geralmente, pode não ser a primeira alternativa escolhida pelas mães para seus filhos.

"As mulheres sentem que esses serviços (de colocação em guarda substituta) são inadequados, que as agências não reconhecem as necessidades especiais das crianças. As mulheres estão convencidas de que o serviço social pode não ter o cuidado de colocar crianças negras com famílias negras, ou latinos com latinos. Elas temem nunca mais verem seus filhos e que as crianças sintam que sua família desistiu delas" (Kampfner, 1995, p. 91).

A guarda substituta pode oferecer instabilidade para a criança, uma vez que ela pode ser transferida de uma casa para outra dependendo de sua adaptação e de seus cuidadores. A grande maioria vivencia pelo menos uma mudança de guardião durante a prisão materna (Johnston, 1995, p. 109).

Em alguns Estados dos EUA, a guarda em famílias substitutas pode ser indicada quando a pena materna é menor do que dois anos, para que a criança possa vivenciar um ambiente familiar na falta da mãe (Beckerman, 1994). São relatados programas e ações para intensificar o vínculo mãe-filho, quando da guarda substituta, como: visitação das crianças para suas mães e audiências entre mães e guardiães,

nas quais a mãe tem a possibilidade de discutir sua responsabilidade no cuidado de seu filho em guarda substituta. Porém, a participação de uma mãe presidiária nessas ações pode ser limitada por seu estado de encarceramento (Beckerman, 1991).

Segundo a literatura especializada, a grande tensão nesse tipo de guarda, na sociedade norte-americana, decorre do poder do Estado em cessar os direitos parentais, de acordo com a duração da pena da mãe e os valores sociais que reforçam a importância de preservação da unidade familiar (Beckerman, 1991). Esse conflito pode ser intensificado pela pressão dos pais substitutos em adotar a criança e pela comparação da efetividade entre esse tipo de guarda e a guarda em família extensiva. Para Gaudin e Stuphen (1993) – que testaram 31 crianças que estavam com parentes, devido à prisão materna e nove que estavam com famílias substitutas pelo mesmo motivo – a guarda em família substituta pode ser significativamente melhor, já que muitas vezes o cuidado substituto fornece à criança uma rede social informal, expectativas mais apropriadas e disciplina não abusiva (Gaudin & Stuphen, 1993).

Um outro aspecto discutido pela literatura é a guarda em família extensiva para crianças filhas de mulheres presas, exercida por suas avós, geralmente maternas. Essas, geralmente, como no Brasil, se tornam as principais responsáveis pelas crianças após o aprisionamento de suas filhas.¹³

Kampfner (1995) afirma que, embora esse tipo de guarda seja a mais utilizada, é difícil para as mulheres presas entregarem seus filhos aos cuidados de suas famílias, já que muitas vêm de lares desestruturados e foram vítimas de violência doméstica (Kampfner, 1995). Mas outros estudos relatam que a maioria das avós maternas oferecem apoio emocional e material para seus netos. Algumas, pelo grau de envolvimento de suas filhas com as drogas e atos criminais, já ofereciam esse tipo de suporte antes mesmo do evento prisional (Stanton, 1980; Poe, 1995).

Leonora Poe (1995), no texto “A program for grandparent caregivers”, argumenta que muitas avós não poderiam assumir a responsabilidade por seus netos por enfrentarem inúmeros problemas financeiros e de saúde. Mas muitas acham que não têm escolha, pois se não assumirem seus netos, eles podem ser encaminhados para guarda substituta e talvez possam ser perdidos para sempre. A autora conclui que essa população necessita de atendimento específico (Poe, 1995).

Dressel e Barnhill (1994), em seu estudo sobre as avós com filhas presas, concluíram que as políticas públicas norte-americanas, voltadas para o atendimento dessa população, praticamente inexistem. Essas mulheres são, geralmente, atendidas em programas de bem-estar social, de saúde e transporte, juntamente com a maioria da população empobrecida, porém sem que seja enfocada a sua

⁽¹³⁾ “Durante o encarceramento materno, nos EUA, 35% das crianças viviam com seus avós, usualmente a avó materna, 22% com os pais ou companheiros da mãe, 20% com outros parentes, 10% em cuidados substitutos, 8% por conta própria ou com um irmão mais velho e 5% em outros tipos de arranjos, como com vizinhos ou amigos da mãe” (Stanton, 1980, p. 39).

peculiaridade, que é a responsabilidade econômica e emocional por seus netos, filhos de mães presas (Dressel & Barnhill, 1994).

Um dos poucos trabalhos relatados é o projeto conduzido pela Ajuda às Mães Presidiárias (AIM), que se localiza em Atlanta, Georgia (EUA). A AIM desenvolve grupos de suporte legal, material e psicológico, para avós que ficaram com os filhos de suas filhas após a prisão (Dressel & Barnhill, 1994).

“Elas, de diferentes maneiras, sentem que as sessões de aconselhamento ajudam no melhor relacionamento com suas filhas, identificando as necessidades e recursos familiares e a cuidar melhor delas e de seus netos” (Dressel & Barnhill, 1994, p. 686).

Johnston (1995) relata que as crianças podem enfrentar alguns problemas específicos na guarda em família extensiva. Dependendo da inserção da família na comunidade, para se proteger do estigma, as crianças podem: receber a falsa informação de onde estão suas mães; serem forçadas ao “silêncio”, isto é, serem impedidas de comentarem com outras pessoas sobre a prisão materna; e, em alguns casos, receber mensagens hostis, já que seus cuidadores podem estar estressados e com sentimentos de raiva em relação à prisão materna (Johnston, 1995).

Como se tem afirmado, a manutenção do vínculo mãe-criança é importante (Johnston, 1995). A literatura aponta que, nos EUA, a manutenção deste vínculo é facilitada quando a criança está em guarda com sua família extensiva, já que a probabilidade de contatos entre mães e filhos aumenta.

3.3 A manutenção dos vínculos

Pais que estão na prisão enfrentam muitos problemas para manterem vínculos significativos com seus filhos, problemas especialmente intensos no caso de mães presas (Bloom, 1995). Vários programas descritos, nos estudos localizados, especialmente nos EUA, têm o objetivo de intensificar o vínculo entre a mãe presa e seus filhos. Por outro lado, nos mesmos artigos são relatadas dificuldades para a manutenção desses vínculos, já que muitas ações são dificultadas pelo próprio Estado e pela ausência de políticas públicas, além de agravado pelos anos de encarceramento materno (Farrell, 1994; Dillner, 1992).

O contato contínuo entre pais/mães presos e seus filhos e a manutenção do vínculo entre eles é um indicador significativo de possível reunificação familiar após o encarceramento. O contato pode ser feito por visitas – das crianças para os pais/mães e destes para os filhos¹⁴ – por cartas e telefonemas.

Segundo Bloom (1995), o envio e o recebimento de cartas é a forma mais utilizada pelas mulheres presas para manterem contato com seus filhos. Em segundo lugar, estão os telefonemas e por último as visitas das crianças no presídio.

¹⁴) Embora esta última vista não seja detalhada pela literatura, sabemos que ela pode ocorrer pelo relato das prisões na Alemanha, onde os presos possuem 21 dias de férias.

Embora seja bastante benéfica, a visitação, no sistema carcerário norte-americano, torna-se um obstáculo quase intransponível para as crianças filhas de presos, especialmente mulheres presas. Assim, a literatura nos informa que a visita aos pais são mais frequentes que às mães. Koban (1983) concluiu, em seu estudo, que apesar de as mulheres terem um relacionamento mais próximo com seus filhos antes da prisão do que os homens, a relação da mãe com o filho era mais afetada pela prisão, acarretando o fato de as mulheres apresentarem certa desvantagem em manter contatos familiares do que os homens. O autor relata ainda que mais pais do que mães recebem pelo menos uma visita de seus filhos durante a prisão (Koban, 1983 apud Bloom, 1995). A situação parece ser ainda mais crítica para as mães norte-americanas que estão nas cadeias do que para aquelas que estão na prisão.

Uma série de motivos dificulta a visita das crianças às mães: primeiro, as penitenciárias femininas norte-americanas ficam distantes do local de moradia das crianças, e muitas, devido a sua localização, não são acessíveis ao transporte público e mesmo quando o são, o custo da passagem pode ser elevado. Segundo, alguns guardiães não querem o estabelecimento ou a manutenção do contato com a mãe presa. Quando são parentes, podem estar decepcionados com o envolvimento criminal da mãe, e quando são guardiães substitutos, podem querer disputar a criança com seus pais legítimos, além do receio do impacto moral da prisão no desenvolvimento das crianças. Terceiro, algumas mães não querem receber a visita de seus filhos, talvez por vergonha e/ou constrangimento. Quarto, quando acontece, a visitação pode ocorrer, em muitos casos, sem nenhum tipo de contato físico, o que acaba por decepcionar mães e filhos (Bloom, 1995).

Outro fator que pode impedir a visitação das crianças para suas mães é o que Muchnik (1999) chama de “esquecimento” – não só da família em relação à presa, como da presa em relação à família – usado como um recurso de sobrevivência. “Nos momentos de visita familiar, por exemplo, as sentenciadas cuidam de não deixar transparecer o que para elas significa reclusão” (Muchnik, 1999, p. 38). A autora continua destacando que a culpa sentida pelas mães presas por suas famílias carregar o estigma de sua prisão impede-as de manterem seus contatos. A prisão para algumas mulheres pode ser tão difícil que preferem ser esquecidas do que lembradas como mães delinquentes (Muchnik, 1999).

Um estudo realizado em 1992 por Johnston (1995) teve como objetivo analisar as reações das crianças nas visitas aos pais na prisão. Durante dois finais de semana consecutivos, foram examinados 240 filhos (de 3 meses à 17 anos), visitando seus pais em seis prisões na Califórnia. Os pais receberam a visita de 57,9% dos filhos, enquanto as mães 42,1%. As crianças demonstraram reações curtas de excitabilidade ou hiperatividade no dia de visitação, sendo mais intensa quando o filho havia vivido anteriormente com seu pai ou sua mãe.

Stanton (1980), quando estudou as visitas e outros contatos entre mães e crianças, relata que estes também podem ou não ser facilitados pela instituição prisional. Algumas penitenciárias norte-americanas não permitem que crianças com menos de 16 ou 18 anos visitem suas mães presas, por acreditarem ser muito

traumático para a criança. Outras não dispõem de lugar adequado para visitas. Já em outras, a criança é incentivada a visitar a mãe (Stanton, 1980).

Escrever cartas, segundo a autora, é uma forma relativamente incomum de comunicação entre mães e filhos, e o acesso ao telefone pode depender de cadeia para cadeia, e de acordo com os recursos financeiros da mãe. A autora completa que se não há cartas ou telefonemas entre mães e crianças é comum que não haja nenhuma visita (Stanton, 1980).

3.4 O impacto da prisão materna nas crianças

Quando se fala de mães presas, a literatura estrangeira aponta para dois caminhos: os efeitos e as influências do encarceramento para mulheres exercerem sua maternidade e os impactos nas crianças da ausência materna causada pela prisão. Embora o primeiro ponto seja bastante interessante e colabore no entendimento de propostas para reinserção social da mulher presa (Moore, 1995; Browne, 1989), não se caracteriza como enfoque deste estudo. Esse tópico vai ao encontro do segundo ponto.

Antes, porém, de levantar outros fatores que provocam ou intensificam o impacto nas crianças da separação parental pela prisão, faz-se necessário apontar os problemas metodológicos das pesquisas consultadas sobre este tema.

A maioria das pesquisas sobre o impacto da prisão parental nos comportamentos dos filhos levantaram seus dados sobre as crianças através de outros informantes (geralmente pais e mães), e não da observação direta da criança. Em algumas pesquisas são relatadas observações diretas, porém referindo-se a um número reduzido de crianças, criando dificuldades para generalizações. Por exemplo, em seu estudo, Sack, Seidler e Thomas (1976) observaram somente 8 meninos filhos de homens presos que foram encaminhados para tratamento psiquiátrico por problemas de agressividade.

A dificuldade na observação direta decorre também da possibilidade de localização dessas crianças e da ausência de dados oficiais sobre os filhos de homens e mulheres presos. As prisões e as cadeias não dispõem de autorizações para coletar ou verificar dados sobre a família dos presos, e quando o fazem, estes dados não estão incluídos em seus prontuários (Johnston, 1995). Os dados sobre os filhos devem ser colhidos diretamente com os pais/mães presos.

Entramos aqui no território da ética, já que os homens e mulheres presos têm o direito de não informar sobre sua família. Segundo Johnston (1995), alguns presos relutam em fornecer dados sobre sua família, ato explicável por uma desconfiança compreensível e legítima sobre as conseqüências possíveis dessas informações na vida de seus familiares, especialmente filhos, podendo haver informações desconstruídas coletadas por diferentes fontes.

Os EUA têm uma população carcerária específica, como o alto índice de mães envolvidas com drogas. A dificuldade de generalizações nesse campo tam-

bém deve-se em não se saber se o impacto observado nas crianças se dá por questões específicas do envolvimento materno com drogas ou pela separação motivada pela prisão.

No entanto, evitando as generalizações, alguns fatores (além dos já mencionados) merecem atenção especial, por sua potencialidade de intensificar o impacto sofrido por essas crianças quando da prisão materna: o estigma e o encobrimento da prisão materna.

Atualmente, encontramos na literatura reflexões aprofundadas, considerando a peculiaridade do vínculo e da separação entre pais/mães encarcerados e seus filhos e, principalmente, enfocando o estigma social imputado aos presos, suas famílias e descendentes.

Textos recentes apontam que existem grandes diferenças entre as separações pais-filhos aceitas socialmente – divórcio, morte, trabalho, serviço nas forças armadas – e as separações decorrentes da prisão. Moerk (1973) considera que os efeitos negativos da separação podem ser intensificados em decorrência da prisão. O estigma que os membros da comunidade associam ao encarceramento afeta o *status* social e a relação da família do preso na comunidade (Stanton, 1980). Para Stanton (1980), a desmoralização social decorrente da prisão talvez só seja comparada à separação por deserção ou doença mental. Para Lowenstein (1986), que estudou casos de ausência paterna em Israel, o estigma e a desmoralização associados à prisão fazem com que seus efeitos na família, particularmente nas crianças, sejam únicos.

Se a separação por prisão carrega em si a potencialidade de acarretar estigma e posteriores conseqüências, essa carga se vê alterada pelo motivo que levou ao encarceramento dos pais. Para certos grupos sociais, em determinados contextos históricos, a prisão por razões políticas pode não provocar estigma, mas outros sofrimentos. Por outro lado, dificilmente encontramos sociedades em que o encarceramento por abuso sexual ou assassinato não seja recriminado. As conseqüências para pais e crianças não derivam apenas do afastamento, mas também do que antecede o afastamento (Lowenstein, 1986; Gabel 1992).

As conseqüências do estigma sofrido por essas crianças podem impedi-las, até mesmo, de falarem sobre a prisão dos pais. Essa é uma das conclusões do trabalho de Gabel (1992), que estudou o comportamento de filhos de pais presos ou ausentes nos EUA. No convívio social, a criança pode tentar ocultar o fato da prisão, despendendo grande esforço, que tende a expressar-se em diferentes aspectos de sua vida intra-psíquica e social: isolamento, dificuldades escolares e comportamentos anti-sociais (Sack, Seidler & Thomas, 1976).

O estigma associado à prisão reforça a crença social de que alguns aspectos bio-psico-sociais, como os ligados à criminalidade, passam de pai/mãe para filho (Sack, Seidler & Thomas, 1976).

Deve-se levantar a hipótese, também, de que o estigma pode estar atrelado à reação da comunidade – na qual estão inseridos os filhos de presas(os) – em

relação à prisão. Johnston (1995) informa que estudos recentes examinaram diretamente crianças de pais ou mães presos e não foram encontrados sentimentos de vergonha ou estigma social como um importante fator no impacto da separação pela prisão dos pais.

“Pode ser porque a detenção e o encarceramento seja incrivelmente comum nas comunidades nas quais muitos criminosos moram e porque muitas famílias de criminosos possuem entre seus membros outras pessoas detidas e/ou encarceradas” (Johnston, 1995, p. 84).

Outro fator que, segundo a literatura, colabora na vulnerabilidade das crianças, são as explicações vagas dadas a elas quando da prisão de um de seus pais. Sack, Seidler e Thomas (1976) atribuem as reações negativas dos filhos em relação à prisão de um dos pais às informações imprecisas dadas às crianças, que muitas vezes não sabem de fato o que ocorreu, não são informadas e não participam do processo de julgamento e prisão dos pais. Numa tentativa de “preservação” das crianças, impede-se que as mesmas verbalizem seus sentimentos e fantasias. A informação mais comum fornecida a essas crianças é que o seu pai e/ou sua mãe adoeceu e está internado/a em um hospital. Esta postura vem sendo criticada por psicólogos clínicos de diferentes tendências teóricas.

“A prevenção [de problemas] não consiste em evitar que a criança sofra, mas sim em permitir que verbalize o que a faz sofrer e reconhecer, com compaixão, que ela sofre” (Bogopolsky, 1992, p. 54).

O panorama encontrado na literatura internacional, com todas as ressalvas levantadas, nos dá a possibilidade de apreender o grau de desenvolvimento do tema e como ele vem sendo trabalhado e divulgado em alguns países, alcançando, em alguns contextos, sérias e aprofundadas reflexões. Destacamos, por exemplo: alternativas mais diversificadas sobre o tipo de pena e seu cumprimento quando da prisão de mães grávidas ou com responsabilidade materna; a constatação e reflexão quanto à complexidade do alojamento conjunto; a retaguarda de instituições públicas e privadas para manter vínculos entre pais/mães e seus filhos através de contatos múltiplos; a busca, mesmo que incipiente, de referenciais empíricos e teóricos para apreender a variedade, profundidade e diferenciação possível dos impactos da prisão materna/paterna no desenvolvimento das crianças; a diversidade de valores entre comunidades, presos e profissionais.

Acredito que esses apontamentos complementam algumas questões levantadas no tópico anterior sobre a realidade nacional, já que estamos apenas iniciando o debate e chamando atenção para alguns pontos já discutidos na literatura e nos contextos internacionais.

Diante destas reflexões, verificamos que esse campo de conhecimento apenas começou a ser desbravado, especialmente na realidade brasileira. O desafio poderia encaminhar-se para o desenvolvimento de propostas e estratégias – envolvendo mães encarceradas, crianças, profissionais e administradores – que minimizem ou reduzam os impactos da prisão materna, potencialmente perversos no desenvolvimento da criança.

De qualquer modo, acredito que a maior possibilidade de contribuição deste trabalho seja tentar dar visibilidade à problemática dos filhos de mulheres presas, que são singularmente atingidos pelo amplo alcance social da prisão, ao mesmo tempo em que são esquecidos e desconsiderados pela sociedade em geral. A prisão materna, não priva de liberdade apenas uma mulher que cometeu um ato passível de punição, mas pune toda a sua teia de relações sociais, incluindo seus filhos que são, muitas vezes, privados de cuidados maternos e de atenção. Assim, no universo da prisão feminina as crianças que são sempre inocentes acabam sendo bastante penalizadas.

Referências bibliográficas

- ADORNO, Sérgio e BORDINI, Eliana. B. "Reincidência e reincidentes penitenciários em São Paulo". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, 1989.
- ANISTIA INTERNACIONAL. *Aqui ninguém dorme sossegado: violações dos direitos humanos contra detentos*. Brasil, 1999.
- ASH, Peter e GUYER, Melvin. "Involuntary abandonment: infants of imprisoned parents". *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law*. EUA, Vol 10(2) 103-113, 1982.
- BECKERMAN, Adela. "Mothers in prison: meeting the prerequisite conditions for pregnancy planning". *Social Work*. EUA, vol. 39, 9-14, 1994.
- . "Women in prison: the conflict between confinement and parental rights". *Social Justice*. EUA, vol. 18, 171-183, 1991.
- BIERRENBACH, Maria Inês. "A mulher presa". *Revista do Ilanud*, n. 12, São Paulo, 1998.
- BLOOM, Barbara. "Public policy and the children of incarcerated parents". In: GABEL, Katherine e JOHNSTON, Denise (ed.). *Children of incarcerated parents*. EUA, New York : Lexington Books, 1995.
- BOGOPOLSKY, Yann. "Comment concilier l'inconciliable". In: MICHAUD, Marie. *Enfants, parents, prison*. França : Fondation de France, 1992.
- BOWLBY, John. *Cuidados maternos e saúde mental*. São Paulo : Martins Fontes, 1995.
- BRANT, Vinícius Caldeira (coord.) *O trabalhador preso no Estado de São Paulo*. São Paulo : Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap), 1986.
- BRASIL, Ministério da Justiça. *Censo penitenciário de 1995*. www.mj.gov.br. Brasil, 1999.
- . *Lei 7.210: Execução Penal*. Brasília, 1984.
- . *Regras para o tratamento do preso no Brasil*. Brasília, 1995.
- BRASIL, Congresso Nacional. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988.
- . *Lei 8.069: Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília, 1990.
- BRASIL, Senado Federal. *Código Penal brasileiro*. Brasília, 1940.
- BROWNE, Dorothy C. H. "Incarcerated mother and parentig". *Journal of Family Violence*. EUA, 211-221, jun. 1989.

- COLETIVO DE FEMINISTAS LÉSBICAS. *Relatório de pesquisa: prevenção do HIV AIDS na Casa de Detenção do Tatuapé – São Paulo*. São Paulo, 1997.
- CONFERÊNCIA NACIONAL DE BISPOS DO BRASIL (CNBB). "Cristo liberta de todas as prisões". Texto base, mimeo, 1997.
- DILLNER, Luisa. "Keeping babies in prison". *BMJ*. EUA, Vol. 304, 932-933, 1992.
- DRESSEL, Paula e BARNHILL, Sandra. "Reframing gerontological thought and practice: the case of grandmothers with daughters in prison". *The Gerontologist*. EUA, vol. 34, n. 5, 685-691, 1994.
- FARRELL, Ann. "The experience of young children and their incarcerated mothers: a call for humanly responsive policy". *Internacional Journal of Early Childhood*. EUA, vol. 26, 6-12, 1994.
- FERREIRA, AURÉLIO B. H. *Novo dicionário Aurélio de língua portuguesa*. Rio de Janeiro : Nova Pioneira, 1995.
- FERREIRA, Maria Emília G. *A produção da esperança*. São Paulo : Educ, 1996.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis : Vozes, 1977.
- GABEL, Katherine e GIRARD, Kathryn. "Long-term care nurseries in prisons: a descriptive study". In: GABEL, Katherine e JOHNSTON, Denise (ed.). *Children of incarcerated parents*. EUA, New York : Lexington Books, 1995.
- _____ e JOHNSTON, Denise (ed.). *Children of incarcerated parents*. EUA, New York : Lexington Books, 1995.
- GABEL, Stewart. "Behavioral problems in sons of incarcerated or otherwise absent fathers: the issue of separation". *Family Process*. EUA, vol. 31, 303-314, 1992.
- GAUDIN, James e STUPHEN, Richard. "Foster care vs. extended family care for children of incarcerated mothers". *Journal of Offender Rehabilitation*. EUA, vol. 19 (3-4) p. 129-147, 1993.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma*. Rio de Janeiro : Guanabara Koogan, 1988.
- _____. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo : Perspectiva, 1996.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *O Brasil atrás das grades*. EUA, 1998.
- JOHNSTON, Denise. "The care and placement of prisoners' children". In: GABEL, Katherine e JOHNSTON, Denise (ed.). *Children of incarcerated parents*. EUA, New York : Lexington Books, 1995.
- _____. "Effects of parental incarceration". In: GABEL, Katherine e JOHNSTON, Denise (ed.). *Children of incarcerated parents*. EUA, New York : Lexington Books, 1995.
- _____. *Jailed mothers*. In: GABEL, Katherine e JOHNSTON, Denise (ed.). *Children of incarcerated parents*. EUA, New York : Lexington Books, 1995.
- KAMPFNER, Christina Jose. "Post-traumatic stress reactions in children of imprisoned mothers". In: GABEL, Katherine e JOHNSTON, Denise (ed.). *Children of incarcerated parents*. EUA, New York : Lexington Books, 1995.
- KUROWSKI, Cristina. "Análise crítica quanto a aspectos de implantação e funcionamento de uma creche em penitenciária feminina". Trabalho de conclusão de curso de especialização em criminologia. PUC-RGS, 1990.
- LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. Rio de Janeiro : Achiamé, 1983.

- LOWENSTEIN, Ariela. "Temporary single parenthood the case of prisoners families". *Family Relations*. EUA, v. 35, 79-85, jan. 1986.
- MATHIESEN, Thomas. "A caminho do século XXI – Abolição, um sonho impossível?" Passetti, E. e Silva, P.B.P. (org.) *Conversações abolicionistas*. São Paulo : IBCCrim, 1997.
- MICHAUD, Marie (org.). *Enfants, parents, prison*. França : Fondation de France, 1992.
- MOORE, Alvin R. "An evaluation of a program for incarcerated mothers: parentig training and the enhancement of self-esteem". *Dissertation Abstracts International*. EUA, vol. 56, n. 6, 2.425-a, 1995.
- MOVIMENTO DE ASSISTÊNCIA AOS ENCARCERADOS DO ESTADO DE SÃO PAULO (Maesp). "Plano de trabalho de 1999". Mimeo, 1999.
- MUCHNIK, Sara. "Las flores del mal: justiça social y mujeres en prisión". *Irrupiendo en lo Público – Seis facetas de las mujeres en América Latina*. Costa Rica, Universidade da Costa Rica. 1999.
- NOVELINO, Aida. M. *A cartilha da mãe perfeita: um discurso normatizador na psicologia de mídia*. São Paulo : PUC-SP, 1989. Dissertação de Mestrado em Psicologia Social.
- PERROT, Michele. *Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1992.
- PERRUCCI, Maud Fragoso de Albuquerque. *Mulheres encarceradas*. São Paulo : Global, 1983.
- POE, Leonora. "A program for grandparent caregivers". In: GABEL, Katherine e JOHNSTON, Denise (ed.). *Children of incarcerated parents*. EUA, New York : Lexington Books, 1995.
- SABINO, Salete. *Incondicionalmente liberta*. São Paulo : Gráfica Imprensa da Fé, 1997.
- SACK, William; SEIDLER, Jack e THOMAS, Susan. "The children of imprisoned parents: a psychosocial exploration". *American Journal Orthopsychiatry*. EUA, 618-628, out. 1976.
- SARRADET, Jean Louis. "L'enfant de 18 mois vivant en détention avec as mère". In: MICHAUD, Marie. *Enfants, parents, prison*. França : Fondation de France, 1992.
- SPITZ, René A. *O primeiro ano de vida*. São Paulo : Martins Fontes, 1993.
- STANTON, Ann M. *When mothers go to jail*. EUA : Health and Company, 1980.
- STEAGAL, Nina. *Women in prison: the number of women serving time behind bars has increased dramatically. Is this equality?* Ms. EUA, set./out. 1998.
- STELLA, Claudia. "Filhos (as) de mulheres presas: soluções e impasses para seu desenvolvimento". "Dissertação de Mestrado em Psicologia Social". Ponticfia Universidade de Católica de São Paulo, 2000.
- WINNICOTT, Donald W. *Privação e delinquência*. São Paulo : Martins Fontes, 1995.

9. ANTIGÜIDADE DE DIREITO CRIMINAL

9.1

RUY BARBOSA, O JÚRI E A RESPONSABILIDADE PENAL DOS JUÍZES

(O CRIME DE HERMENÊUTICA)

Em homenagem ao sesquicentenário
de Ruy Barbosa

CÉSAR DE FARIA JÚNIOR

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. O caso concreto – 3. O Memorial de Ruy Barbosa – 4. O desfecho do processo – 5. O sigilo das votações e as recusas peremptórias (da Constituição de 1891 até a de 1988) – Bibliografia.

Resumo: Versa este trabalho sobre o caso de um juiz que, ao abrir uma sessão do Tribunal do Júri, interpretando a Constituição Republicana, declarou inconstitucionais dispositivos de uma lei de organização judiciária do Rio Grande do Sul, que abolia o direito às recusas peremptórias dos jurados e o sigilo da votação, determinando que fosse aplicada uma lei do Império.

Nele encontram-se temas de grande atualidade: sobreleva-se a independência da Magistratura, quando se discute hoje a polêmica questão do seu controle externo, a independência do Juiz, no momento em que se pretende adotar o questionável sistema das súmulas vinculantes.

Além disso, arrastaram para o banco dos réus, ao lado do Juiz Alcides de Mendonça Lima, o Júri popular, tema igualmente empolgante quanto polêmico, também muito presente, no instante em que se analisam sugestões para reformá-lo.

O advogado Ruy Barbosa defendeu ambos, pondo a questão nos seguintes termos: “Não é só a defesa de um magistrado que nesse rápido improviso se empreende, mas a dos dois elementos, que, no seio das nações modernas, constituem a alma e o nervo da liberdade: o júri e a independência da Magistratura”.

Palavras-chave: Tribunal do Júri – Recusas peremptórias dos jurados e o sigilo da votação – Independência da Magistratura – O Júri popular – Advogado Ruy Barbosa – O Júri e a independência da Magistratura.

1. Considerações iniciais

No momento em que se celebra o sesquicentenário de Ruy Barbosa, no prelúdio de um novo milênio, natural que as atenções estejam mais voltadas para o futuro e suas previsões. Sente-se a necessidade de diagnóstico do presente, na ânsia de se definir o prognóstico de um tempo que se quer novo.

Pode-se imaginar, dentro desta perspectiva, o passado como algo que não mais existe, esquecendo-se que a história revela-se cíclica, repetindo-se, na visão dos Estóicos, com a repetição do ciclo cósmico, mormente quando se considera o homem como seu protagonista.

Sob este prisma, revisitando o famoso processo criminal a que foi submetido o Juiz Alcides de Mendonça Lima, há mais de cem anos, impressiona constatar o vigor de sua atualidade e a lição de que os verdadeiros exemplos de resistência ao arbítrio, de independência e de coragem na luta pela justiça projetam-se no tempo.

Nele encontra-se o caso de um juiz que, ao abrir uma sessão do Tribunal do Júri, interpretando a Constituição Republicana, declarou inconstitucionais dispositivos de uma lei de organização judiciária do Rio Grande do Sul, no tocante à abolição das recusas dos jurados e à exigência do voto a descoberto, determinando que fosse aplicada uma lei do Império.

A forma sensacionalista com que um jornal da época, ligado ao governo estadual, divulgou o fato, dando-lhe conotação política, despertou a ira do então Presidente da Província, Júlio de Castilho, que passou a empreender uma feroz perseguição ao Juiz "delinqüente e faccioso".

No bojo desse processo, estão temas de grande atualidade: sobreleva-se a independência da Magistratura, quando se discute hoje a polêmica questão do seu controle externo, a independência do juiz, no momento em que se pretende adotar o questionável sistema das súmulas vinculantes.

Além disso, arrastaram para o banco dos réus, ao lado do Juiz Alcides Lima, o Júri popular, tema igualmente empolgante quanto polêmico, também muito presente, no instante em que se analisam sugestões para reformá-lo.

O advogado Ruy Barbosa defendeu a ambos, oferecendo verdadeira monografia sobre aqueles temas, pondo a questão nos seguintes termos: "Não é só a defesa de um magistrado que nesse rápido imprevisto se empreende, mas a dos dois elementos, que, no seio das nações modernas, constituem a alma e o nervo da liberdade: o júri e a independência da magistratura".

Ao que Ruy denominara de rápido imprevisto, transformara-se no livro *O júri e a responsabilidade penal dos juízes*, contendo 146 páginas, que ora serve de título a este modesto trabalho.

Neste artigo, visando preservar o valor e a autenticidade das extraordinárias lições de Rui, transcreveu-se, na íntegra, alguns trechos do seu belíssimo memorial, para, em seguida, se proceder, ainda que de forma aligeirada, a uma tentativa de atualização, partindo-se da Constituição do Império até a atual, dos dois tópicos principais: o sigilo das votações e as recusas peremptórias.

Revivendo episódios significativos do processo a que foi submetido o destemido Magistrado, pondo em evidência a doura e veemente defesa da lavra de Ruy Barbosa, objetiva-se prestar, em homenagem ao seu sesquicentenário,

uma contribuição à cultura, ainda que singela, na busca incessante do aprimoramento das instituições democráticas.

2. O caso concreto¹

“*Jornal Reforma*, aqui se publica, inseriu último número seguinte telegrama: ‘Rio Grande, 28 de março. Foi hoje instalada a 1.ª sessão do júri no corrente ano. O juiz da comarca, Dr. Alcides Lima, ao abrir a sessão declarou ser contrária às Constituições federal e estadual a lei que dá nova organização judiciária ao Estado na parte do júri referente à recusações de jurados e ao voto a descoberto. Justificando esta inconstitucionalidade, o Dr. Alcides Lima mandou observar a antiga lei nesses pontos. Informai com urgência sobre a veracidade tal comunicado.’”

Este o telegrama do então Governador do Rio Grande do Sul, Júlio de Castilho, ao Juiz de Direito Dr. Alcides Mendonça Lima, que respondeu simplesmente: “Informo ser exata comunicação telegráfica *Jornal Reforma* a que se refere vosso telegrama de ontem”.

De fato, antes da sessão do Júri na cidade do Rio Grande, no dia 28.03.1896, o Dr. Alcides Lima declarou que nos dois processos que iriam ser julgados não poderia ser observada a lei de organização judiciária do Estado, no tocante às recusações de jurados e ao voto a descoberto, em virtude da sua inconstitucionalidade.

Argumentou o Dr. Mendonça Lima que a CF de 1891, pelo seu art. 72, § 31, mantinha a instituição do Júri tal qual existia à época da sua promulgação, segundo as leis do Império, onde as recusações eram consentidas e a votação secreta. Por conseguinte, revelavam-se manifestamente inconstitucionais os dispositivos que proscreviam as recusações e o sigilo do voto, razão pela qual deixava de aplicá-los.

Ao receber a breve resposta do Juiz Alcides Lima, o Presidente Castilho encaminhou ao Desembargador Procurador-Geral do Estado um ofício no qual, depois de narrar o ocorrido, determinava-lhe que promovesse “com a possível brevidade, a responsabilidade do juiz *delinquente e faccioso*”, ficando ciente o Tribunal, por aviso categórico, de que não poderia absolver o acusado, sem se constituir faccioso como ele.

Já no dia 1.º de abril, o Procurador-Geral do Estado oferecia denúncia contra o Dr. Alcides Lima, imputando-lhe a prática do crime de prevaricação (art. 207,

(1) Servimo-nos, neste esboço histórico sobre o processo do Juiz Alcides de Mendonça Lima, do primoroso trabalho do ilustre jurista Rubem Nogueira, um dos mais doutos e autorizados Ruístas, contido no Cap. 2, 5.ª parte, da sua consagrada obra *O advogado Rui Barbosa*.

§ 1.º, do CP de 1890), com as circunstâncias agravantes do art. 39, §§ 2.º e 14 do mesmo Código de 1890.

Dispunha o art. 207 do CP de 1890:

“Cometerá crime de prevaricação o empregado público que, por afeição, ódio, contemplação ou para promover interesse seu:

I – julgar, ou proceder contra literal disposição de lei. Penas: de prisão celular por seis meses a um ano, perda de emprego com inabilitação para exercer outro e multa de 200\$ a 600.”²

A circunstância agravante, narrava o Procurador, seria o fato de o denunciado não ter apresentado emenda à lei quando da sua elaboração, embora pudesse fazê-lo, como um cidadão qualquer, e agora “na cadeira de presidente do júri, com abuso flagrante de autoridade, veio dar o seu grito de sedição, obedecendo a interesses dos perturbadores da ordem”.

Neste primeiro momento, apresentou o Dr. Alcides Lima sua própria defesa, destruindo, ponto por ponto, todos os frágeis argumentos da denúncia, que não passava de uma atitude política do Castilhismo dominante no Rio Grande do Sul.

Preliminarmente, argüiu a incompetência do foro em razão da matéria, entendendo que só o Supremo Tribunal seria competente para declarar a constitucionalidade daquela lei, sem a qual não se deveria dar andamento ao processo de responsabilidade.

No mérito, seus argumentos foram assim sintetizados pelo eminente Prof. Rubem Nogueira:

“1.º) O júri mantido pela Constituição de 1891, era o do tempo da sua promulgação; 2.º) Ao legislador ordinário, estadual ou federal, não era dado legislar sobre essa instituição, suprimindo-lhe quaisquer atributos essenciais; 3.º) Entre esses atributos, o sigilo do voto e o direito às recusações peremptórias ocupam lugar relevante, segundo a mais pura fonte doutrinal, e os mais remotos assentos legais que sobre o júri existem no Brasil, desde a sua emancipação política, podendo citar-se o Decreto de 18.06.1822, “que iniciou no país o julgamento pelo júri”; o Decreto de 22.11.1823, a Lei de 20.11.1830 (sobre liberdade de imprensa), e, por fim, o Código de Processo Criminal; 4.º) Mesmo nos momentos de vicissitudes, porque entre nós passou, “jamais perdeu a instituição os seus dois atributos essenciais: o direito a recusações peremptórias e o voto secreto”; 5.º) Na Legislação Geral e dos Estados foram eles respeitados, tendo alguns Estados alterado a legislação anterior, apenas em pontos secundários; 6.º) Só no Rio Grande do Sul se percebia uma tendência para desnaturar e inutilizar o júri, desde o Ato 283, de 25.04.1891, e as discussões travadas no

(2) Atualmente, art. 319 do CP/1940: “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa”.

Congresso Constituinte, até a Lei 10, de organização judiciária, onde o empenho de arrasar o júri havia ficado patente; 7.º) Mas o juiz não devia aplicar uma lei inconstitucional, e assim procedendo, estava enquadrado nos postulados federativos por nós adotados, e no art. 8.º da própria lei averbada de atentatória da Constituição; 8.º) Logo, não havia delito a imputar-se ao denunciado, mesmo porque ele se limitara a interpretar a lei, e “não se pode honestamente ver um crime na interpretação, embora, má ou errônea, que o magistrado dá aos textos de uma lei” (*O advogado Rui Barbosa*. 4. ed., Belo Horizonte : Ciência Jurídica, 1996. p. 215-216).

Quanto à aludida agravante do presumido delito, obtemperou tratar-se de simples faculdade, não passando de um falseamento do regime democrático, justificando não ter apresentado emendas tendentes a restaurar o sigilo do voto e as recusas peremptórias, para não projetar sua atividade fora da missão especial do Poder Judiciário.

Após salientar que a acusação não produziu prova alguma dos motivos reprovadores do crime previsto no art. 207, § 1.º (afeição, ódio e interesse pessoal, a denúncia chegava a aludir a ódio político e interesse partidário), concluiu o destemido Magistrado: “Portanto, o que tendes diante de vós, Srs. Juízes do Superior Tribunal, não é uma denúncia que se inspira no bem público e no zelo pela administração da Justiça. É obra da imoderada e passageira irritação presidencial, infelizmente, transmitida ao Procurador-Geral, que no texto da própria denúncia deixou estereotipada a falta de madura e séria reflexão. Nessa importante peça judicial, início e base do processo de responsabilidade, do qual podem resultar as mais graves conseqüências morais e materiais para o processado, a Procuradoria-Geral foi dúbia e hesitante ao capitular o crime, demonstrando, assim, a sua pouca ou nenhuma convicção jurídica na existência real do delito. Ora atribui ao denunciado o crime de alta prevaricação – não definido no Código –, ora de conduta irregular (art. 239), depois o de abuso de autoridade (art. 224), em seguida os de sedição (art. 118) e rebelião, e finalmente, o de prevaricação.

Percebe-se que a perplexidade da Procuradoria origina-se na carência de base jurídica para a incriminação de um ato regular.

Está concluída esta resposta. O Superior Tribunal, inspirando-se na sua alta missão, decidirá se deve ser submetido a julgamento um membro do Poder Judiciário pelo fato de haver dado à lei uma interpretação que lhe pareceu a mais jurídica.

A sociedade rio-grandense desde este momento tem voltada a sua atenção para o mais elevado Tribunal do Estado, porque a decisão desse Tribunal é que vai mostrar-lhe clara e definitivamente se a independência do Poder Judiciário, a que estão ligados os vitais interesses da população, é realmente um fato ou um simples adorno constitucional.”

No dia 29 de maio, o Superior Tribunal rio-grandense pronunciou o Dr. Alcides Lima, alterando apenas a classificação do delito, para considerá-lo

incurso nas sanções mais brandas do art. 226 do CP ("exceder o limite das funções próprias do emprego").

Por força do acórdão de 18.08.1896 do Tribunal gaúcho, o Dr. Alcides de Mendonça Lima fora condenado a nove meses de suspensão do emprego (grau mínimo do art. 226 do CP de 1890).

Agora por meio de advogado (o Dr. Pinto Alvim), interpôs o Juiz condenado recurso de revisão para o STF, fundado em que o acórdão condenatório havia infringido lei expressa e estava em contradição com a prova dos autos.

Todavia, o advogado do recorrente não chegou a arrazoar o recurso, limitando-se a interpô-lo e, segundo os estilos forense da época, a protestar por mais amplas demonstrações jurídicas.

3. O Memorial de Ruy Barbosa

Ruy Barbosa já havia exarado um sucinto parecer nos autos, mas somente nesta fase foi constituído advogado do Juiz Alcides Lima, para prosseguir na sua defesa. Entretanto, o rel. Min. José Higino não permitiu fosse juntado aos autos o memorial que Ruy havia escrito, sob a alegação de que não comportava razões que não houvessem sido apreciadas pelo juízo *a quo*. Contudo, Ruy desempenhou sua missão de defensor do Juiz, fazendo imprimir o longo e erudito memorial, distribuindo entre os membros do Supremo Tribunal, o que mais tarde dera lume a verdadeira monografia intitulada *O júri e a responsabilidade penal dos juízes*, Rio de Janeiro, 1896, contendo 146 páginas.

Retomando as teses suscitadas pelo próprio denunciado perante o Tribunal gaúcho, Ruy deu-lhes feição de novidade, pela exuberância da análise doutrinária, pela forma abundante e convincente dos argumentos, pondo a questão, logo na epígrafe da sua monografia, nos seguintes termos: "Não é só a defesa de um magistrado que nesse rápido improviso se empreende, mas a dos dois elementos, que, no seio das nações modernas, constituem a alma e o nervo da liberdade: o júri e a independência da magistratura".

Compõe-se a peça jurídica de seis capítulos. Em primeiro lugar, vem a análise da história das origens da instituição do Júri popular, desde Tácito e através da Grã-Bretanha, dos Estados Unidos, da França, Itália e Áustria. Depois, a da Lei rio-grandense 10, do art. 72, § 31, da Constituição, do sigilo do voto no júri, das recusações peremptórias e, por fim, do denominado *novum crimen*: o crime de hermenêutica, quando discorre, ainda, sobre a nulidade das leis inconstitucionais.

Combate, sem perda de tempo, a concepção positivista que do Júri possuía o Presidente Júlio de Castilho, a julgar pelos termos da exposição de motivos da lei de organização judiciária, onde, baseado em Garofalo e Ferri, sustentara

que “o júri é uma instituição regressiva, segundo os dados da história e da sociologia, porque representa a fase medieval e instintiva da Justiça Penal”.

“Dizer-se que o júri nos atrasa a um período instintivo da civilização, nos reconduz à idade média é, não obstante, os nomes de Lombroso, Ferri e Garfalo, um desses abusos da logomaquia dos sistemas, tão autorizado pela verdade, quanto é o que denunciasses uma entidade retardatária e medieval no governo representativo, cujas remotas origens se perdem, também muito longe, na Germânia de Tácito e na luta dos barões ingleses com João Sem Terra, em princípios do século treze. São duas teses irmãs, em que os panegiristas da autocracia política estariam naturalmente de acordo com “*os novos terroristas do magistério penal (...)*”.

“Se o júri, de que já se encontra a prefiguração longínqua nos *judices* romanos, se não nos *dicastas* gregos, e nos *centeni comites* dos primitivos germanos, imortalizados por Tácito, autorizando historiadores e entusiastas seus a gabarem-no de medir o curso da civilização; se o júri, associado na investigação das suas origens históricas, ora aos teutões, ora aos eslavos, já aos romanos, já aos dinamarqueses, recebeu os primeiros traços da sua forma definitiva no solo britânico, depois da conquista normanda, sob Henrique II, extinguindo-se na França, de onde fora transplantado nos seus mais grosseiros rudimentos com as *capitulares*, na média idade inglesa é que ele revestiu a imagem, sob que a Era Moderna o adotou. Contudo, é contemporâneo o momento da sua culminação jurídica, o período da sua universalidade, a época da generalização dos seus benefícios a toda parte culta da espécie humana.”

Em seguida, passa a demonstrar como a instituição do Júri se espargiu das Ilhas Britânicas para as antigas colônias inglesas da América, até sua consagração posterior na Constituição dos Estados Unidos e nas de todas as unidades federadas daquela República, para quem era “*o melhor abrigo da inocência e o mais seguro meio de punir o crime*”, revelando extensa bibliografia anglo-americana.

Além disso, com apoio das mais célebres autoridades judiciárias do mundo, como Gneist, Stubbs, Tocqueville, Mittermayer, Ruttiman, *mostrou ser o Júri, também, uma criação política, e não apenas jurídica, “uma instituição que surge e morre com a liberdade*”, de suprema relevância nos governos constitucionais, onde sempre figura em lugar de honra “e a opinião geral o sustenta contra as veleidades das escolas radicais”, garantindo que “a área geográfica do júri é a da civilização moderna”.

Posteriormente, ingressa na análise das inconstitucionalidades da lei gaúcha de organização judiciária, na parte em que estatuiu o voto a descoberto e eliminava as recusações dos jurados, procedendo a detida análise da locução – “é mantida a instituição do júri” – presente no art. 72, § 31, da Constituição republicana, chegando à mesma conclusão do Juiz recorrente, qual seja: a de que a Carta republicana havia mantido o Júri existente ao tempo do seu advento, portanto, com todas as suas características tradicionais.

"Certamente, não foi nas doutrinas da 'nova escola penal', bebedouro da reforma rio-grandense, que se amoldou a nossa Constituição republicana. O espírito liberal, que nesta palpita, está no mais acentuado antagonismo com as inspirações daquela. Para nos harmonizarmos com a ciência da criminologia, cujas opiniões se simbolizam nos célebres nomes de Lombroso, Garofalo e Ferri, patronos da lei rio-grandense, teríamos de subverter *ab imis fundamentis* as garantias mais respeitáveis do processo penal entre nós, os dados elementares da sua dogmática, favorecendo a ampliação do cárcere preventivo, diminuindo os casos de liberdade provisória, abolindo a publicidade na formação da culpa, cerceando as conseqüências à presunção constitucional de inocência, mutilando o direito de graça, amesquinhando a anistia, e restaurando a pena de morte.

Rumo oposto ao da Constituição, portanto, seguem os que se aproximam das conclusões dessa escola em matéria penal. Se o pacto da União dissesse simplesmente que garantia o júri, por aí teria deixado, talvez, aberta a que se lhe fossem buscar variantes na teoria abstrata da instituição. Mas, declarando que o *mantinha*, evidentemente se reporta a um estado anterior, para o consolidar com reforço constitucional (...)."

"Convertendo, pois, em tribunal de cinco, um de doze membros, substituindo o sigilo pela publicidade nas deliberações do conselho, roubando ao acusado o direito de recusa tão antigo quanto as duas grandes majestades que conceberam e criaram a grande instituição, Roma e Britânia, tão universal quanto o júri e o governo representativo, a lei riograndense ofendeu três vezes a Constituição republicana, reduzindo a justiça dos jurados a um joquete da prepotência oficial (...)."

Assim como é através da inamovibilidade que essa independência se estabelece nas magistraturas permanentes, "para as magistraturas efêmeras, como a do júri, efêmera, mas gravíssima, querem alguns que 'a mais grave e solene das funções pelo cidadão exercitadas' (Lieber, *Political ethics*), o que a assegurava é a irresponsabilidade".³

Como, indaga Rui, assentar, de modo efetivo e sério, essa irresponsabilidade dos jurados? Mencionando exemplos históricos da Inglaterra e dos países continentais, para demonstrar que só o sigilo do voto, que essas legislações consagram, poderia dotar o Júri com a verdadeira irresponsabilidade. Fundado no Repertório de Dalloz, salienta:

(3) "Mas a independência tem duas faces: uma interior, que se volta para nós mesmos, e se chama *imparcialidade*; é a isenção da consciência; a outra, externa, entende com o mundo, em que vivemos, e chama-se *irresponsabilidade*; é a eliminação dos perigos e dependências, que podem constranger a imparcialidade de apreciação íntima a se desmentir na enunciação pública da sentença. A primeira corresponde, no jurado, ao direito de recusação; a segunda, ao sigilo do voto" explicara o próprio Rui, na ocasião.

“Tão absoluto é o império desse preceito, de tal modo se liga às funções vitais da instituição, que, para encerrar o sigilo das responsabilidades do jurado no mistério mais impenetrável, a jurisprudência francesa anula os verdictos, quando precisarem o número de sufrágios da maioria, em vez de atentarem apenas que ela transcende a mínimo de sete, ou quando condenarem com a declaração de unanimidade, porque a resposta nesses termos dá virtualmente a conhecer a opinião de todos os jurados (...).”

No processo penal italiano, segundo Borsane e Casorati, a tese supra era confirmada, de maneira que poderia arrematar esta parte da questão, afirmando: “Base fundamental do júri, na expressão de uns, parte da sua essência, na de outros, não podia o sigilo do voto ser subtraído ao júri, senão por quem sobre estes possuísse a autoridade de criar e destruir. Se os Estados, em face da cláusula da Constituição que lhe dá existência nacional, não podem abolir o júri, tampouco lhe seria lícito desfalcá-lo, na sua base e na sua essência; porque é pela essência que as compõem ou pela base onde assentam, que as realidades existem, ou se extinguem”.

Com efeito, se o voto fosse sigiloso no Tribunal gaúcho, provavelmente o resultado do julgamento teria sido outro!

A segunda inconstitucionalidade da lei gaúcha consistia na proibição de recusar jurados. Ruy considerou tal proibição ofensa inqualificável à essência da instituição mantida pela Carta Magna de 1891.

“O direito à recusação peremptória é ingênsito ao júri e dele inseparável. Nasceu com a instituição, com ela existiu sempre, e, a ela inerente, a acompanha por toda a parte. Para mostrar como este direito constitui um dos elementos primários dessa entidade, a que ponto entra, por assim dizer, no seu plasma orgânico, bastará notar que, realizando-se ela conforme os povos que a adotaram, em dois tipos, distintos a vários respeitos, o britânico e o francês, num e noutro se manteve com a mesma amplitude e a mesma irrecusabilidade, esse caráter, essa raiz comum, que os irmana (...).”

“A recusação peremptória adere, pois, de um modo indestrutível, ao júri, como elemento substancial do seu organismo;

Historicamente, em todos os períodos da sua evolução através dos séculos, desde Roma até a Grã-Bretanha, desde os Estados Unidos até a Rússia;

Atualmente, nas leis de todas as nações, que o adotaram; judiciariamente, nos arestos de todas as jurisprudências que o definem; cientificamente, nas opiniões de todos os autores, que o expõem; nacionalmente, em todo o curso da nossa existência como povo emancipado, desde 1822 até 1891;

Apenas um grupo de espíritos contraria essa tradicionalidade, essa invariabilidade, essa unanimidade, essa universalidade: são os escritores da escola antropológica. Mas esses, propondo a restrição do direito de recusar, não hesitam em descobrir as suas intenções, confessando nessa medida uma reforma preparatória para abolição do júri;

Júri sem recusa peremptória é noção, portanto, que não podia atravessar a mente do legislador constitucional. Pelos traços mais profundos, ele pôs de manifesto que não obedecia aos Cânones dessa escola, extinguindo a pena de morte, conservando na sua latitude antiga as funções da graça e da anistia, esmerando-se em perpetuar as garantias processuais da liberdade, e ordenando sem reservas a manutenção do júri. As instituições tem caracteres artificiais e transitórios; mas há elementos permanentes, fisiológicos, essenciais, sem cujo concurso não existem. Na última dessas duas categorias está, em relação ao júri, a recusa peremptória. É uma das condições que o definem."

Na última e mais longa parte do belíssimo memorial, tratou Ruy do que denominara *novum crimen*: o crime de hermenêutica.

"A resistência do juiz da comarca do Rio Grande a essa transmutação do júri, numa degenerescência indigna de tal nome, surpreendeu a política daquele Estado com o imprevisto de uma força viva e independente, a consciência da magistratura, difícil de submeter-se à prepotência dos governos. Com a necessidade então de acudir a obstáculo tão inesperado, improvisou-se, por ato de interpretação, nos tribunais locais, contra a magistratura um princípio de morte, de eliminação moral, correspondente ao que, por ato legislativo, se forjara, contra o júri, no gabinete do governador. O júri perderá absolutamente a sua independência, com o escrutínio a descoberto e a abolição da recusa peremptória; o poder não abrirá só um postigo sobre a consciência do jurado, aquartelara-se nela. Para fazer do magistrado uma prepotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos.

Esta hipérbole do absurdo não tem linguagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. *E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã.* Se o julgador, cuja opinião não condiga com a dos seus julgadores na análise do direito escrito, incorrer, por essa dissidência, em sanção criminal, a hierarquia judiciária, em vez de ser a garantia da justiça contra os erros individuais dos juízes, pelo sistema dos recursos, ter-se-á convertido, a benefício dos interesses poderosos, em mecanismo de pressão, para substituir a consciência pessoal do magistrado, base de toda a confiança na judicatura, *pela ação cominatória do terror, que dissolve o homem em escravo.*"

Prossegue Ruy veemente, combatendo a violência inusitada de, ao invés de se tentar a reforma da sentença, pela via normal do recurso, partir-se para se punir o juiz. Antes passa ao exame da nulidade das leis inconstitucionais, ampliando lições sobre controle de constitucionalidade.

"Consideremos por um instante a hipótese vertente. A lei rio-grandense alterara, em todos os caracteres de que a revestia a tradição universal e a tradição brasileira, a individualidade do júri. Aumentara em razão mais que dupla as

facilidades das condenações, reduzindo a cinco os doze membros do Conselho. Enfraquecera o jurado, abolindo o secreto protetor da sua isenção. Proibindo, enfim, a recusação peremptória, matara a confiança das partes nos juízes de fato, e fraudara a defesa numa das suas garantias mais eficazes (...).

“Ao juiz, pois, logo que se lhe ofereceu ensejo de lidar com essa inovação radical, necessariamente, se impunha o confronto com a cláusula da Constituição republicana, que declara *mantida a instituição do júri*.

Tinha-se instaurado o litígio, e, com ele, determinado o caso concreto, a espécie individual, que submete o ato legislativo à verificação judiciária da sua constitucionalidade. Não se havia mister de que a questão fosse levantada por uma das partes, como aereamente figura a sentença recorrida. O limite da função judiciária está em não considerar a inconstitucionalidade, senão no caso pendente. Mas no terreno estrito do caso pendente nada tolhe ao juiz a iniciativa no exercício de uma atribuição, que, além do interesse das partes, entende com as bases orgânicas de toda a justiça. A maior das nulidades é a nulidade da lei, a sua ilegitimidade constitucional (...).” “As nulidades estabelecidas no interesse da lei, são de ordem pública, e, como tais, se pronunciam *ex officio*. O Direito Civil considerou sempre de interesse público as nulidades, que envolvem a ordem das jurisdições. No Direito Constitucional, portanto, não se poderiam deixar de haver como de ordem pública as nulidades concernentes à ordem dos poderes. *Inconstitucionalidade, numa lei, quer dizer invasão da soberania constituinte pelo Poder Legislativo*. Pouco importa, pois, que as partes a não articulem, se na contenda entre as partes o juiz não pode julgar, sem encontrá-la, e obedecer-lhe, violando o direito constitucional, ou desobedecer-lhe, para o manter.”

O Juiz Mendonça Lima, enfrentando a questão no caso concreto, houve por bem em declarar a nulidade da lei rio-grandense, atento a sua ofensa à Constituição republicana. Os desembargadores do Superior Tribunal gaúcho, porém, não consideraram *manifesta* essa nulidade – donde a condenação imposta ao recorrente. “A questão, em última análise, observa Rui, ‘se reduz a isto: um conflito intelectual de duas hermenêuticas, falíveis ambas e ambas convencidas’.”

“Alguma das duas pode ser criminosa, quando ambas exprimem o fato mental, involuntário e honesto de uma convicção? Caso afirmativo (segundo a instância recorrida) estaríamos diante de uma *inaudita entidade criminal*, assevera Rui: ‘Admitindo, entre os abusos da autoridade judiciária, o delito de interpretação inexata dos textos, nestes se hão de compreender tanto as leis ordinárias, como as constitucionais. Se o juiz, que, ainda no uso de uma função legal, errar na inteligência da Constituição, incide em criminalidade, não incidirá menos o que atribuir a uma lei comum sentido incorreto. Note-se que em todo o curso desta demonstração, os adjetivos *incorreto, inexato, errôneo, falso*, pressupõem sempre infalivelmente definida a verdade pela opinião vencedora na instância superior’.”

“Ora, raro é o pleito, nos diferentes ramos da jurisprudência, em que não se controverte, e diverge sobre a hermenêutica de uma cláusula do direito escrito. Na aplicação da mesma lei, do mesmo texto, do juízo dos magistrados varia contínua e incalculavelmente, de um para outro litígio no mesmo tribunal; no mesmo feito, de um juiz para ele mesmo, de uma instância para a outra e, na mesma instância, no mesmo tribunal, da maioria para a minoria.

Não há, talvez, uma só, das muitas questões já sentenciadas no Supremo Tribunal acerca de leis inconstitucionais, em que a decisão fosse unânime (...).”

“Pela jurisprudência do Tribunal rio-grandense, o juiz seccional devia ser responsabilizado. *Ele excedera os limites das funções próprias do seu emprego*, anulando um ato do governo manifestamente consoante, segundo o voto vencedor no Superior Tribunal gaúcho, com o pensamento da Constituição.”

“É absurda a consequência? Então absurda é a premissa, de onde ele fatalmente deriva. Não há delitos de interpretação. Por interpretação injurídica só é responsável o juiz, quando ela ferir *disposição literal*; e, ainda nesse caso, não é o erro que se reprime, é o dolo, a saber: a sentença dada ‘por afeição, ódio, contemplação, ou para promover interesse pessoal seu’ (CP, art. 207, § 1.º).”

“A literalidade da lei violada é requisito elementar da culpa no exercício da função judicial; *porque só a literalidade estabelece com toda a nitidez as balizas entre a opinião e a intenção, a opinião, que nunca é crime, e a intenção que pode sê-lo* (...).”

“Mas os grandes debates da hermenêutica, em assuntos de lei ordinária e lei constitucional, se travam, por via de regra, no domínio de relações, onde o direito não pode cristalizar-se nessas fórmulas lineares e incisivas, onde a solução das dificuldades suscitadas impõe confrontos, analogias, inferências, deduções, onde o processo da interpretação é complexo, lida com elementos técnicos, e obriga a raciocínios delicados. Dessa complexidade resulta o dissídio entre os julgadores, já no mesmo tribunal, já de um para outro. A teoria do Superior Tribunal do Rio Grande converte esse dissídio em crime, para os membros da minoria vencida, ou para os magistrados inferiores, na escala da autoridade judicial. E o delito então, resulta simplesmente do estar em minoria a opinião estigmatizada, ou exercer o acusado a sua jurisdição numa instância menos alta.

Nunca se atribuiu, em parte nenhuma, à magistratura, esse gênero de responsabilidade (...).”

Insiste Rui, demonstrando à exaustão o absurdo de se condenar um juiz, sem antes, ao menos, estar assente a solução definitiva da questão.

“Enquanto a decisão judicial, sobre que pesa increpação de erro, ou dolo, não houver percorrido, até a derradeira, as instâncias a que a ordem legal do processo a submete, não há, judicialmente, dolo nem erro, porque o vício, de que a acusam, não tem existência verificada, enquanto a autoridade do último

Tribunal, na série da jurisdição preventiva pela pendência da causa, não pronunciar, acerca da opinião denunciada, a última palavra. Se esta lhe é favorável, liquidou-se que o suposto erro era a verdade, o pretense dolo a justiça. Interceptar, pois, um pleito em andamento, tratá-lo como findo, quando os desvios do juiz ainda se acham de par em par franqueados os recursos normais, e chamá-lo a contas noutra ação, responsabilizando-o, civil, ou criminalmente, por atos que têm a seu favor a presunção de juridicidade, enquanto não reformados na instância superior, e que nessa poderiam receber a sanção de uma sentença confirmatória, é a mais violenta, a mais crassa, a mais trespvairada enormidade, a que no foro se poderia assistir.”

Manifesta-se Ruy sobre as conseqüências da adoção de um sistema em que a autoridade das decisões dos tribunais superiores obrigasse os juízes inferiores, (corresponderia às “súmulas vinculantes”, que se pretende adotar atualmente).

“O magistrado inferior, portanto, que não se resigne a enfiar uma carreira de suspensões sucessivas, tropeçando a cada passo em processos, terá de reduzir-se a espelho inerte dos tribunais superiores. Ainda nas questões, em que eles tivessem juízo conhecido, cômoda, bem que vil, seria a condição do juiz. Mas nas questões de emergência nova, nas espécies jurídicas inexploradas, como evitar o perigo, a não ser adivinhando, por arte maravilhosa, as inclinações recônditas da maioria na alta magistratura?

A existência do magistrado seria então um curso intolerável de humilhações e terrores (...).”

Adiante, adverte Ruy Barbosa sobre os riscos da temerária tese do crime de hermenêutica.

“Enquanto se não atinar meio de fixar perpetuamente a maioria dos corpos coletivos, *o dogma de hoje, nos tribunais superiores, estará exposto a ser a heresia de amanhã, e o erro da véspera a campear de verdade no outro dia.* Então, sob a dialética da nova teoria, a sentença proferida pela maioria, de um momento, poderá converter-se, mais tarde, em caso penal contra os seus membros, chamados a contas pela maioria superveniente. Não há meio de fugir aos corolários de um princípio falso, desde que interesses poderosos se achem empenhados em distendê-los até as conclusões extremas. Se o erro judiciário pode averbar-se em delito, ao juízo da maioria na instância definitiva, os magistrados, que a compõem, quando ela se inverter, estarão sujeitos a ser colhidos nas malhas da responsabilidade penal, anteriormente imposta ao juiz singular. Toda vez que se maligna o direito, insinuando-lhe noções iníquas, ou insensatas, o dano não pára no serviço fruído pela combinação efêmera que o inspirou; cada conveniência ulterior, utilizando a semente germinada, extrair-lhe-á quantos atentados a sua fertilidade possa autorizar, embora, os autores da novidade queiram limitar-lhe os resultados, e protestem contra o imprevisto dos frutos, que agora combatem, por não lhes aproveitarem. Na crônica dos corpos coletivos, políticos, ou judiciais, não faltam exemplos de reações e depurações, exercidas, no seu próprio seio, por um de seus membros contra os outros, ao

alternar das maiorias. E, quando se produziu na magistratura a obliteração do sentimento dos seus deveres, necessária para que ela desconheça no magistrado a liberdade ampla de aplicar a lei segundo a sua consciência, as minorias, nos Tribunais Superiores, não se poderão considerar a salvo da invenção perseguidora, forjada contra os juízes singulares. Se o magistrado, *male judicando sola imperitia*, se faz réu, no mesmo crime do juiz singular, pela sentença que pronuncia, incorre o membro do Tribunal Coletivo, pelo voto que dá. E, depois, logo que os Tribunais Superiores variarem de jurisprudência, onde vai parar a moralidade, quando a houverem de acarear com as sentenças, em que ela dantes fulminava penas contra os juízes, a cuja opinião acabou por se converter?"

Assim, encerrou seus brilhantes argumentos:

"Abrigue o Supremo Tribunal Federal sob a sua toga o júri brasileiro mutilado, honrando o compromisso constitucional, que lho recomenda. Esta é a questão inevitável nesse pleito. Da outra dissemos, por acompanhar a sentença, e não deixar sem repulsa um erro perigoso. Mas para o recorrente não se há mister do refúgio, que aí se lhe oferece, porque o erro, o atentado, é dos que o perseguem. A sua defesa é a defesa do júri. É o júri que ficaria sacrificado, se a revisão não considerasse o processo sob esta face."

4. O desfecho do processo

Em 10.02.1897, o STF absolve o Juiz Alcides de Mendonça Lima, sem, entretanto, examinar a questão da inconstitucionalidade da lei gaúcha de organização judiciária, nem aludir ao fato de se estar processando um juiz, sem submeter a recurso sua decisão, argumento amplamente defendido por Rui. Votou contrário à absolvição apenas o Min. H. do Espírito Santo.

Numa segunda revisão do processo, dois anos e oito meses depois, em 07.10.1899, o Supremo Tribunal confirmou a absolvição do Juiz Mendonça Lima, sendo que, desta vez, procedeu ao exame da constitucionalidade da lei gaúcha.

Quanto à esta parte, julgou constitucional a lei estadual (contra os votos dos Ministros Piza e Almeida, Pereira Franco e G. de Carvalho), não considerando essencial ao Tribunal do Júri as recusasções peremptórias e o sigilo das votações. Na verdade, os Ministros revelaram-se, nos seus votos, adversários do Tribunal popular, tecendo inúmeras críticas à instituição do Júri.

5. O sigilo das votações e as recusas peremptórias (da Constituição de 1891 até a de 1988)

Volvidos mais de cem anos daquela histórica polêmica sobre o Tribunal popular, o Júri permanece entre nós, tendo resistido a dois períodos ditatoriais, mantendo o sigilo das votações e o direito às recusas peremptórias.

Sem dúvida, como decorrência de todas essas discussões a respeito do Júri, a Constituição de 1934 alterou em parte o texto da Lei Suprema de 1891, deslocando o Júri do capítulo dos direitos e garantias individuais para o do Poder Judiciário, permitindo que a lei procedesse a modificações de forma e de fundo:

“Art. 72. ‘É mantida a instituição do júri, com a organização e as atribuições que lhe der a lei’.”

Na Constituição de 1937, nada se disse sobre o Júri, tanto que a princípio se opinou pela sua extinção em face da nova Carta Política do “Estado Novo”.

Todavia, em 05.01.1938, com a promulgação do Dec.-lei 167, afirma-se a subsistência do Tribunal popular, suprimindo-lhe, contudo, a denominada soberania dos veredictos, ao se permitir a instância recursal reformar a decisão do Júri, desde que houvesse “injustiça da decisão, por sua completa divergência, com as provas existentes nos autos ou produzidas em plenário” (art. 92, *b*). E, consoante seu art. 96, o Tribunal de apelação poderia, ao prover o recurso, aplicar a pena justa, ou absolver o réu, conforme o caso, se a decisão do Júri não encontrasse nenhum respaldo nos autos.

Mesmo nesta época, o citado decreto-lei concedia às partes o direito de recusar até três jurados (art. 53, § 2.º) e mantinha a votação sigilosa (art. 81).

Alguns anos depois, com o advento do Código de Processo Penal (Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941), ainda em vigor, restaram asseguradas, de igual forma, as recusas peremptórias e a votação secreta.

Finda a ditadura Vargas, a Constituição de 1946 restaurou a soberania do Júri, reolocando a instituição no capítulo dos direitos e das garantias individuais, além de estabelecer limitações ao legislador ordinário, no sentido de preservar alguns dos seus caracteres essenciais:

“Art. 141. § 28. É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude de defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida” (grifou-se).

Em 23.02.1948, foi promulgada a Lei 263, regulamentando o § 28 do art. 141 acima transcrito, restabelecendo, pelo seu art. 8.º, a apelação quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos (atual art. 593, III, *d*, do CPP), sem, contudo, permitir a reforma da decisão pelo Tribunal. Em caso de dar provimento ao recurso, o tribunal *ad quem* somente poderá sujeitar o réu a novo julgamento; não se admitindo, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação (art. 593, § 3.º, do atual CPP).

Alguns autores entenderam que tal apelação estaria, ainda, ferindo a soberania dos veredictos, sem razão, todavia. Segundo a *communis opinio doctorum*, a soberania do Júri, “consiste na impossibilidade de os juízes togados se substituírem aos jurados, na decisão da causa”, na síntese magistral do grande

processualista francês Faustin Hélie, citado por Frederico Marques (*A instituição do Júri*. São Paulo : Bookseller, 1997. p. 76).

A Constituição de 1967, tratou do Júri no seu art. 150, § 18, fazendo menção expressa a sua soberania:

“§ 18. São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.”

A EC 1, de 1969, manteve a instituição do Júri, sendo, porém, omissa no tocante a soberania. (“É mantida a instituição do Júri, que terá competência nos crimes dolosos contra a vida”, § 18, art. 153).

Apesar da omissão, não mais se questionou a soberania do Júri, afinal, mantendo-se o Júri, mantinha-se também sua soberania, conforme enunciada na Constituição de 1967.

Passado o período dos regimes militares, com a redemocratização do País, o Júri foi não só mantido, mas reconhecido pela Constituição de 1988, assegurando-se pontos fundamentais, à semelhança da Carta de 1946.

Art. 5.º, XXXVIII:

“É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.”

Prática freqüente, o direito às recusas peremptórias, isto é, sem declarar-se o motivo, sempre esteve presente em nossa legislação processual, como um meio de salvaguardar a imparcialidade do Júri, entendendo-se estar compreendido, em nível constitucional, na garantia da plenitude de defesa.

A propósito, diziam Borsani e Casorati que “a recusa peremptória é o ato com que o Ministério Público, ou o acusado, declara não aceitar um jurado sem aduzir o motivo. Essa espécie de recusa é fundamental e essencial no instituto do Júri, e constitui, especialmente para o réu, direito substancial a sua defesa” (apud Frederico Marques, op. cit., p. 176).

Não se deve perder de vista que, na sessão de julgamento, no momento do sorteio dos jurados para formação do conselho de sentença, as partes, se pretenderem argüir a suspeição e/ou impedimento de algum jurado, deverão fazê-lo de imediato, apresentando prova. Sendo assim, não dispondo naquele momento da indispensável prova de suspeição ou de impedimento, podem valer-se das recusas peremptórias, até o máximo de três para cada uma das partes, primeiro a defesa e, depois dela, a acusação, consoante § 2.º do art. 459 do CPP, assegurando a lisura do julgamento.

A título de sugestão, melhor seria se a acusação recusasse primeiro, deixando ao réu maior latitude, para o caso de coincidir na exclusão de um nome o interesse de ambas as partes.

Não se deve olvidar que pode haver ódios, antipatias, preconceitos que não se podem explicar, e menos provar, pode haver também motivos ocultos que não se possam nem ao menos expressar, o que importa é que tenha o acusado confiança no seu julgador.

Ademais, o legislador prevê outros mecanismos, peculiares ao procedimento especial do Júri, à semelhança das recusas peremptórias, visando assegurar a imparcialidade do julgamento, como o desaforamento, regulamentado no art. 424, par. ún., do CPP.

No que se refere ao sigilo das votações, como visto, já teve sede constitucional na Carta Magna de 1946, sendo, evidentemente, essencial ao Júri.

Com as naturais repercussões dos crimes dolosos contra a vida, julgados pelo Tribunal Popular, sem o escrutínio secreto não teriam os jurados a mesma liberdade e segurança ao votar.

A partir do momento em que são sorteados, os jurados já ficam incomunicáveis, para que não manifestem sua opinião sobre o processo (art. 458, § 1.º, do CPP).

O sigilo das votações é assegurado pelas cédulas distribuídas aos jurados no momento da decisão, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo umas a palavra *sim* e outras a palavra *não*, a fim de, secretamente, serem recolhidos os votos (arts. 485 e 486 do CPP).

Com a promulgação da atual Constituição, assegurando a publicidade dos atos processuais e dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário (arts. 5.º, LX, e 93, IX, da CF/88), admitindo restrições apenas em casos excepcionais, acirrada polêmica se travou sobre a abolição da sala secreta ou especial no julgamento pelo Tribunal do Júri.

Distinguindo o sigilo das votações do sigilo do julgamento, manifestaram-se favoráveis a abolição da sala secreta James Tubenchlak, Tourinho Filho, René Dotti, dentre outros, pela manutenção da tradicional sala secreta, Hermínio Alberto Marques Porto, Adriano Marrey, Alberto Silva Franco, Rui Stoco, só para citar alguns.

O STF já teve oportunidade de se manifestar a respeito dessa questão, no sentido da manutenção da sala secreta pela Constituição Federal, negando seguimento ao RE 01409754/210 (DJU 13.02.1992, p. 1.068), tendo como relator o erudito Min. Paulo Brossard, quando se deixou assente que “a regra do art. 93, IX, há de ser entendida tendo-se presente a regra específica do art. 5.º, XXXVIII, sob pena de não se resolver um conflito que, em verdade, é mais aparente que real”; que o “texto de 1988, no tocante ao Júri, constitucionalizou os princípios tradicionalmente vigentes entre nós”, indicando-os “um a um e fê-los intocáveis pelo legislador ordinário”.

Outrossim, igualmente é da essência do Júri o julgamento dos cidadãos pela consciência de seus pares, não tendo, por conseguinte, que fundamentar suas decisões. Além disso, fundamentá-las implicaria também em quebrar o indispensável sigilo das votações.

Diga-se mais, com James Tubenchlak: “o Júri não é órgão do Poder Judiciário; assim, não se submete à imposição constitucional de fundamentar suas decisões (art. 93, IX, da CF); é órgão político, como afirmara Rui, e não meramente um órgão estatal que deva, pela fundamentação, prestar contas de seus atos. Os jurados são cidadãos exercendo sua cidadania, tal como sucede no momento do exercício do voto” (*Tribunal do Júri. Contradições e soluções*. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 9).

Como anotado, a instituição do Júri permanece entre nós, ora mais ou menos prestigiada, em consonância com as nossas flutuações democráticas, todavia, sempre prestando relevantes serviços à Justiça, criticada por uns, tem procurado evoluir, corrigindo algumas distorções.

Nessa linha, em 1993, ilustre comissão de juristas, instituída pelo Ministério da Justiça, elaborou, dentre vários anteprojetos de lei, um específico visando simplificar o procedimento do Júri, tendo como relator o renomado penalista René Ariel Dotti.

Dentre as modificações sugeridas, vale ressaltar a proposta, já manifestada outras vezes, desde algum tempo, de tornar mais claros e simples os quesitos submetidos aos jurados.

Como sabido, o Júri brasileiro adotou o sistema francês, ou do questionário, baseado na separação entre o juízo sobre as questões de fato, da competência dos jurados, e o juízo sobre questões de direito, da atribuição do juiz togado que preside ao Júri: *de jure judices, de facto juratore*.

Na dificuldade prática de separar o fato do direito, reside justa crítica a instituição do Júri, ao se submeter complexas teses jurídicas a juízes leigos, por meio de um questionário de difícil elaboração pelos próprios juízes togados, comprometendo em alguns casos a decisão dos jurados, absolvendo quando queriam condenar, condenando quando pretendiam absolver.

Já o saudoso Frederico Marques, como fervoroso adversário do Júri, chegou a afirmar que a “complicada e difícil heurística (*sic*) dos quesitos e questionários” teria sido uma criação dos “órgãos da superior instância, no exercício de útil política judiciária destinada a tentar corrigir os abusos do júri” (apud René Ariel Dotti. “Esboço para a reforma do Júri”, *RBCCrim*, ano 1, n. 3, p. 282, jul./set., 1993).

O aludido anteprojeto inova substancialmente no particular, propondo aos jurados que, após os quesitos sobre “a materialidade do fato” e “autoria ou participação”, respondam “se o acusado deve ser condenado”. Caso positiva a resposta a este quesito decisivo, passa-se a mais dois quesitos, visando

estabelecer a grandeza da pena: 1.º) “se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; 2.º) “se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia.”

Como ilustre membro daquela comissão revisora do Código de Processo Penal, o processualista baiano Edson O'Dwyer apresentou algumas primorosas sugestões, argumentando que: “É preciso que nos conscientizemos de que o jurado só quer condenar ou absolver. Em condenando, quer uma pena mais longa ou mais breve. O mais, as filigranas, as conceituações técnicas, as dificuldades, tudo é problema do juiz que presidir a sessão. É necessário que se faça do não-togado um julgador de fato, não de direito. De circunstancial, de conduta, de comportamento humano, não de assuntos essencialmente jurídicos, alguns dos quais difíceis e controversos até para os juristas” (“Sugestões para a revisão do Código de Processo Penal”. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, vol. 1, p. 37, Imprensa Nacional, 1993).

Não obstante as infundáveis discussões, a participação popular nos julgamentos criminais, no nosso caso através do Júri, vem prestando, ao longo dos anos, inestimáveis serviços à Justiça, exercendo o cidadão-jurado uma verdadeira “criminologia sem nome”, pois, nas palavras de um dos maiores criminalistas de todos os tempos, Carlos de Araújo Lima: “A Justiça, como Deus, cabe mais na sensação, que na idéia” (*Os grandes processos do Júri*. 5. ed., Rio de Janeiro : Liber Juris, 1988. vol. I).

Destarte, mantendo-se a instituição do Júri, preservando-lhe seus elementos essenciais, nestes compreendidos o sigilo das votações e as recusas peremptórias, a história de mais de um século, como grande e verdadeiro Juiz, julgou vitoriosas as teses de Rui, jungindo, de modo indelével, o nome do nosso maior Paladino da Liberdade ao do Tribunal Popular.

Bibliografia

- ARAÚJO LIMA, Carlos. *Os grandes processos do júri*. 5. ed. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1988. vol. 1.
- BARBOSA, Rui. *Obras completas. XXIII, 1896*. Rio de Janeiro : Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1976. t. III.
- CAMPANHOLE, Adriano e LOBO Hilton. *Constituições do Brasil*. 5. ed. São Paulo : Atlas, 1981.
- DOTTI, René Ariel. “Esboço para a reforma do Júri”. *RBCCrim*, ano 1, 3/272-297, jul.-set., 1993.
- MARQUES, José Frederico. *A instituição do Júri*. Campinas : Bookseller, 1997.
- MARQUES PORTO, Hermínio Alberto. *Júri*. 7. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.
- MARREY, Adriano, SILVA FRANCO, Alberto e STOCO, Rui. *Teoria e prática do Júri*. 5. ed. São Paulo : RT, 1993.

- NOGUEIRA, Rubem. *O advogado Rui Barbosa*. 4. ed. Belo Horizonte : Edições Ciência Jurídica, 1996.
- O'DWYER, Edson. "Sugestões para a revisão do Código de Processo Penal". *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária* 1/37, 1993, Brasília : Imprensa Nacional.
- TOURINHO FILHO, Fernando. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo : Saraiva, 1997. vol. 4.
- TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.
- VAINSENER, Semira Adler e SIMÕES DE FARIAS, Ângela. *Condenar ou absolver: a tendência do Júri popular*. Rio de Janeiro : Forense, 1997.