ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

30

Ano 8 • abril-junho de 2000

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
IBCCRIM
BIBLIOTECA

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Trimestral • Ano 8 • n. 30 • abril-junho de 2000

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

© Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.
Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 01 • Caixa Postal 678
Tel. (11) 3115-2433 • Fax (11) 3106-3772
CEP 01020-901 – São Paulo, SP, Brasil
Internet: http://www.rt.com.br
e-mail: editorial@rt.com.br

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

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

Diagramação eletrônica: Segmento Produções Gráficas Ltda.
Rua Vespasiano, 138 – Vila Romana – CEP 05044-050 - São Paulo, SP, Brasil.
Impressão: IBS

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

O ano 2.000 se inicia sem que tenhamos obtido avanços no sentido de empreender duas reformas legislativas essenciais: a reforma do Poder Judiciário e a reforma do Código Penal.

O IBCCrim vem se batendo há muito pelas duas.

No que se refere ao Judiciário, conquanto a reforma esteja tramitando na Câmara dos Deputados, os resultados até agora obtidos são tíbios, nada mudando de substancial no que se refere ao acesso à justiça (acesso à ordem jurídica justa) e à falta de transparência com que o referido Poder vem pautando sua atuação.

A concentração de poder nas cúpulas, por meio de institutos como a súmula vinculante ou controle concentrado da magistratura em um órgão dominado pelos tribunais superiores, sem *efetiva* participação externa, configura um modelo de Judiciário que atende apenas aos interesses da Administração Pública, não os da população.

Esta ficará, mais uma vez, iludida em face do exercício, pelo Legislativo, de um mero poder simbólico.

Nosso legislativo, aliás, tem sido o responsável, sobretudo na última década, por reformas pontuais na legislação penal, de caráter emergencial, como resposta simbólica ao sentimento de insegurança da população, provocando notáveis rupturas metodológicas e desconexão com o centro do sistema, que deve ser sempre o Código Penal e sua Parte Geral.

Ora, é preciso ver que a violência tem raízes profundas. E que problemas sociais não se resolvem com leis penais.

Por causa desta equivocada abordagem, os sucessivos governos não têm dado atenção à necessidade de se conceber um sistema penal novo. Várias comissões, envolvendo especialistas, foram criadas, desde 1984, ano em que entrou em vigor a nova Parte Geral do Código, e o trabalho delas sempre foi desprezado, jogado ao léu.

Já estávamos acostumados com o descaso das autoridades máximas do país com tal assunto quando surgiu um novo alento: a vontade inédita de um Ministro da Justiça, José Carlos Dias, no sentido de dar corpo a uma verdadeira reforma penal, moderna e sistemática, que refletisse o evoluir das relações sociais, da ciência, das coisas do mundo, sem pressa.

Quando a comissão de reforma iniciou seu trabalho, ele deu mostras de seu empenho pessoal na questão, contribuindo, colaborando e participando de reuniões.

À véspera de sua saída, a redação de um novo sistema de penas, mediante mudanças na Parte Geral do Código Penal, foi entregue ao Governo Federal. A comissão, na prática, se dissolveu quando iniciava o árduo trabalho de revisão de toda a Parte Especial do Código, uma necessidade inadiável. Não se sabe o que

teremos doravante porque o novo ministro nada falou sobre o assunto. O clima é de apreensão. Será que voltamos à estaca zero?

A saída de José Carlos Dias do Ministério de Justiça constituiu uma derrota, mas não capitulação, dos setores democráticos do pensamento jurídico. Continuamos na luta. Uma das trincheiras é o IBCCrim e, nele, a Revista Brasileira de Ciências Criminais, que, em mais este número, o 30º, traz, como sempre, artigos que constituem importantes subsídios para as reformas de que necessitamos.

Conselho Diretivo

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 03

COLABORADORES 07

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1 Del bien jurídico a la necesidad de la pena en los delitos de asociaciones ilícitas y lavado de dinero – JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA 11

1.2 De como o Estatuto do Tribunal Internacional Penal certifica um novo modelo de direito penal – MARIA LEONOR MACHADO ESTEVES DE CAMPOS E ASSUNÇÃO 31

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1 O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois – ADA PELLEGRINI GRINOVER 41

2.2 A seletividade do controle penal – ALICE BIANCHINI 51

2.3 A imputação objetiva no direito penal – ANDRÉ LUÍS CALLEGARI 65

2.4 Direito e sofrimento mental – DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR . 87

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1 A criminalidade contra a ordem tributária no universo do direito econômico – LEÔNIDAS RIBEIRO SCHOLZ 95

4. INFÂNCIA E JUVENTUDE

4.1 O jovem: conflitos com a Lei. A Lei: conflitos com a prática – KARYNA SPOSATO 109

4.2 300 anos de construção das políticas públicas para crianças e adolescentes – ROBERTO DA SILVA 115

5. CRIMINOLOGIA

5.1 Privação e delinqüência – ALVINO AUGUSTO DE SÁ 127

5.2 Caso do Carandiru: um estudo sociojurídico – 2.ª Parte – CESAR CALDEIRA 143

5.3 Prisão: a expressão de uma violência difusa – MIRIAM KRENZINGER A. GUINDANI 189

5.4 Intimidação, incapacitação ou prevenção? Qual o melhor meio para reduzir a criminalidade – TULIO KAHN 197

6. POLÍCIA E DIREITO

6.1 Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro: a atuação da Justiça Militar – IGNACIO CANO e JOSÉ CARLOS FRAGOSO 207

7. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

7.1 Júri. Nulidades. Quebra da incomunicabilidade dos jurados e formulação de quesito sobre "insuficiência de provas". Caso "Eldorado de Carajás" – ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO 235

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

8.1 Alberto Torres e a mudança social no Brasil: o equilíbrio conservador e a supressão do conflito – MARIA JOSÉ DE REZENDE 249

9. ANTIGUIDADES DE DIREITO CRIMINAL

9.1 Ruy Barbosa e o processo Dreyfus – RENÉ ARIEL DOTTI 261

10. JURISPRUDÊNCIA

10.1 Jurisprudência Comentada

10.1.1 A questão da derrogação do art. 14 da Lei 6.368/76 pelo art. 8.º da Lei 8.072/90 – GERALDO ROBERTO DE SOUSA 291

10.2 Ementário de Jurisprudência – ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO 314

11. LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

11.1 Diagnóstico preliminar do Sistema Penal Brasileiro e primeiras propostas para sua reformulação 337

12. RESENHAS

12.1 OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal* – Resenha por SÉRGIO MAZINA MARTINS 371

12.2 PISANI, Mario. *Attualità di Cesare Beccaria* – Resenha por ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO 374

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 377

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 31 • julho-setembro • 2000

• Globalização e criminalidade dos poderes
Alberto Silva Franco

• Reflexiones sobre el pensamiento penal
Ana Messuti

• Etnografía de la cultura de la seguridad; método cualtitativos para el análisis de la seguridad subjetiva
Bernardo Romero Vázquez

• Parecer sobre máquina de diversão eletrônica para adultos em face de legislação criminal
Damásio E. de Jesus

ERRATA: No volume 29 o trabalho do Dr. Dimitri Dimoulis. "Da 'política criminal' à política da igualiberdade" foi publicado incorretamente como "Da 'política criminal' à política da igualidade".

COLABORADORES

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular de Processo Penal na Universidade de São Paulo.

ALICE BIANCHINI

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutoranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ALVINO AUGUSTO DE SÁ

Diretor da Clínica Psicológica da Universidade Guarulhos. Professor de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Psicologia Criminal da Universidade Mackenzie. Assistente de Planejamento e Controle II da Academia Penitenciária do Estado de São Paulo.

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

Advogado. Doutorando em Direito Penal pela Universidade Autônoma de Madrid. Professor de Direito Penal na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, na Escola Superior do Ministério Público do RS e na Escola Superior da Magistratura do RS.

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO

Procurador de Justiça aposentado. Professor Associado de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

CESAR CALDEIRA

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

DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR

Juiz de Direito em São Paulo. Membro fundador e ex-presidente da Associação Juízes para a Democracia.

FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

Advogado criminalista em São Paulo. Colaborador do Boletim IBCCRIM. Membro do Conselho Diretivo da RBCCRIM.

GERALDO ROBERTO DE SOUSA

Desembargador aposentado.

IGNACIO CANO

Pesquisador do Instituto de Estudos da Religião (ISER). Professor do Departamento de Ciência Política da Universidade Federal Fluminense.

JOSÉ CARLOS FRAGOSO

Professor de Direito Penal da Universidade Cândido Mendes.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

Doutor em Direito pela Universidade Nacional de Educación a Distancia, de Madrid. Diplomado em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de Roma. Professor associado de Direito Penal e de Filosofia do Direito na Universidade de Antofagasta (Chile).

KARYNA SPOSATO

Advogada. Pesquisadora do Ilanud e secretária Executiva do Prêmio Sócio-Educando.

LEÔNIDAS RIBEIRO SCHOLZ

Advogado criminal em São Paulo. Mestrando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MARIA JOSÉ DE REZENDE

Professora de Sociologia da UEL. Doutora em Sociologia pela Universidade de São Paulo.

MARIA LEONOR MACHADO ESTEVES DE CAMPOS E ASSUNÇÃO

Assistente convidada do Departamento Autônomo de Direito da Universidade do Minho. Membro da Delegação Portuguesa ao Comitê Preparatório das Nações Unidas para a criação do Tribunal Internacional Penal.

MIRIAM KRENZINGER A. GUINDANI

Doutoranda do PPG em Serviço Social. Professora das Faculdades de Serviço Social da PUC-RS e da ULBRA.

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná. Membro da Associação Internacional de Direito Penal e da Sociedade Mexicana de Criminologia.

ROBERTO DA SILVA

Pedagogo. Doutorando em Educação na Universidade de São Paulo. Professor da Uni Sant' Anna. Membro da Subcomissão de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente da OAB-SP. Membro do Conselho Científico do Instituto Latinoamericano para Prevenção ao Delito e Tratamento da Delinqüência (ILANUD/ONU).

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

Professor Titular de Direito Penal. Membro da Associação Internacional de Direito Penal e da Sociedade Mexicana de Criminologia.

SÉRGIO MAZINA MARTINS

Membro da Associação Juízes para a Democracia. Professor de Direito Penal na Universidade São Marcos.

TULIO KAHN

Doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo e colaborador do Grupo de Pesquisa da Discriminação da USP. Assessor da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. Coordenador de Pesquisa do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1

DEL BIEN JURÍDICO A LA NECESIDAD DE LA PENA EN LOS DELITOS DE ASOCIACIONES ILÍCITAS Y LAVADO DE DINERO*

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

1. El tema propuesto para mi intervención en este Seminario, esto es, *corrupción, asociaciones ilícitas y lavado de dinero*, ofrece al estudioso múltiples y hoy muy ricas facetas de análisis. Ya lo abordemos desde el punto de vista criminológico, según el cual el circuito de las conductas correspondientes reconoce como eje centrípeto la criminalidad organizada – o sea, el correlato empírico de las asociaciones ilícitas –, a cuyo respecto las tendencias corruptoras del aparato público y las estrategias de reciclaje del producto de la actividad delictuosa de estas agrupaciones resultan ser epifenómenos tan complejos como los actos de que traen origen o que acompañan; ya lo examinemos a la luz de la dogmática, del modo en que ésta ha venido descubriendo y denunciando nuevos enigmas interpretativos en la factura técnica y sucesiva aplicación de los tipos en que plasman, ya, en fin, sometamos el plexo del problema y sus miembros singulares a una consideración políticocriminal, con especial referencia a los principios que gobiernan el Derecho penal de nuestra época, lo cierto es que corremos el riesgo de extraviarnos en un terreno vastísimo, que, por añadidura, muda su presentación fáctica con acusada pertinacia, complicando ulteriormente las tres perspectivas. El tiempo de que dispongo me obliga, pues, a una drástica reducción del frondoso cuadro, y a escoger, para el objeto así acotado, sólo una de las mencionadas posiblidades de aproximación.

Ante todo, preferiría ceñirme a los delitos de asociaciones ilícitas y lavado de dinero. Que deje fuera de mi exposición el cohecho, obedece a dos motivos. Por un lado, se trata de un ilícito harto más antiguo que los primeros, y nada podría añadir de momento al cúmulo de reflexiones y estudios fraguados en su contacto; por otro, la probada necesidad de la intervención penal en punto a una gama de comportamientos bastante descritos y conocidos, no menos que un objeto jurídico y unas modalidades de afectación bien precisados, hacen del cohecho una materia relativamente manejable para penalistas y criminólogos, de indiscutida preservación, además, en las tareas *de lege ferenda*.

(*) Reconstrucción, anotada, de la intervención del autor en el *V Seminario Internacional del Instituto Brasileño de Ciencias Criminales*, realizado en São Paulo, Brasil, los días 6 a 9 de octubre de 1999.

Otra cosa ocurre con las asociaciones ilícitas y el lavado de dinero. Las unas y el otro, en el plano de las normas, constituyen hechos contemporáneos. Esta breve historia es índice del panorama menos asegurado en que su índole peculiar los inscribe. Las asociaciones ilícitas aparecen recién en algunos Códigos decimonónicos, y luego siguen una trayectoria zigzagueante de tipificación, que ha oscilado, desde las sociedades secretas a las asociaciones criminales en sentido estricto, y de éstas hacia aquellas que promueven formas de discriminación o se yerguen como sectas que aniquilan la voluntad de sus integrantes, por no nombrar otras especies. El lavado de dinero, reserva hecha de su filiación respecto del encubrimiento, apenas mide en dos lustros su existencia, no ha ganado todavía plaza uniforme en las leyes y las diferencias que exhiben éstas en cuanto al sentido, la extensión y los límites de la prohibición, son demasiado ostensibles como para hablar de una individualidad autónoma del delito en el concierto de la Parte especial. En seguida, la caracterización criminológica de ambos, aunque haya adelantado bastante, sige yendo a la zaga de los heterogéneos fenómenos que amadrigan, a los que distingue una capacidad de transformación sólo superada por los factores que la determinan. El concepto de criminalidad organizada – indica Palazzo – es, en su origen, una noción de naturaleza sociológica, que ha recibido progresivamente una traducción legislativa; sin embargo, carece hasta hoy de una definición legal unitaria, al paso que una regulación penal particularmente severa se empeña en aplicarla a ciertas formas de criminalidad indicadas por el legislador a tirones y de una manera nunca coordinada.[1] De hecho, la imposibilidad de alcanzar un concepto homogéneo de la criminalidad organizada en el *ius positum*, hinca sus raíces en el obstáculo insuperable de traducir en una fórmula abstracta el espectro proteiforme – sólo definido por unos pocos rasgos empíricos, no siempre seguros – de un fenómeno que, ligado como está a condiciones estructurales de los diversos conglomerados sociales, cambia de aspecto en cada uno de éstos.[2] Algo parecido es dable predicar del lavado de dinero. La notoria dependencia de los procedimientos con que se convierte a la legalidad fiscal valores obtenidos en el tráfico ilícito de drogas y armas, la trata de personas, etc., respecto de unos mercados financieros en progresiva expansión y mudanza, dota de substancia siempre enriquecida las tres clásicas fases – colocación, cobertura y blanqueo – del ciclo del lavado, de modo que, según explica Cervini, cuando el legislador corre a regular éste al compás de las realida-

(1) "La législation italienne contre la criminalité organisée". *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*. Paris: Dalloz, año 1995, n. 4, octubre-diciembre, cf. p. (771 y ss.) 711; parecidamente, Castaldo, "La criminalidad organizada en Italia: la respuesta normativa y los problemas de la praxis". *Revista brasileira de Ciências criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, año 7, n. 27, julio-septiembre de 1999, cf. p. (11 y ss.) 11.

(2) Acerca de los problemas de definción de estas actividades en el Derecho internacional y la total falta de acuerdo al respecto entre los criminalistas, cf. van den Wyngaert, "Las transformaciones del derecho penal internacional en respuesta al reto del crimen organizado". *Revue internationale de Droit pénal*. Toulouse: Érés, año 70, nueva serie, primer y segundo trimestres de 1999, p. (223 y ss.) 244-247.

des económicas que yacen tras él, éstas ya no se encuentran en el estadio para el que se pretendió dar la regulación.[3] Por último, la asociación de malhechores y el lavado de dinero son delitos atípicos, difíciles de clasificar y reconstruir con ambición dogmática. No pocas de sus aristas técnicas suscitan permanente perplejidad entre los estudiosos y, lo que es más inquietante, se prestan a aplicaciones jurisprudenciales en pugna con elementales principios de la teoría del delito, cuyo perturbador efecto resulta fortalecido por procedimientos de excepción particularmente duros e insufribles con inculpados y acusados. En síntesis, al adelantamiento impaciente del *ius puniendi* que vemos encapsulado en estas dos infracciones, debemos la falta de un bagaje de conceptos claros que, ilustrándolas adecuadamente, garantice su vigencia empírica en términos más respetuosos de la libertad y seguridad individuales.

No obstante, en los últimos años las asociaciones ilícitas y el lavado de dinero han llegado a ser, por decirlo con la expresión que Merkel dedicó a las ficciones jurídicas,[4] los *niños mimados* de la Política criminal de los Estados y la comunidad internacional. Como tales hijos predilectos, se tiene por un hecho incontestable su existencia y la necesidad de protegerlos, considerándose incluso pleno de justificación que la tutela se extienda a ultranza, aunque de por medio se atropelle básicas exigencias del liberalismo penal. Que aquí haya bienes jurídicos merecedores de amparo punitivo, que aquel que en concreto se les concede convenga al temple y a la medida en que tales intereses son susceptibles de él, y que éste resulte imprescindible, vista la acreditada ineficacia de resortes extrapenales de protección jurídica, parecen ser requerimientos menos relevantes que el postulado axiomático de que la tutela penal tiene que existir y darse con ejemplar amplitud. La enorme significación empírica, que no pretendo desmerecer y sin duda cobra la criminalidad organizada en estas postrimerías del siglo XX, ha favorecido así un peligroso brinco especulativo. Pasamos de los conocimientos criminológicos a las categorías dogmáticas sin solución de continuidad, y con el mismo desenfado tendemos a yuxtaponer la *ratio iuris* de las asociaciones ilícitas y el lavado de dinero con las razones políticocriminales que abonarían su previsión autónoma, todo ello, dejándonos alimentar por las evidentes, poderosas presiones que gravitan sobre los poderes públicos para que pongan coto y remedio al fenómeno, y vistiendo a la postre con el prestigio de la ciencia soluciones legislativas de opinables substancia y orientación. Frente a objetos jurídicos antes supuestos que razonados con mayor hondura, no son de extrañar las interminables discusiones que levanta en la doctrina la modalidad especial de ilicitud acuñada por los Códigos, ni la tortuosa aplicación de los tipos que materializan la modalidad. Tampoco, que éstos dejen en el estudioso el agrio

(3) *Lei de lavagem de capitais*, por Raúl Cervini, William Terra de Oliveira y Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 1998. p. 62.

(4) *Gesammelte Abhandlungen*, t. II, 1889, p. 521. Recoje la cita Max Ernst Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1965. reimpresión de la 1. ed., p. 6.

regusto de que acaso se reprime por reprimir,[5] que el mal está en la desobediencia individual, en la deslealtad de los justiciables para con la voluntad del Estado, y no en el perjuicio de las normas en su función constitutiva de objetos valorados.

Me propongo examinar el lazo que ata el objeto jurídico y la necesidad de la pena en estos delitos, pero recorriendo el camino en el sentido opuesto al acostumbrado. Naturalmente, para ir desde aquél a ésta y justipreciar, conforme a los intereses involucrados, el fundamento de la intervención penal que por doquier se apetece, tendré que ajustarme a una representación abstracta de las infracciones en cuestión, según los rasgos más o menos comunes que muestran en las legislaciones, y prescindir de los muchos detalles y variedades de su configuración concreta. He de partir, pues, de las asociaciones ilícitas cuyo objeto social radica en cometer delitos, y de una imagen no menos estilizada del lavado de dinero, entendido como el conjunto de actos de favorecimiento, por ocultación, conversión o transferencia, y de aprovechamiento, para sí o para otro, de bienes de significación económica y que proceden de delitos graves. Asímismo, he de contraerme a las doctrinas más acrisoladas y difundidas sobre el norte teleológico al que responderían tales figuras delictuosas.

2. Comencemos con las asociaciones ilícitas, o sea, el fulcro del problema, y las teorías que procuran despejar su objeto jurídico.[6]

La que identifica la naturaleza de la asociación criminal en una forma de *autotutela del Estado* respecto a su función protectora del ordenamiento jurídico, merece, indudablemente, una estimación aparte, por su relativa novedad y el planteamiento heterodoxo que comporta frente a otras construcciones doctrinales. Según sus partidarios, aquello que el delito ofende sería el propio poder del Estado, su primacía en cuanto institución política y jurídica, comprometida por la mera existencia de otra institución, provista de fines antitéticos a los suyos y que le discute la hegemonía o monopolio del orden jurídico y político. La asociación criminal – subraya García-Pablos –, contemplada desde la totalidad del ordenamiento jurídico, es algo más, algo distinto que la mera suma de personas físicas que persiguen ciertos objetivos: es una institución, una realidad viva. Sólo así – añade – se explica que asociación ilícita y participación criminal sean conceptos jurídicopenales distintos. Con el delito de asociaciones ilícitas se trata de proteger la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquiera otra organización que persiga fines adversos a los del Estado; de ahí que una pluralidad de personas que, de forma organizada, intentan unos objetivos opuestos a las leyes penales, pone en entredicho la efectiva supremacía del poder público. Sería un reto al y una negación del Estado.[7] De todo lo cual, es

(5) Lo propio constata Zaffaroni en "La legislación represiva antidroga latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario". *Derecho penal. Homenaje al doctor Raúl Peña Cabrera*, Lima: Ediciones Jurídicas, 1991. cf. p. (715 y ss.) 722.

(6) Sobre este argumento, con mayores extensión e indicaciones bibliográficas, véase nuestro artículo "Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas". *Revista de Derecho penal y Criminología*, de Madrid, 2ª época, n. 2, julio de 1988, p. (153 y ss.) 158-177.

(7) *Asociaciones ilícitas en el Código penal*. Barcelona: Bosch, 1978, p. 142-144.

lógico colegir que titular del bien protegido es el propio Estado, guardián del orden social, que ostenta el monopolio del orden jurídico, no la colectividad indiscriminadamente considerada, y que el delito es uno de lesión.

Como no son pocas ni superficiales las reservas que despierta la idea de erigir la primacía política y jurídica del Estado, es decir, su dimensión de "guardián del orden social que ostenta el monopolio del orden jurídico", como el bien ofendido por la asociación de malhechores, merece la pena detenerse sobre el punto, con la parsimonia que requiere la indudable *vis* atractiva de esta concepción.

Ante todo, carece de una adecuada delimitación el concreto interés estatal afectado, según la tesis, con el delito. Y es que cuando invocamos la majestad jurídica y política del Estado,[8] su poder de imperio o soberanía,[9] o la supremacía de su ordenamiento jurídico,[10] no dejamos de movernos en un ámbito tan vago y elíptico como el de la acepción más amplia del orden público, tan criticada por los seguidores de la tesis. Pues si, de una parte, se quiere cargar el acento en la dimensión política del imperio estatal, entonces ya no quedaría ninguna diferencia teleológica ni distinción posible entre la asociación criminal y los delitos contra la seguridad del Estado, a pesar de lo forzado del temperamento que busque reconocer, tras toda asociación criminal, un atentado contra las condiciones de que depende la estructura y subsistencia de aquél como organización política. Dogmáticamente, nada permite sostener que la mera constitución de una asociación cuyo objeto es cometer delitos (sin ulteriores exigencias, relativas, por ejemplo, a la clase y gravedad de éstos), deba atacar al Estado en lo que tiene de entidad soberana, dotada de una personalidad jurídica en la que encarnan la organización y vida políticas de una sociedad dada, si bien haya que reconocer que la tremenda ambigüedad conceptual de la seguridad del Estado favorece estas superposiciones, conocidas, por lo demás, en el Derecho histórico y que el Derecho comparado conserva en la disciplina de otras asociaciones ilícitas, cuyo marcado tinte político deriva de los delitos hacia los que debe apuntar el consorcio.

Por lo pronto, que la simple existencia de una asociación criminal, por los objetivos antitéticos a los del Estado que ambiciona, consituya un reto a y una negación de su magisterio político, es sólo una afirmación metafórica a la que hay que aligerar del cariz efectista y algo apocalíptico que posee. Apenas se medite en la posibilidad de una asociación criminal compuesta por tres personas (incluso dos, en muchos Códigos) con el objeto de cometer vulgares hurtos o estafas, que ni por asomo desafía al Estado, así como tampoco lo niega más allá del plano de un ejercicio dialéctico, se advertirá que el mencionado reto no existe, así en la realidad empírica como en la esfera de los valores. Acaso otra cosa cabría afirmar si la asociación fuese (y la ley lo reclamara) más numerosa y estuviese dotada de disciplina y organización profesionales, si los delitos materia

(8) Idem, ibidem.

(9) MAURACH, *Deutsches Strafrecht*. Besonderer Teil, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 4. ed., 1964, p. 631-632.

(10) PALATANO, *L'associazione per delinquere*. Napoli: Jovene, 1971, p. 154 y ss.

de su calendario resultasen particularmente graves, o cuando asociaciones semejantes se multiplicasen y ramificasen a través del tejido social. Pero, y en la medida en que estas exigencias no figuren de alguna manera en las descripciones típicas, así se traspasa el ámbito de la interpretación de las leyes y se llega a la Criminología, operación, empero, útil a fin de descubrir el verdadero rostro de la teoría de la autotutela estatal y el tributo desmedido que sufraga, sin decirlo – quizá, también, sin notarlo –, a la fenomenología de la criminalidad organizada. Ésta, como se sabe, medra al socaire de procesos de desintegración social y de disolución del poder del Estado y los entes públicos menores, con el consiguiente favorecimiento de grupos de poder o "pequeños Estados" dentro de su seno,[11] y, entre otros rasgos, la distingue esa sólita impunidad de sus actividades, desplegadas con miras globalizadoras, que le dispensa su estrategia de corrupción del aparato público.[12] Y no sorprende que este deplorable estado de cosas haya alcanzado, en ciudades o países que sería ingrato e inoficioso traer a cuenta, ápices que sitúan la institución estatal en una línea rayana con la existencia nominal, incluso en términos territoriales. Cuando, de consiguiente, se destaca la conveniencia de reprimir la asociación criminal, ya que este delito proporcionaría un instrumento poderoso e indispensable para la lucha contra la delincuencia común organizada,[13] la cual, dadas ciertas condiciones, puede poner en jaque al Estado en sí mismo, hiriéndolo hasta en su sustento físicoespacial, en nada se prejuzga la pregunta por el *quid* del bien protegido, a menos que confundamos una razón político criminal para combatir con más ventaja esta laya de delincuencia, con la *ratio iuris* de la infracción.

Tampoco conseguimos una mejor determinación del interés ofendido por el lado de la primacía jurídica de la institución estatal, es decir, con la invocación del Estado como ente que monopoliza el ordenamiento jurídico, en el sentido de ser el custodio de la eficacia de sus prescripciones, idea que expresa, a un tiempo, su fin primordial y una de sus funciones más significativas, pues a la entidad estatal toca la tarea de garantizar y defender el Derecho, atribuyéndose con excluyente designio, en aras de dicha función, el uso de la fuerza. Es aquí donde parece incidir el centro de la argumentación de la doctrina que comentamos, por cuanto, según se dice, de la simple existencia de asociaciones dotadas de un objeto social criminoso deduciríase una lesión consumada al imperio coercitivo que el Estado despliega sobre la eficacia del ordenamiento y la incolumidad de los bienes que éste constituye, menoscabo que generaría un desorden jurídico nada menos que en la esfera de las leyes penales, materia principal de esa armonía de relaciones sociales a que propende la custodia estatal del Derecho positivo.

(11) Cf. SCHNEIDER, "Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada". *Revista de Derecho penal y Criminología*, cit., 1ª época, n. 3, 1993. p. (723 y ss.) 738-739.

(12) Cf. CERVINI, en GOMES y CERVINI, *Crime organizado. Enfoques criminológico, jurídico e político criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 1997. p. 195 y ss.

(13) GARCÍA-PABLOS, op. cit., cf. p. 159.

Como, a más de una genérica mención de la incompatibilidad entre el objeto de la asociación y el fin del Estado, la teoría no se cuida de especificar ulteriormente qué aspectos de la función estatal de garantizar y defender el Derecho quedarían comprometidos por el delito, hay que penetrar un poco más en aquélla para llegar a la *mens legis* de éste.

Es noto que las dimensiones en que se articula esta función del Estado son, primero, una preventivopolicial, encaminada a impedir la producción de ilícitos *in itinere*, y, luego, otra sancionatoria, que interviene una vez consumado el acto antijurídico y se encamina, claro está, a punirlo. De ellas, por cierto, hay que descartar de plano la segunda, no sólo atendida la índole de la asociación criminal, sino, sobre todo, porque referir ésta al momento sancionatorio de la defensa del Derecho remataría en una inadmisible inserción del delito dentro de la familia de los que atacan la Administración de Justicia, con los que nada tiene que ver. Algo diferente acontece con la dimensión preventivopolicial de la función, en la cual y en principio hallaría sitio más cómodo el objeto de la proclamada autotutela estatal. Con todo, resta el inconveniente de que si la asociación ilícita está dotada de un injusto específico, distinto del que, en su caso, sería el de los delitos de su funesto calendario, entonces dicho injusto queda sin remedio producido una vez constituida la asociación. Dado que, de acuerdo con la figura, el pacto merced al cual la asociación se constituye es un *quid* necesario y suficiente para producir el resultado del delito, la intervención preventiva de los órganos policiales del Estado cabría al efecto exclusivo de preservar la incolumidad de los bienes incluidos en el programa delictuoso de la asociación – con tal que los delitos singulares correspondientes hayan iniciado a lo menos su proceso de ejecución –, antes que en punto al ilícito ya consumado de la asociación criminal. Esto, si explica que en la bibliografía se denuncie con insistencia el acento marcadamente preventivo del delito, no menos que la patente anticipación que entraña de la barrera penal,[14] mantiene, empero, sin respuesta la pregunta planteada. Dicho de otra forma: apenas se penetre en la estructura y las flexiones del poder coactivo del Estado, se descube cómo la teoría de la autotutela estatal no consigue precisar el específico interés ofendido por las asociaciones ilícitas.

Bien miradas las cosas, esta construcción enmascara, ora una identifícación completa entre el objeto jurídico del delito y su sujeto pasivo, ora una imagen estereotipada del orden público, y, en ambos casos, una opción hermenéutica autoritaria, amén de peligrosa, por sus efectos y el rumbo políticocriminal que marca, para la libertad individual. Hablan a favor del primer extremo de la alternativa el mismo nombre de la tesis y, principalmente, el hecho de que atacar el imperio coactivo del Estado, contrastarlo en su hegemonía y poder jurídicos, importa, *mutatis mutandis*, embestirlo en su esencia. Después de todo, que – en frase de Del Vecchio – al Estado, por su propia naturaleza, le corresponda la custodia y garantía del orden jurídico, es cosa que resulta de su misma definición.[15]

(14) MAURACH, op. et ed. cits., cf. p. 631, y FIANDACA y MUSCO, *Diritto penale*. Parte speciale. Publicados, 2 vols. Bologna: Zanichelli, 1988-1992, t. I, cf. p. 344.

(15) *Teoría del Estado*. Traducción y escrito preliminar por Eustaquio Galán y Gutiérrez. Barcelona: Bosch, 1956. p. 205.

Pero cabe también suponer que la teoría reproponga, bajo nuevo ropaje, cierta acepción del orden público, no obstante haber defenestrado el último a causa de su inveterada imprecisión conceptual. Aludo a ese sentido del orden público que Fiandaca y Musco llaman *ideal* o *normativo*, según el cual la noción queda definida como "una entidad ideal, constituida por el conjunto de aquellos principios e instituciones fundamentales, de cuya continuidad e inmutabilidad dependería la sobrevivencia del ordenamiento", o sea, el "orden legal constituido",[16] el poder coactivo del Estado y todos los resortes de imposición de que dispone para hacer real, siendo preciso por la fuerza, la vigencia empírica del Derecho. Mas ya se trate *sic et simpliciter* del Estado, ya de las vigas maestras en las que descansa el ordenamiento que él resguarda, la doctrina en examen urde un objeto jurídico inasible, incapaz de materializar la ofensa implícita en la asociación criminal; ello, sin mencionar las manipulaciones a que podría sometérselo para hacerlo abarcar intereses indignos de tutela punitiva, ni excluir que, por los serpentinos senderos de la autotutela estatal, la asociación criminal remate en el castigo de la disidencia política, tal como – merece la pena recordarlo – ha sucedido en diversos países y en tiempos no lejanos.

Es interesante observar, por último, una vinculación secreta entre el trasfondo autoritario de esta tesis sobre el bien jurídico[17] y el eje teórico en torno al cual debería rotar la reconstrucción del tipo. Pues el temor de que la asociación criminal devenga un "microestado", que ella consista en un prenunciado poder antagónico a la institución estatal, cuya hegemonía discute el objeto delictivo del consorcio, encaja a la perfección con la advertencia técnica de ser también la asociación una "realidad viva", una "institución" que pretende fundar un ordenamiento incongruente con aquel por el que el Estado vela. El elemento típico *asociación* – apunta García-Pablos – significaría lo mismo que "organización", como concepto fáctico, sociológico; las asociaciones de personas, con independencia de su forma, serían relevantes en el sentido del tipo legal, "si se trata de *organizaciones*, instituciones, esto es, estructuras o colectivos que se proyectan más allá de la realización de unos actos delictivos concretos, si sobreviven y tienen pleno sentido a la consumación de aquéllos",[18] si – en voz de De Francesco – la asociación tiene una estructura que la haga apta para ser utilizada una y otra vez, aun luego de que haya consumado algunos de los delitos de su criminoso calendario.[19] Dígase o no, late aquí una visión institucionalista del

(16) Op. et vol. cits., p. 346.

(17) Trasfondo que amadriga *malgré* sus sostenedores, pues ni por un momento quiérese aquí poner en entredicho el pensamiento liberal de éstos.

(18) "Los delitos cometidos por particulares con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes. Asociaciones ilícitas y bandas o grupos armados terroristas", en su libro misceláneo *Estudios penales*. Barcelona: Bosch, 1984. p. (283 y ss.) 304; además, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, cit., cf. p. 234-239.

(19) Societas sceleris. "Tecniche repressive delle associazioni criminali". *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, Milano: Giuffrè, año XXXV (nueva serie), fascículo 1, enero-marzo de 1992. cf. p. (54 y ss.) 107-108.

Derecho, o, al menos, puede el lector desinteresado inferirla. Y es que, entendida como organización, la asociación criminal evoca esa "idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social", de que hablase Hariou[20] y, muy especialmente, las elucubraciones de Santi Romano sobre la pluralidad de ordenamientos jurídicos que pueden coexistir al interior de un conglomerado social dado, siempre y cuando cada uno de ellos configure una organización social ordenada. No bien se acentúa la nota de la organización como distintiva de grupos que persiguen ciertos fines y que, merced a dicha organización, esto es, a su estructura unitaria como entes autónomos, se dan y producen ordenamientos dentro del estatal, resulta comprensible, cual Bobbio señala, que "una asociación para delinquir [...] en cuanto se manifiesta en una organización y crea su propio Derecho (el Derecho de la sociedad para delinquir), es una institución",[21] cuyo ordenamiento, al igual que el de las sociedades secretas que tanto preocupaban al legislador del ochocientos en los años de la Restauración, debe conjurarse, ya que ofende al Estado. En resumen, del mismo modo que la teoría de la autotuela estatal sacrifica en el altar del Estado la objetividad jurídica del delito, el concepto de organización, que es su lógico complemento técnico, rezuma el *élan* transpersonalista e iliberal característico de la teoría de la institución en la Filosofía del Derecho.[22]

Debiéndose, pues, descartar esta doctrina, vayamos a la tradicional que sitúa la asociación criminal dentro de los delitos contra el *orden público*. Sabemos que atormenta a la última categoría una antañona disparidad de opiniones, aunque no es preciso retomar ahora los hilos del debate sino en la medida indispensable para la determinación del aspecto del orden público que la infracción vulneraría, lo cual recomienda aprovechar un punto de arribo más o menos sólido dentro de esta tradición.

En el Derecho penal – explica Maggiore – la expresión orden público tiene dos significados: objetivamente, denota la coexistencia armónica y pacífica de los ciudadanos bajo la soberanía del Estado y del Derecho; subjetivamente, indica el sentimiento de tranquilidad pública, la opinión de seguridad social, que es la base de la vida civil.[23] Para los fines de esta rama del Derecho – puntualiza, a su turno, Antolisei – el orden público tiene un significado más restringido que en otras: es el buen ajuste y la marcha regular de la vida social; la

(20) *La teoría de la institución y de la fundación.* (Ensayo de vitalismo social). Traducción, Prólogo y bibliografía por Arturo Enrique Sampay, Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1968. p. 39-41.

(21) *Teoría general del Derecho.* Traducción de Eduardo Rozo Acuña, con la colaboración de Marcela Anzola. Bogotá: Temis, 1987. p. 8.

(22) Acerca de los condicionamientos ideológicos de la teoría de la institución, cf. BODENHEIMER, *Teoría del Derecho.* Traducción de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1968. p. 221, quien asocia el marcado colectivismo de aquélla a unos supuestos políticos de corte fascista.

(23) *Derecho penal.* 5 vols. Traducción de José J. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1989, t. III, p. 441.

armónica y pacífica coexistencia de los ciudadanos bajo la soberanía del Estado y del Derecho, y, en este sentido, es sinónimo de paz pública. A él corresponde en los ciudadanos el sentimiento de la tranquilidad y seguridad.[24] Pues bien, de sus flexiones, objetiva y subjetiva, es imprescindible excluir de nuestra consideración la primera. Desde luego, porque esa armónica y pacífica coexistencia de los individuos bajo el imperio del Derecho involucra un término sociológico que viene a confundirse con el de orden jurídico; mienta un simple dato fáctico, ajeno a valoraciones, y no guarda vinculación ni menos puede identificarse con objeto valorado alguno. Esto, por cierto, no empece a que la eficacia del ordenamiento pueda ser referida a valoraciones y suministrar el elemento objetivo, o estático, a la seguridad jurídica. La eficacia del ordenamiento representa, es verdad, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, un elemento valioso para la idea del Derecho, pero no conforma un bien jurídico que, interesando a la colectividad en su conjunto, sea idóneo para suministrar el *humus* a la asociación delictiva.

Hay todavía otra razón para prescindir de esta faz del orden público en el estudio de la asociación criminal, pues, descorrido el velo de las apariencias verbales, es sencillo advertir la semejanza de contenidos entre aquella significación del orden público y la doctrina de la autotutela estatal, en la medida en que la una y la otra subrayan la seguridad del Derecho para elevarla al solio de los bienes jurídicos. Dicha similitud es clarísima en el pensamiento de von Liszt, a propósito de lo que llama "paz pública", un equivalente del orden público. La paz pública – dice –, en tanto que interés de la colectividad, es objetivamente el poder de protección de la autoridad pública, que encarna en el orden creado por el Derecho, en un estado de paz.[25] Y aún más paladina resulta la semejanza en los autores que, tras atribuir una importancia mayor al sentido objetivo del orden público en desmedro del subjetivo, deducen de la premisa que paciente de las asociaciones ilícitas sería el Estado, no la comunidad.[26] De modo que concebirlo en términos de una condición de convivencia pacífica, inmune de desorden y de violencia, para acto seguido apellidarlo de seguridad colectiva o buen orden exterior, según prefieren otros escritores con la mira de materializar y premunir de un *corpus* empírico a la polémica noción,[27] constituye un intento que estimo desprovisto de bases ontológicas y destinado al fracaso en el delito en estudio.

Si alguna ha de poseer, creo que la significación valorativa de la asociación criminal reposa en una aspiración sentimental de la comunidad, aspiración que, contra lo que suele decirse, sólo es subjetiva en su base fáctica de alarma y temor

(24) *Manuale di Diritto penale*. Parte speciale. 2 vols. Nona edizione integrata e aggiornata a cura di Luigi Conti, Milano: Giuffrè, 1986, t. II, cf. p. 715-716.

(25) *Traité de Droit pénal allemand*. 2 vols. Traducción de la 17. ed. alemana (1908) por René Lobstein, Giard & Brière, Paris, 1911-1913, t. II, cf. p. 407-408.

(26) Como Silvio Ranieri, cf. *Manual de Derecho penal*. 6 vols. Versión castellana de Jorge Guerrero, Bogotá: Temis, 1974-1975, t. IV, p. 199-200.

(27) Fiandaca y Musco, op. et vol. cits., cf. p. 345.

colectivos, pero se objetiviza no bien reconozcamos que la paz moral, comprometida por una subitánea sospecha de común peligro – en la elegante frase de Carrara –,[28] es un interés de la colectividad cuya tutela el Derecho penal puede redoblar frente a los ataques más graves. Toda vez que la asociación criminal se propone una serie indefinida de delitos, constituye una agresión permanente contra la sociedad civil y un estado antijurídico cuyo objeto está en el derecho universal a la tranquilidad pública, donde la última expresión, que tomamos nuevamente de Carrara,[29] equivale a ese sentimiento general de sosiego que, cautelado, posibilita el ejercicio de los derechos individuales, impide que los sujetos reduzcan su acción, retrayéndola a la esfera privada, y, muy especialmente, determina cierta condición fundamental para el desarrollo de las relaciones interindividuales.

Sin embargo, es en el crucial extremo de la modalidad específica que asume la ofensa del orden público en las asociaciones ilícitas, donde esta inteligencia del delito tropieza con serios reparos. Pues no basta con afirmar que se dirige contra el orden público en su faz subjetiva; hay que precisar, además, el carácter de la afectación. Comoquiera que en la generalidad de los Códigos el resultado típico no exige la producción de una alarma efectiva, real, dentro de la comunidad de que se trate, entonces el delito queda consumado con perfecta independencia de un elemento tan indiferente para la ley que lo describe, como el hecho de que la agrupación acometa aquellos trazados en su agenda. La asociación criminal, en consecuencia, conforma un delito de peligro, riesgo al que – y esto es de la mayor importancia – las leyes despojan de toda concreción.[30] Que en un vasto espectro de supuestos empíricos la idea de que la asociación criminal es apta para generar alarma y conmoción en la comunidad se revele falsa (bien por la modesta entidad de las infracciones que componían su itinerario, bien por haber sido conocida sólo una vez capturados sus integrantes, bien porque la opinión pública vino a saber de ella mucho tiempo después de su constitución, etc.), en nada mengua la granítica regla del *id quod plerumque accidit* que inspira su disciplina legal ni deshace la presunción absoluta de antijuridicidad que rige las conductas incriminadas. So pretexto de un riesgo imaginado – huelga recordar que, por su carácter eminentemente realista e individualizador, dentro del Derecho punitivo las presunciones absolutas se convierten en hueras fantasías –, asoma aquí la fea cerviz del castigo de la desobediencia, y el delito se aleja visiblemente del bien al que parecía orientado. Por algo entre los autores que quieren salvarlo de las críticas que la supina abstracción de su injusto merece, se subraya hoy la necesidad de acentuar el riesgo que comporten estas agrupaciones, sea mediante la exigencia de una estructura estable y organizada (de lo que se hizo eco el Código suizo pocos años atrás, en la redacción que impuso a una figura antes desconocida en

(28) *Programa de Derecho criminal.* 10 vols. Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá: Temis, 4. ed., 1986. t. VIII, cf. p. 116.

(29) Idem, ibidem, cf. p. 144.

(30) El reconocimiento de un peligro abstracto como nota distintiva de la infracción es virtualmente unánime en la doctrina. Cf., por todos, Castaldo, en *loc. cit.*, p. 13 y 14.

el país),[31] sea ciñendo el objeto social a delitos de particular gravedad.[32] Mas – y parafraseando la advertencia de Trechsel acerca de la justificación políticocriminal del que nos ocupa – el remedio puede resultar peor que la enfermedad.[33] El requisito de la organización, exacerbado, quedaría muy en la línea de la teoría de la autotutela estatal; es más, convendría a esa lógica de guerra, de amigos y enemigos, que entenebrece, por desgracia, las medidas adoptadas por diversos Estados en la lucha contra la criminalidad organizada. De otra parte, lo mismo si se circunscribe los delitos que constituyen el fin de la asociación criminal común, que si se edifica asociaciones especiales, o sea, enderezadas al tráfico de estupefacientes o a otro objetivo tan angosto como éste, la ya feble autonomía del maleficio se diluye por completo y cobran primer relieve los bienes que, en su caso, ofenderán los ilícitos a que se aplique el consorcio, con el consiguiente reforzamiento del carácter preventivopolicial de un delito ahora carente de objeto jurídico propio, pero al que el Estado acude presuroso dada su impotencia para salvaguardar lo que en verdad interesa, los bienes individuales amenazados por la actividad de estos entes.

En una palabra, la desatención al principio de ofensividad es el aspecto más sospechoso en el régimen legislativo de la asociación criminal. El peligro abstracto al orden público viene a ser un efugio, la apariencia que oculta aquello que el Estado pretende al forjar la infracción, a saber, anticipar la tutela de los bienes comprendidos en el objeto social. Pero no avalan el temperamento los principios rectores del *iter criminis* – pues tampoco principia, con la mera existencia de la asociación, el proceso ejecutivo de un secuestro, pongo por caso, ni "asociarse para delinquir" constituye resolución manifestada de delito alguno – y un peligro ausente, tanto en lo que concierne a bienes jurídicos singulares, como en lo que toca al mismo orden público. Puede que, según una opinión reiterada en la doctrina, la asociación criminal sea fontana y germen de conspiraciones; pero la conspiración, pienso yo, es neutra para las interdicciones jurídicas. Empinándonos sobre las formas y ateniéndonos a la substancia de las cosas, la asociación ilícita no es más que un *estado peligroso sin delito*, algo de muy dudoso merecimiento de pena. A la réplica de que los bienes jurídicos de difusa substancia, cual el orden público, demandarían reglas especiales a la hora de diseñar los delitos correspondientes, y que acto seguido cohonesta para aquéllos la técnica del

(31) El § 260 *ter* (*Kriminelle Organisation*), introducido al Código en marzo de 1994, dispone en el apartado primero: "Quien tome parte en una organización que, por su estructura y composición personal, permanezca secreta y persiga el fin de cometer crímenes de violencia o de enriquecerse con medios delictivos, y quien ayude a una organización semejante en su actividad criminal...".

(32) Por la última opción, De Vero, "I reati associativi nell'odierno sistema penale". *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, cit., nueva serie, año XLI, fascículo 2, abril-junio de 1998, cf. p. (385 y ss.) 397-398, y, decididamente, Spagnolo, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, en la misma revista, serie y año, fascículo 4, octubre-diciembre de 1998, cf. p. (1161 y ss.) 1165.

(33) *Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937*. Kurzkommentar. Zürich: Schulthess, 1997. 2. ed., cf. p. 853, con cita de Gunther Arzt.

riesgo abstracto adoptada en éstos, no creo se deba prestar aquiescencia. El *nullum crimen sine iniuria* y los restantes principios cardinales del Derecho punitivo, valen para todos los delitos y cada una de las penas, sin excepción. De que así haya que entender las cosas, es testimonio la reforma que, en los Códigos más recientes, se ha introducido a una serie de delitos contra bienes difusos – la seguridad pública, por ejemplo – para que el injusto típico refleje al menos una probabilidad de contacto entre los actos incriminados y el bien que interesa. Mientras esta elemental exigencia siga pendiente de realización en las asociaciones ilícitas, éstas se substraerán a la necesidad de la pena, si es verdad que el esencial apotegma descansa, a fin de cuentas, en que exista un bien que cautelar y los actos que el tipo atrape lo vulneren.

3. Antes he manifestado la necesidad de comprimir – lo pide el carácter de esta exposición – las grandes diferencias existentes en las legislaciones a propósito del lavado de dinero[34] en una noción abstracta, que aquí lo contempla como una serie de actos de favorecimiento, por ocultación, conversión o transferencia, y de aprovechamiento, para sí o para otro, de bienes de significación económica y que proceden de delitos graves. Me hago cargo de lo forzado del intento y las limitaciones que esta generalización traza de antemano, no sólo a la materia que rudimentariamente procura representar, sino al alcance de las consideraciones que a su abrigo incorporo a nuestro tema. Con todo, tampoco quienes reelaboran el delito con arreglo a su expresión concreta en un Derecho punitivo dado consiguen ponerse de acuerdo acerca de capitales nudos interpretativos de la figura, ni sobre el sentido que ha de atribuirse a ese verdadero torrente de definiciones, términos, verbos y giros gramaticales que, cuando no se superponen entre sí o a los de tipos delictivos de mejor alcurnia – generando, a veces, enojosos concursos –, revelan, en todo caso, el indisimulado designio de cerrar todo espacio posible a la impunidad.

Por lo pronto, el problema del objeto jurídico es uno de los que más controversia despierta, y "esto no es decir poca cosa, tratándose de tipificaciones tan críticas".[35] Sólo un punto parece pacífico en la doctrina, a saber, que múltiples serían los intereses individuales y supraindividuales que pueden verse lastimados por la conversión de bienes adquiridos mediante ciertos crímenes en activos de lícita apariencia, y, de consiguiente, que la que nos ocupa sería una infracción pluriofensiva o, en palabras de Politoff, de objetividad jurídica compleja.[36] Las disidencias, empero, reviven a la hora de establecer cuál de dichos intereses debe considerarse predominante en la valoración jurídica que le otorga vida autónoma.

(34) Para una visión comparativa bastante completa del delito, subrayando tales diferencias, cf. Cervini, *Lei de lavagem de capitais*, cit., p. 185-261 ("Normas a nivel nacional sobre lavado de dinero").

(35) Idem, p. 258.

(36) "El lavado de dinero". *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*, obra colectiva coordinada por Sergio Politoff Lifschitz y Jean Pierre Matus Acuña, Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1999. p. (3 y ss.) 44.

Un importante grupo de autores la adscribe al *régimen económico de la comunidad*, nombre que dio Rivacoba, mi maestro, para designar el conjunto de condiciones de las que dependen la organización y el funcionamiento económicos de una sociedad determinada,[37] y al que también se llama, desde Ripert, *orden público económico*.[38] El razonamiento se basa en un juego de probabilidades que toma como referencia un crecido número de tales condiciones, amenazadas por el lavado, y en la hoy ingente dimensión cuantitativa de los flujos de dinero sucio que maneja la criminalidad organizada en el corazón de las economías. De todo lo cual se seguirían múltiples secuelas, todas ellas nocivas para los sistemas financieros y el orden económico globalmente considerado. Cervini y Terra de Oliveira resumen las más importantes en este catálogo: fenómenos de sobrerreacción de los mercados financieros, al ser objeto de movimientos especulativos que provocan oscilaciones inesperadas en las tasas de interés y el valor de las divisas; influencias sobre la autonomía y las actividades de las empresas; contaminación de la libre competencia; incertidumbre e inestabilidad en los organismos no bancarios de intermediación financiera; perjuicio en la liquidez y operatividad de las entidades bancarias y de crédito en general; creación de monopolios o grupos económicamente dominantes; merma en la independencia económica de los países por la distorsión de las correspondientes políticas gubernamentales y los presupuestos públicos, y, en fin, pérdida de solidez, estabilidad y credibilidad de todo el sistema financiero.[39]

Bajo Fernández y Suárez González, entre otros, han formulado varias objeciones a esta concepción y los fenómenos que la sustentan.[40] Primero, que el temor de que las organizaciones criminales de mayor poder lleguen a controlar, en virtud del blanqueo masivo de activos, esferas completas de las economías nacionales, deja de lado que éstas, con efecto y en gran medida, ya están sometidas al imperio de unos pocos grupos o personas. En seguida, que el hecho de traer a la legalidad valores oriundos de la economía sumergida, puede considerarse incluso beneficioso en términos económicos y fiscales, pues siempre será mejor que el Estado los controle, sometiéndolos a parejo régimen de obligaciones y gabelas que el que grava las ganancias lícitas. Luego, que para sancionar los eventuales fraudes a la Hacienda pública que estos actos suelen comportar, el Estado ya dispone de un arsenal de mecanismos protectores, civiles, administrativos y

(37) "Los llamados delitos socio-económicos en los Códigos penales y en los proyectos iberoamericanos y en la Propuesta de anteproyecto español de Código penal", *Los delitos socio-económicos*. Madrid: Edición de Marino Barbero Santos, 1985. p. (71 y ss.) 81.

(38) *El régimen democrático y el Derecho civil moderno*. Traducción de José M. Cajica, Puebla, 1951. cf. p. 222-224.

(39) *Lei de lavagem de capitais*, cit., cf. p. 104-105 y 321.

(40) Cf. SUÁREZ GONZÁLEZ, "Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española". *Revista chilena de Derecho*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 22, n. 2 (monográfico: Derecho penal y criminología), mayo-agosto de 1995. p. (227 y ss.) 239-241.

penales, de las rentas del fisco. Además, que la pretensa competencia desleal estimulada por posiciones económicas que disfrutan de recursos obtenidos al margen de la licitud, se funda en una serie de supuestos no demostrados, como el de que la economía sumergida rinde siempre más beneficios que las actividades lícitas, o que el capital conseguido en las últimas lo sea a un costo invariablemente mayor respecto del que tienen que erogar los agentes del lavado. Sucesivamente, la idea de que los fondos lícitos deben tener un destino asímismo legal, y aquella, opuesta, de que el rendimiento del lavado irá a parar a aplicaciones nefandas, constituirían apriorismos, a los que desmienten el pasivo en las contabilidades "paralelas" de irreprochables instituciones y la circunstancia de que los valores malhabidos por más obscuros personajes, una vez que y precisamente porque son reciclados, pasan a girar en la economía formal bajo condiciones análogas a las de cualquier capital. En fin, que "cuando se sostiene que el blanqueo de capitales lesiona el propio sistema financiero, se está pasando por alto que el sistema financiero no es más que un instrumento *neutro* que sirve para canalizar los capitales que afluyen al mercado y que en modo alguno se ve afectado en su funcionamiento por el <origen> de los propios capitales".[41]

A mi entender, estas objeciones son correctas punto por punto. Cuando la teoría del orden público económico pretende para sí el objeto jurídico del lavado, no se cuida, sin embargo, de precisar las condiciones en que reposa el capitalismo de la época presente, con lo cual el vínculo necesario que llevaría del primero a las segundas y las perjudica resulta menos paladino que lo que a primera vista parece. Está fuera de duda que los sistemas financieros y los diversos mercados que los componen son un instrumento clave para la circulación del capital, pero los principios que rigen la marcha de tales mercados y sistemas en las economías abiertas del mundo contemporáneo no tienen por qué resultar incompatibles con que por sus venas circule ilegítimo caudal. De hecho, si algunos gobiernos, aun los de ciertos países industrializados, se entregan de tarde en tarde al ejercicio de mirar con ojo complaciente, por no decir cómplice, la entrada a sus países de divisa de dudosa procedencia, con tal de que ésta estimule la inversión y contribuya al desarrollo de la economía nacional, es porque intuyen que las reglas vigentes del sistema financiero son ciegas para la estimación moral. Así las hemos creado y con ellas hemos de vivir. El capital no tiene patria; tampoco las calificaciones que en molde ajeno puede esculpir la valoración ética. Es más, toda esa batería de términos moralizantes con que se nombra este argumento (dinero "sucio", "contaminación" o "envenenamiento" de los mercados, economía "negra", etc.), predispone a la sospecha y lleva a preguntarse qué es lo que de veras se pretende castigar aquí, si la concreta afectación de un interés jurídicamente relevante o, antes bien, formas de vida y modos de ser reprobados. Que venga espontáneo a las mientes el arquetipo del oportunista que pesca en el revuelto río de la ilegalidad y recaba provecho de la estela que el delito deja tras sí, coincide con la circunstancia, ya develada por Luiz Flávio Gomes, de que la

(41) Idem, p. 241.

legislación contra el crimen organizado nos obsequia a menudo con tipos normativos de autor, entre otros excéntricos tópicos de idéntico sello totalitario.[42]

Por último, milita en contra de esta doctrina el propio diseño de los tipos. Pues si en ellos caben actos cuyas características los tornan aptos, según formula la teoría, para incidir en el sistema financiero, también capturan una congerie de situaciones en que tal idoneidad no existe, como la de quien, sabedor de la mácula que le imprime su linaje, cambia o recibe en pago un billete de cien dólares. Entonces, el lavado de dinero llega a ser un delito de peligro abstracto, tipo abierto el que lo aloja y el juego de posibilidades delineadas por la política criminal que da *mano forte* a este grosero atentado contra los principios de legalidad, ofensividad y proporcionalidad, es tan sólo el pretexto que luego utiliza el legislador para dar apariencia jurídica, so capuz de salvaguardar la economía del país, a un simple golpe de su voluntad.

A la teoría que cifra la objetividad jurídica del lavado de dinero en un ataque contra la *Administración de Justicia* han dado su aprobación muchos autores, amén de aquellos Códigos, ejemplo de los cuales es el suizo,[43] que incardinan el delito bajo el epígrafe correspondiente a este interés estatal dentro del plan que distribuye sus disposiciones. La afectación de dicho interés se daría, "tanto en lo que se refiere al buen éxito de las pesquisas para establecer la existencia del delito de donde proceden los bienes <blanqueados>, como en lo que respecta a las posibilidades de embargo de tales bienes durante el procedimiento y de su ulterior comiso".[44]

Sin embargo, las coincidencias del lavado de dinero con el favorecimiento real y la receptación, punto arquimédico de esta tesis, revisten un carácter más formal que substantivo y pierden nitidez no bien traemos a colación el criterio de la mano del cual el liberalismo decimonónico diseñó la tipología del encubrimiento propiamente dicho. En efecto, si éste ofende, lesionándola, la Administración de Justicia, es porque el encubridor *entorpece* la recta marcha de la jurisdicción criminal, sea ocultando o destruyendo elementos que servirían de prueba en el juicio, sea escondiendo o proporcionando la fuga al culpable, sea, en fin, facilitándole el provecho que pretende de los efectos del maleficio o aprovechándose por sí mismo de éstos el encubridor. Todas las formas de encubrimiento quedaron, pues, sometidas a una doble limitación, basada en el principio, irrenunciable para el pensamiento liberal, de ser tarea del Estado, sus órganos y agentes el establecimiento de la entidad fáctica de los delitos, y de que el *auxilum post delictum*, aunque debiese ganar aquella autonomía de que una tradición secular lo privó, tampoco podía extenderse hasta el infinito. De ahí que

(42) "Criminalização e Direito penal mínimo". *Boletín del Instituto brasileiro de Ciências criminais*, São Paulo, año 2, n. 21 (extra), septiembre de 1994. p. 7.

(43) En el § 305 *bis* (*Geldwäscherei*), ubicado bajo el título XVII (*Verbrechen und Vergehen gegen die Rechtspflege*), libro II.

(44) POLITOFF LIFSCHITZ, op. cit., p. 46.

en él cobraran relevancia sólo las formas comisivas y directas de actuación antijurídica. Encubridor podía ser únicamente quien se convierte en motivo perturbador de la jurisdicción, no el justiciable que rehúsa u omite colaborar con jueces, alguaciles o corchetes. De lo indigno, insoportable que esta última posibilidad pareció a los espíritus amantes de la libertad, a quienes tienen a los hombres como ciudadanos, antes que por una masa amorfa de vasallos, da cuenta esta frase que Filangieri estampó para la inmortalidad: el augusto carácter de quienes administran justicia, dice, "merece la veneración pública, del mismo modo que los abusos de su autoridad merecen el rigor de la ley. El ciudadano en naciendo contrae la obligación de respetar y obedecer sus órdenes, y *de no oponerse a la administración de justicia*, protectora de la libertad civil".[45] Asímismo, circunscribir la responsabilidad al encubridor directo, era el corolario consecuente de una ideología política y un nervio moral adversos a hacer de cada individuo un sospechoso y a enrarecer la convivencia con rumores, celadas y anónimos estimulados por leyes que, lejos de rendir beneficio al Estado, terminan perjudicando su actividad preventiva, preservadora de las libertades, toda vez que – permítaseme adoptar aquí las encendidas frases con que Beccaria fustigó la talla – aquella sobre el encubrimiento en cadena o de cosas substituidas, "*in vece de prevenire un delitto, ne fa nascer cento*".[46]

Nada de esto apreciamos en el régimen del lavado de dinero. A la modalidad omisiva de encubrir da éste recio espaldarazo. La obligación de denuncia adquiere proporciones alarmantes y afecta a personas que ni invisten funciones públicas ni son órganos colaboradores de la jurisdicción.[47] El reciclaje de objetos substituidos y el encubrimiento en cadena son moneda corriente, por lo que el número de responsables, en una secuencia que no toma ni da reposo, se dispara hacia el horizonte sin fin de la imaginación. La teoría del *desplazamiento de las cargas de*

(45) *Scienza della legislazione*. 4 vols. Napoli, 1780-1783, que cito de la traducción castellana de Jaime Rubio, en 10 vols., Madrid: Imprenta que fue de Fuentenebro, t. VII, 1813, 2. ed., p. 82-83. El subrayado nos pertenece.

(46) *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta delle lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*. A cura di Franco Venturi, Torino: Einaudi, 3. ed., 1973. p. 88.

(47) La legislación comparada ofrece al respecto numerosos ejemplos, de los que entresacamos, por su clamoroso carácter, el artículo 21 de la Ley chilena 19.366 (que sanciona en tráfico ilícito de estupefacientes y substancias psicotrópicas y, en su artículo 12, el lavado de bienes procedentes de tales prácticas), cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado lo fijó el Decreto con fuerza de ley 1, de 18 de octubre de 1995. El párrafo segundo de esta disposición impone las mismas penas que el primero asigna al funcionario público que omite denunciar los delitos contemplados en la Ley, a quien, "en razón de su cargo o de la función que desempeña, tomase conocimiento de alguno de los hechos a que se refiere el artículo 12 y, por beneficio de cualquier naturaleza, *omitiere denunciarlo* a la autoridad correspondiente; u ocultare, alterare o destruyere cualquier tipo de prueba del mismo o de sus partícipes".

vigilancia, el monocorde complemento de las leyes represivas del lavado y sus fenómenos concomitantes, convierte en garantes de la Administración de Justicia un círculo impensado de personas, sobre todo las que trabajan en instituciones financieras, e instituye lo que con acierto y gracia llama Cervini una *leva civil*, una policía especial que confiere "a sus integrantes rango de centinelas y un estatuto militarizado, según un código de derechos y obligaciones exigible, no sólo bajo responsabilidad administrativa, sino, también, bajo responsabilidad penal".[48] Tampoco hablan a favor de esta teoría las penalidades del lavado, que se desproporcionan considerablemente respecto de las de delitos que hacen blanco más serio en la Administración de Justicia, como el falso testimonio o la prevaricación – en algunos ordenamientos equivalen nada menos que a las del homicidio, cuando no son todavía más altas –,[49] y la falta de explicación convincente para el hecho de que la ley reduzca esta forma especial de encubrimiento a un *numerus clausus* de delitos previos (el tráfico ilícito de estupefacientes, primero entre todos), en circunstancias que, desde el punto de vista del debido funcionamiento de la jurisdicción, la índole del delito encubierto resulta indiferente.[50] En suma, el lavado de dinero es apenas un vástago espurio del genuino encubrimiento, y hay que rastrear por otros derroteros su objeto jurídico.

Pero aunque esta teoría no acierte a caracterizarlo, tiene cuando menos el mérito de acercarnos al sujeto que se siente tocado por semejantes conductas y a sus motivos para reprimirlas Al hacerlo, el Estado pretende acorralar el dinero sucio, impedir que éste entre en el ambiente de la legalidad, inhibir la reiteración de los delitos de que tales valores provienen y, muy especialmente, cercenar el sustento económico de la criminalidad organizada. Afirmaciones como éstas llenan folios y folios en las exposiciones de motivos de leyes y tratados internacionales sobre el particular.[51] Para materializar el propósito, se ha creado el delito

(48) *Lei de lavagem de capitais*, cit., p. 177.

(49) En efecto, el artículo 12 de la ley mencionada en nota 47 impone al lavado una pena privativa de la libertad igual a la que el Código chileno (artículo 391, 2.°) establece para el tipo básico del homicidio, más una multa. La irracionalidad se ha enseñoreado también del antaño notable Código peruano. Su artículo 296, B, incorporado por el artículo 2.° de la Ley 26.223, de agosto de 1993, establece la prisión ¡perpetua! ("cadena" perpetua, según el texto) como pena *única* del delito, al paso que el asesinato (art. 108) se castiga con una, ya de suyo severa y desproporcionada, privativa de la libertad de hasta treinta y cinco años – veinticinco, en la redacción original del Código –. Las incontables reformas que estropean el documento que comentamos nueve años atrás (cf. *El nuevo Código penal del Perú [1991]*. Revista *Doctrina penal*, de Buenos Aires, año 14, ns. 55-56, junio-diciembre de 1991, p. 631-731), cuando entró en vigencia, nos mueven a pensar que este Código sufrió, como el propio país, un "autogolpe" de Estado.

(50) SUÁREZ GONZÁLEZ, cit., cf. p. 243.

(51) *V. gr.*, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y substancias psicotrópicas, aprobada por la Conferencia de este organismo en su sexta sesión plenaria el 19 de diciembre de 1988.

de lavado de dinero. No como un fin en sí, dotado de un bien jurídico que justifique su emplazamiento en el catálogo de la Parte especial; tampoco, en el fondo, para una salvaguarda ulterior de los bienes ya afectados por los delitos que proveen el objeto material directo al lavado. La norma toma como fin precipuo los futuros ilícitos que se teme emprenderá la criminalidad organizada con el fruto de sus fechorías, ahora limpio del funesto marchamo. La anticipación de las barreras típicas va incluso más allá que la que señalamos en las asociaciones ilícitas. Asistimos a una forma de peligro abstracto del peligro abstracto; mejor, a un *estado peligroso sin delito... de un estado peligroso sin delito*, algo que ni aun el más empecatado de los positivistas habría podido concebir.

Claro está que esta lógica conviene a un Derecho penal del enemigo y una organización política de signo totalitario. De hecho, la teoría que reconduce la infracción a los delitos contra la seguridad del Estado existe en doctrina, pues, según se asevera, al ver incrementado su poder económico, la criminalidad organizada puede infiltrar sus indeseables prácticas en la Administración pública, los Poderes judicial y legislativo, y socavar las bases de todas las instituciones más importantes de un Estado de Derecho. Que entonces éste se defienda haciendo tabla rasa de sus principios más caros, no es sino el triunfo de la doctrina de la autotutela estatal. El objetivo superior de defender sus condiciones de existencia permite todo. No basta con pergeñar delitos carentes de bien jurídico y que se substraen por completo a la necesidad de la pena; hay que acorazar, además, su aplicación práctica. El contenido de los preceptos complementarios de índole procesal o administrativa que normalmente es dable hallar en las leyes represivas del lavado – donde se regula formas de delación premiada, la inversión de la carga de la prueba, un comiso que recuerda, por su inaudita amplitud, la vieja confiscación de bienes, agentes provocadores, pruebas privilegiadas, el levantamiento del secreto bancario y la obligación de denuncia,[52] y brilla, pues, con siniestra luz el *Malleus maleficarum* de la posmoderna "aldea global" –, guarda perfecta simetría con el prurito de rodear a la entidad estatal con una tutela compacta, substancialista, agotadora, que despedaza elementales garantías del individuo.

Mas al hacer acopio y uso de semejantes mecanismos de autotulela, el Estado incurre en una dúplice contradicción. Ante todo, porque rebaja su majestad a un plano incluso inferior al del delincuente. Sólo éste puede obrar *contra ius*; por su libertad de escoger entre lo lícito y lo ilícito podemos dirigirle el reproche que amerita haberse dejado determinar por lo antijurídico. El Estado, no. El Estado existe por y para el Derecho; carece de razón de ser y no tiene vida alguna fuera del Derecho. De suerte que cuando vulnera los principios y reglas que legitiman su actuación frente a los ciudadanos, pierde parte de su justificación política y resta valor moral a su magisterio. Entonces sus leyes tienen sólo forma, mas no contenido jurídico, y el Derecho cede paso a la pura fuerza de imposición de una voluntad que supedita las demás.

(52) Cf. CERVINI, en *Lei de lavagem de capitais*, cit., p. 188-191.

En definitiva, esa voluntad aleja al ciudadano del saludable temor a las leyes penales. Concebidas de tal guisa, éstas no merecen crédito ni son obra de una autoridad soberana. Quien tiene la fuerza y el legítimo poder de defenderse y defender, no necesita apuntalarlo sondando en el cieno del capricho arbitrario. "*Questi* – oigamos de nuevo a Beccaria, cuyas palabras parecen escritas para esta época y estas situaciones – *sono gli espedienti delle nazioni deboli, le leggi delle quali non sono che istantanee riparazioni di un edificio rovinoso che crolla da ogni parte*".[53]

(53) Op. et ed. cits., p. 88. El derrumbe, adaptando la admonición de Beccaria a la actualidad, no es otro que el de las funciones públicas de los Estados singulares bajo las tenazas de la aclamada – pásesenos, en gracia al uso, el término – "globalización".

1.2

DE COMO O ESTATUTO DO TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL CERTIFICA UM NOVO MODELO DE DIREITO PENAL[1]

MARIA LEONOR MACHADO ESTEVES DE CAMPOS E ASSUNÇÃO

Decidida a efectuar uma reflecção sobre a moderna problemática jurisdição penal internacional, perspectivando-a do plano do Estatuto do Tribunal Internacional Penal recentemente aprovado em Roma e colocando a tônica na análise crítica desse documento centrada nas questões de direito penal e de direito processual penal, cedo verifiquei a dificuldade de tal tarefa.

Com efeito, tal reflecção coloca-me, necessariamente, na posição de quem, tendo participado activa e intensamente nos trabalhos de elaboração do texto que constituiu a base daquele documento, animada de uma supra determinação final-causal, a da indispensabilidade da sua aprovação, se impõe um exercício de análise objectiva, por isso, de distanciamento face ao objecto. Exercício que, não podendo furtar-se a identificar as suas imperfeições e fragilidades, implica, inelutavelmente, o pensar a sua natureza, fundamento e incidências.

É certo que a análise destinada à comprensão de um documento que se apresenta a si mesmo como um diploma legal criador das bases em que assenta um sistema de direito internacional penal englobando normas definidoras de crimes, normas que regulam o processo competente para a sua investigação e punição e definem o exercício de funções pelos orgãos competentes para as aplicar, reconhece, de imediato, a especificidade que caracteriza a fonte de onde dimana este direito, não um acto de afirmação da soberania estadual na concretização do monopólio estadual de punir que legitima o direito penal interno, mas um acto de vontade da comunidade internacional. Mais reconhece que a aplicação prática deste direito, o que é dizer, a eficiência da jurisdição internacional que ele inaugura, tornam imprescindível a constância dessa vontade traduzida no reiterado cumprimento pelos Estados das obrigações decorrentes da pronta ratificação daquele diploma legal.

E, todavia.

(1) O presente trabalho constitui, no essencial, a comunicação apresentada no decurso das Jornadas de Direito Internacional Público organizadas pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros que tiveram lugar, nos dias 14 e 15 de janeiro de 1999, na Fundação Calouste Gulbenkien, em Lisboa.

A constatação da especificidade desse direito e das fragilidades que ele encerra não autoriza, hoje, que se negue a sua existência e incita, antes, a uma reflecção sobre o que, julgo, nele vem indiciado de novo modelo de direito penal, sobre o seu fundamento, a sua estrutura, o seu sentido e os seus fins, bem como sobre os principais problemas decorrentes da inevitável coexistência com os sistemas nacionais de direito penal.

É minha intenção enunciar, aliás, em traços toscos, algumas questões que, julgo, podem constituir elementos essenciais para tal reflecção.

Em primeiro lugar, a questão do âmbito de validade deste direito penal. No plano do âmbito de validade espacial, a questão terá de ser resolvida com recurso a dois vectores que espelham, respectivamente, um *princípio de aplicação ou intervenção subsidiária*[2] deste direito e a exigência do preenchimento de pressupostos de admissibilidade, posto que se proceda a uma interpretação das normas que constituem, a meu ver, o núcleo central do Estatuto e que são as que definem os crimes, principais, da competência do Tribunal.

Diga-se que para além de condutas consubstanciando crimes contra a administração da justiça, como é o caso da corrupção ou do falso testemunho, cuja importância secundária é denunciada pela sua inclusão sistemática no Capítulo 6 respeitante às regras processuais do Julgamento[3] os crimes que, nos termos do art. 5.°, o Tribunal chama a si a tarefa de julgar são os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão. A verdade, porém, é que, quanto aos crimes de guerra, se abre, no art. 124.°, a possibilidade de, durante um período de 7 anos, cada Estado Parte poder subtrair-se à aceitação da jurisdição do Tribunal e o crime de agressão não encontra, por ora, definição dos seus elementos essenciais, o que, à luz do princípio da legalidade, plasmado no art. 22.°, significa a impossibilidade de julgar penalmente tal facto.

Verificando-se que as normas que descrevem os crimes da competência do Tribunal ficam, no seu conteúdo e na sua dimensão, àquem da proposta mais ambiciosa que pretendia alargar o âmbito dessa competência, designadamente aos crimes de tráfico de droga, e no caso dos crimes de guerra ao uso de armas nucleares, é mercê realçar que o Estatuto faz expressa referência a condutas praticadas no âmbito de conflitos armados internos no domínio dos crimes de guerra e criminaliza o recrutamento ou alistagem de menores de 15 anos nas forças armadas ou a sua utilização para participar activamente nas hostilidades.[4]

Projectando as normas definidoras destes crimes no plano da teoria do bem jurídico, tão cara à doutrina penal dominante em países europeus nos quais Portugal se inclui, pode afirmar-se que se cumpriu, no essencial, a finalidade de concretização das condutas ofensivas dos valores ou bens a proteger, ainda que as sucessivas, mas inevitáveis, remissões para diplomas internacionais como as

(2) Ver Maria Leonor Assunção, "O Tribunal Internacional Penal e o mito de Sísifo". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 8, 1998. p. 31.

(3) Art. 70.° do Estatuto do TIP.

(4) Art. 8.°, alíneas c), d) e e) do n. 2.

Convenções de Genebra[5] e a utilização de expressões vagas abertas à significação possam estimular a discricionaridade do aplicador na sua interpretação, pese embora, a expressa proibição da analogia incriminatoria.[6-7] Essas condutas, praticadas no âmbito de uma pragmática específica, onde avulta a motivação e as circunstâncias fácticas, constituem tão graves ofensas à vida, integridade física e psíquica, liberdade, *rectius* liberdade sexual e património, que, por isso, se tornaram intoleráveis para a comunidade internacional e se edificaram como razão, fundamento e legitimação da intervenção do Tribunal.[8]

Intervenção que resulta circunscrita às situações configurando condutas subsumíveis aos tipos de crime descritos no Estatuto quando praticadas no território de um Estado Parte ou de um Estado que haja aceitado a jurisdição do Tribunal, ou num barco ou aeronave matriculado nesses Estados ou perpetradas por um nacional desses Estados,[9] que não constituam crimes da competência da lei penal interna de um Estado,[10] a menos que tal Estado decida não proceder penalmente, evidencie ou torne patente a sua carência de vontade de proceder penalmente ou se encontre impossibilitado de o fazer[11] (*princípio da subsidiariedade* da intervenção). Acresce que, por exigência do princípio *ne bis in idem*,[12] está o Tribunal impedido de julgar os crimes da sua competência cujos agentes tenham sido já julgados por outro tribunal ou cujo processo penal decorra ainda, salvaguardados os casos de acobertada má-fé (o processo prossegue a finalidade de fazer subtrair o agente à justiça internacional ou é manifestamente inconsistente com a finalidade de o responsabilizar penalmente) e os casos em que não foram cumpridos os princípios garantísticos reconhecidos pelo direito internacional. Pese a sensatez e a inevitabilidade dos limites à intervenção do Tribunal colocados pelo princípio da subsidiariedade e pelos pressupostos de

(5) Note-se que se seguiu uma técnica próxima da denominada técnica de exemplos-padrão, particularmente quanto aos crimes de guerra – as condutas a integrar na descrição típica do corpo do artigo são vertidas em alíneas com função exemplificativa e não taxativa.

(6) Art. 22.º, n. 2 do Estatuto do TIP.

(7) De resto, o problema de interpretação das normas do Estatuto definidoras das condutas criminosas terá de ser reequacionado após a elaboração do documento intitulado "Elementos dos Crimes" e a sua aprovação pela maioria de 2/3 da Assembleia dos Estados Partes como consta do art. 9.º. Foi, entretanto, por decisão da Assembléia Geral das Nações Unidas, designado um Comité Preparatório para a elaboração do mencionado documento, bem como do documento intitulado "Rules of Procedure and Evidence".

(8) Já neste sentido, Maria Leonor Assunção, "Introdução ao tema crimes de guerra e crimes contra a humanidade". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 6, 1996. p. 66 e, também, op. cit. nota 2, p. 31.

(9) Art. 12.º.

(10) Arts. 1.º, 17.º, 18.º e 19.º.

(11) Art. 17.º.

(12) Art. 20.º.

admissibilidade, solução de compromisso encontrada no limiar do que, justamente, podia ser entendido como uma insustentável ingerência nos sistemas estaduais de justiça, prevejo dificuldades na classificação das situações de má-fé que legitimam o Tribunal a intervir. Naturalmente, irão suscitar-se problemas de concurso de crimes.

O âmbito de validade temporal deste direito penal determina-se pela densificação de um princípio comummente reconhecido pelo direito penal moderno, o princípio da proibição da sua aplicação retroactiva (a factos que tenham tido lugar antes da sua entrada em vigência), com a limitação que, no caso de sucessão de leis no tempo, decorre da consagração do princípio da aplicação da lei mais favorável ao arguido.[13]

Quanto ao âmbito de validade pessoal, deve ser enfatizado que as normas do Estatuto se aplicam a pessoas singulares[14] maiores de 18 anos.[15] Refira-se ainda, por um lado, o expresso afastamento de privilégios e imunidades inerentes às funções oficiais do arguido, como obstáculos à responsabilização penal[16] (que, contudo, mal se compatibiliza com os limites à cooperação judiciária vertidos no n. 1 do art. 98.°), e por outro, o especial cuidado posto na responsabilização, quer por comissão por acção, quer por comissão por omissão, de chefes militares, pessoas com funções de comando militar ou funcionários civis exercendo determinada autoridade,[17] responsabilização que, ao menos nas duas primeiras categorias, poderá revestir a forma de negligência grosseira, o que constitui excepção à regra geral do art. 30.° que determina que a responsabilização penal seja sob a forma dolosa.

No que toca à definição dos pressupostos da infracção e das causas que excluem a responsabilidade penal merece-me particular realce a norma que descreve as formas de participação no crime,[18] que, de modo que, técnica e sistematicamente, é, pelo menos, atípico, criminaliza a conduta de incitamento directo e público ao genocídio. A respeito do crime de genocídio é, no meu entender, de saudar o expresso afastamento da legítima defesa do património,[19] bem como da obediência devida,[20] como causas de exclusão da responsabilidade por tal crime.

Convém realçar a inadmissibilidade da prescrição como causa da extinção da responsabilidade penal ou da pena.[21]

Ainda quanto à parte penal substantiva do Estatuto direi que o sistema punitivo, na parcimónia das normas que a ele respeitam, se caracteriza pela submissão

(13) Art. 24.°.
(14) Art. 25.°.
(15) Art. 26.°.
(16) Art. 27.°.
(17) Art. 28.°.
(18) Arts. 25.°.
(19) Art. 31.°, n.° 1 alínea c).
(20) Art. 33.°.
(21) Art. 29.°.

a um princípio de estrita legalidade,[22] por uma recusa da pena de morte e pela restrição da pena de prisão perpétua aos casos de extrema gravidade do crime, atento o elevado grau de culpa do agente, sendo que, a aplicação desta pena se encontra ligada a um mecanismo obrigatório de revisão, cumpridos que sejam 25 anos.[23] Esperemos que as normas que, sobre o critério de determinação da medida pena, vierem a constar do Regulamento relativo ao Processo e à Prova,[24] documento a elaborar posteriormente, não constituam desvios ou entorses ao princípio, indubitavelmente de saudar, que manda o tribunal atender às circunstâncias referentes ao facto e ao agente, ou, seja à ilicitude e à culpa e opta por uma pena conjunta no caso de concurso verdadeiro de infracções.[25]

Sobre o sistema processual que vem desenhado pelas normas penais de natureza adjectiva do Estatuto se pode dizer que corresponde, basicamente, ao modelo de processo garantístico, sucessivamente reflectido em Instrumentos Internacionais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e reafirmado nas Conclusões do 15.º Congresso da Associação Internacional de Direito Penal realizado no Rio de Janeiro em 1995 que aprovaram as denominadas Recomendações de Toledo. Apresenta uma estrutura predominantemente acusatória, em que avultam os princípios do contraditório e da publicidade da audiência, patenteada pela separação material entre a entidade que julga, e a entidade que investiga, e pela outorga de um poder aos sujeitos processuais, Procurador e arguido de participarem constitutivamente na decisão do caso.[26]

Com efeito, atribui-se ao Procurador, um orgão que se caracteriza pela sua independência, não se encontra vinculado a quaisquer instruções e pela sua autonomia, a competência para o exercício da acção penal a investigação da notícia do crime, a decisão relativa à existência de fundamentos quer para iniciar a investigação quer para elaborar a acusação dentro de um quadro de estrita legalidade e objectividade ainda que com um afloramento de uma ideia de oportunidade.[27] Sujeita-se, não obstante, a sua actuação a um sistema apertado de

(22) Art. 23.º.

(23) Art. 77.º alínea b) e art. 110.º, n. 3.

(24) "Rules of Procedure and Evidente" a vigorar após adopção por uma maioria de 2/3 da Assembleia dos Estados Partes de acordo com o art. 51.º. Ver nota 7.

(25) Art. 78.º.

(26) Sobre a compreensão da estrutura processual basicamente acusatória, *maxime*, a sua articulação com a participação no processo dos sujeitos processuais, ver Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, lições coligidas por Maria João Antunes, Secção de Textos, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988/9, "A Reforma do Processo Penal na Europa: o exemplo português", comunicação apresentada à secção jurídico-penal da Sociedade de Direito Comparado, 1992 e, ainda, "Sobre os Sujeitos Processuais no novo Código de Processo Penal". *O novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 1997. p. 3 e ss.

(27) Com efeito, havendo, embora, suficientes indícios ou prova bastante da prática do crime, tendo em atenção o circunstancialismo que rodeia o crime, designadamente,

fiscalização que, se de uma parte, faz depender a legitimidade para investigar de queixa a efectuar por um Estado Parte[28] ou pelo Conselho de Segurança,[29] de outra parte, nos casos em que a investigação é efectuada por iniciativa do Procurador com base em informação recolhida através de uma heterogeneidade de fontes, organizações intergovernamentais, organizações não governamentais, órgãos das Nações Unidas, ou outras (aqui se incluindo vítimas e testemunhas),[30] condiciona o desencadear do processo investigatório a autorização do Tribunal (ou Câmara) de Audiência Preliminar,[31] entidade a quem compete avaliar a decisão do Procurador de não dar início à investigação, em certas condições solicitar àquele uma alteração de tal decisão[32] e pronunciar-se sobre a acusação elaborada no final da fase investigatória, realizada que seja uma audiência preliminar à qual preside. Há que afirmar que, tal como em sistemas processuais de raiz continental como é o português, este Procurador não prossegue no processo um interesse necessariamente oposto ao do arguido.[33] A comprová-lo, o dever de investigar *à charge et à décharge*, o dever de comunicar prontamente ao arguido os elementos probatórios que recolha que possam fundamentar a sua inocência, abalar a acusação ou ter incidência no domínio da diminuição da pena e o poder de recorrer em representação e em favor do arguido.[34]

A tarefa de julgar é cometida ao tribunal de 1.ª instância cujas funções são estabelecidas com base num princípio de investigação.[35] Com latos poderes de fiscalização e controlo da audiência de julgamento, designadamente do cumprimento dos direitos e garantias de defesa do arguido e de definição dos critérios de

a sua gravidade, o interesse das vítimas e a idade do suspeito ou doença de que o mesmo padeça, pode o Procurador decidir não haver fundamento razoável para proceder penalmente se se verificar *haver razões substanciais para formar a convicção de que o procedimento não serve os interesses da justiça*. Ver art. 53.º, n. 1 alínea c) e n. 2 alínea c). Decisão esta sindicada, quer pelo Estado Parte autor da queixa ou pelo Conselho de Segurança nos casos em que a situação é referida ao Tribunal por esta entidade actuando nos termos do capítulo VII da Carta das Nações Unidas, quer pelo Tribunal de Audiência Preliminar (*Pre-Trial Chamber*), entidade a quem compete, de *motu proprio*, rever tal decisão. Ver art. 53.º, n. 3.

(28) Art. 13.º, alínea a) e art. 14.º.

(29) Art. 13.º, alínea b).

(30) Art. 15.º.

(31) *Pre-Trial Chamber* na versão inglesa, *Chambre Préliminaire* na versão francesa e *Sala de Questiones Preliminares* na versão espanhola.

(32) Art. 53.º.

(33) A propósito da relação entre o Ministério Público e o arguido no processo penal cf. Cunha Rodrigues, "Sobre o princípio de igualdade de armas". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 1, 1991. p. 77 e ss, e Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal I*, 1974, p. 254, 249 e 471.

(34) Arts. 54.º, n. 1, alínea a), 67.º, n. 2 e 81.º, n. 1 alínea b), n. 2, alínea a).

(35) Sobre o princípio de investigação a integrar uma estrutura processual basicamente acusatória, Figueiredo Dias, op. cit. nota 26.

valoração da prova, compete aos juízes do julgamento, nos limites definidos pela acusação que fixa o objecto do processo, investigar, independentemente das contribuições do Procurador ou do arguido e do seu representante, o facto sujeito a julgamento.[36] De aplaudir, a recusa do sistema da *plea-bargaining*.[37]

Realce-se que a posição processual do Procurador e dos juízes, que compõem os vários Tribunais (ou Câmaras), integrada por um regime de escusas e impedimentos[38] a regulamentar no Regulamento do Processo e da Prova, deve ser compreendida à luz do respectivo estatuto conformado por um sistema de incompatibilidades, e de imunidades, bem como pela definição das condições de que depende a demissão do cargo.[39] Estatuto que, pese embora a especificidade da eleição dos juízes,[40] indiciadora de uma determinada dimensão política, é penhor da isenção no cumprimento das funções que lhes são cometidas.

Uma palavra sobre a posição processual do arguido. Ao invés da vítima, cujo estatuto só não se dilui no da testemunha porque para além de lhe ser outorgado um periférico e residual espaço de intervenção na comunicação da notícia do crime ao Procurador, na definição do sistema de protecção que a ela respeita, é ouvida no âmbito da determinação da reparação,[41] o arguido é um verdadeiro sujeito processual.[42] Sujeito processual na medida em que a sua intervenção é apoiada por um conjunto de direitos e garantias que encontram fundamento no princípio do respeito pela sua dignidade de pessoa humana. Deste princípio decorrem como suas imediatas manifestações o princípio da presunção de inocência[43] e os seus corolários,[44] o princípio *in dubio pro reo* e a proibição da inversão do ônus da prova,[45] proibição do uso de meios coactivos ilegais, i.e., em desconformidade com o Estatuto e com desrespeito pelos direitos humanos internacionalmente reconhecidos[46] e o princípio do respeito pela sua autonomia da

(36) Arts. 64.º e 69.º.

(37) Art. 65.º, n. 5.

(38) Arts. 41.º e 42.º.

(39) Art. 46.º.

(40) Art. 36.º.

(41) Arts. 15.º, 68.º, n. 3, 75.º, n. 3.

(42) Acerca da compreensão do conceito de sujeito processual, Figueiredo Dias, "Sobre os Sujeitos Processuais no novo Código de Processo Penal", op. cit. nota 26.

(43) Com referência ao princípio e sua dimensão, Figueiredo Dias, "La protection des Droits de L'Homme dans la Procédure Pénale. Rapport du Groupe National Portugais de I.ªI.D.P.". *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978. n. 3, p. 267 e ss.

(44) Cf. Maria Leonor Assunção, "Criminal Procedure in Macau: Structure and fundamental principles". *The Right to Fair Trial in International and Comparative Perspective*, Centre for Comparative and Public Law, The University of Hong Kong, 1997. p. 72-73.

(45) Arts. 66.º e 67.º, n. 1, alínea i).

(46) Proibição que, contudo, não é integral, na medida em que se admite a possibilidade de acolhimento e avaliação de prova obtida por meios ilegais que não seja

vontade. De uma parte, a proibição do uso de qualquer mecanismo de coacção para obter a confissão que deve ser valorada quando prestada livremente e com completo conhecimento dos efeitos que dela emergem[47] e, de outra parte, o direito ao silêncio, concretamente, o direito a que a sua recusa em prestar declarações sobre os factos de que vem acusado não o prejudique, no domínio, quer da decisão sobre a aplicação de uma medida processual detentiva, quer da decisão sobre a medida da pena.[48] O núcleo de direitos e garantias do arguido abrange, mais, o direito de se fazer representar por um advogado, o da sua escolha,[49] o direito de ser informado em língua que compreenda, dos factos que lhe imputam, o direito de contraditar, de recorrer de sentenças que lhe são desfavoráveis.[50]

Vai sendo tempo de concluir. E, ao fazê-lo, seja-me permitido que me furte, por ora, a efectuar um juízo firmado sobre a eficácia futura deste direito penal, o que é dizer dos modos de concretização prática através da sua aplicação ao caso concreto pelos órgãos competentes, que, naturalmente, muito dependerá do atempado cumprimento pelos Estados dos princípios que conferem sentido e consistência aos institutos de cooperação judiciária e de execução das sentenças.[51] E que reafirme a importância da reflecção sobre a função e os fundamentos que o caracterizam como novo modelo de direito penal.

Dirige-se este direito à tutela de um conjunto de valores, mínimo, pela repressão das condutas que configuram ofensas gravíssimas a esses valores. A elas se refere o preâmbulo do Estatuto do Tribunal, classificando-as como "graves atrocidades de que têm sido vítimas homens, mulheres e crianças durante este século que chocam profundamente a consciência da humanidade" e, por isso, não só merecem, como impõem, o veemente repúdio da comunidade internacional.

A prática de atrocidades não é apanágio do século XX, ainda que este século possa, em definitivo, vir identificado com a sua prática em larga escala.

Ao longo da história dos homens são inúmeros os casos em que se atentou violentamente contra o homem e se concretizaram actos que se inscrevem no moderno conceito de genocídio. O sistemático extermínio da população índia da América, as perseguições religiosas dos séculos XVI e XVII, os pogroms contra os judeus russos no século XIX, são, apenas, alguns exemplos.

No final da Segunda Guerra Mundial, quem teve a prerrogativa de escrever o final do conflito julgou e condenou condutas que, a despeito da tímida tentativa

contraditória ou ofensiva da integridade do processo e não cause dúvida sobre a credibilidade dessa prova no n. 7 do art. 69.º, o que, a meu ver, constitui um desrazoável e incompreensível desvio ao aludido princípio de proibição da prova.

(47) Art. 65.º.

(48) Arts. 55.º e 67.º.

(49) V. todavia, a admissibilidade de renúncia ao defensor e a não obrigatoriedade de nomeação de advogado. Compete ao tribunal decidir sobre a necessidade de nomeação de defensor face a exigências de realização da justiça.

(50) Arts. 67.º e 81.º e ss.

(51) Capítulos 9 e 10 do Estatuto do TIP.

de 1918, em Versalhes, pela primeira vez foram vertidas em letra de forma, cognominadas "crimes contra a humanidade". No plano do direito penal europeu que desde o século XIX se alicerça no princípio da legalidade e que durante o século XX tem efectuado uma busca incessante da verdade onde radica o fundamento axiológico que legitima a intervenção coactiva na esfera dos cidadãos, o poder de punir, e, mais, vem reconhecendo a irrenunciável dimensão histórico-cultural que deve possuir um direito penal que se pretende válido e justo, este acontecimento pautou-se em perplexidades.

A doutrina e a jurisprudência alemãs do pós-guerra espelham o dilema, aparentemente insolúvel,[52] que as espartilhava entre a escolha do recurso aos princípios supra-legais do direito natural que dotando, embora, o direito penal de um fundamento subjectivo e acrítico, permitia julgar e condenar os autores de actos de delacção, os juízes que enviaram pessoas para os campos de concentração e os funcionários que executavam essas decisões judiciais e a escolha da valoração desses actos de acordo com o direito positivo, à luz do qual parecia não ser possível a condenação. Os delatores, os juízes e os funcionários cumpriam a lei vigente. O que conduzia ao resultado insuportável: "a justiça penal absolvia-se a ela mesma da sua participação no terror nazi".[53]

Desde então, os Códigos Penais de vários países tipificaram o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, o crime de guerra e, em alguns casos, colocaram limites ao recurso à obediência devida como forma de afastar a responsabilização dos seus autores.

A convicção de que nem a razão de Estado, nem a segurança nacional ou necessidades militares, nem a ideologia ou as concepções religiosas justificam actos que ofendem irremediavelmente a dignidade da pessoa e, por isso, afectam a integridade de valores que constituem património universal, vem impressivamente inscrita nas normas do Estatuto do Tribunal Internacional.

Ao ser aprovado por 121 Estados, certifica tal documento a mínima base consensual que, na esteira de Habermas, legitima e torna válido o sentido normativo que nele habita. Consenso que logrou atingir-se em redor do que com Humberto Eco se pode chamar "o novo limiar de intolerabilidade".[54]

Cada acto de genocídio, de sofrimento infligido à população civil durante um conflito armado (lamentavelmente, o limite do intolerável não abarca ainda a guerra), de tortura ou de violação, significa a solene proclamação do intolerável[55] na medida em que estilhaça a ideia de homem e, nas impressivas palavras de Voltaire, "desonra a natureza humana".[56]

(52) Ver Hassemer, "História das Ideias Penais", Associação de Alunos da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995. p. 13 e ss.

(53) Idem, ibidem, p. 18.

(54) Migrações, tolerância e intolerável". *Cinco escritos morais,* Difel, 1998, p. 121.

(55) Idem, ibidem.

(56) Apud. André Gluksmann, "E Voltaire inventou a televisão". *O bem e o mal.* Cartas imorais de Alemanha e de França, Ed. Inquérito, 1998. p. 238.

Mercê dos meios de informação que, impiedosamente, oferecem todo o horror de tais actos à contemplação dos cidadãos do Mundo, os olhos do Candide de Voltaire que observa as atrocidades praticadas no imenso campo de batalha da Europa são, hoje, os olhos de cada um de nós.[57]

Esta dimensão do intolerável, deste modo partilhada, torna impossível a evasão, o esquecimento e impõe-nos uma co-responsabilização como forma de luta contra a negação da existência humana que nesses actos vem simbolizada.

Co-responsabilizacão cuja assunção vai, em última instância, emprestar força ao direito internacional penal, enquanto simboliza o que de mais essencial contém o conceito de alteridade como ensina Emmanuel Lévinas, o respeito pelos direitos de corporalidade do Outro fundado na convicção íntima de "quem sente o seu direito de existir, constantemente, ameaçado na hora quotidiana em que o outro sofre e morre".[58]

(57) Cf. André Gluksmann, op. cit., p. 236 e ss.

(58) Catherine Chalier, "Lévinas – a utopia do humano", Instituto Piaget, p. 128.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

O CÓDIGO MODELO DE PROCESSO PENAL PARA IBERO-AMÉRICA 10 ANOS DEPOIS[1]

ADA PELLEGRINI GRINOVER

SUMÁRIO: 1. A aparição do Código Modelo – 2. Sua influência política – 3. A influência na legislação: 3.1 Uma postura ambígua em evolução: a Argentina; 3.2 A tensão entre o velho e o novo: Colômbia e Uruguai; 3.3 Mudanças pontuais: o Brasil; 3.4 O modelo do Código Tipo: Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Paraguai (códigos já em vigor), Venezuela, Bolívia e Peru (códigos promulgados, mas ainda não vigentes), projeto do Chile, Honduras e Equador – 4. Conclusões.

Resumo: O texto analisa a evolução nos países da América Latina do Código Modelo de Processo Penal, cujos estudos haviam sido propostos na "V Jornadas Ibero Americanas de Cartagena (1977)". Esse Código Modelo é caracterizado:

1. Pelo modelo acusatório;

2. Pela supressão dos juizados de instrução;

3. Pela atribuição da investigação prévia ao Ministério Público, com intervenção do Juiz para as medidas cautelares; sendo que os elementos probatórios recolhidos durante a investigação só servem para a *opinio delicti* do Ministério Público;

4. Pelo processo público e oral, em contraditório;

5. Pelo procedimento ordinário;

6. Pela previsão da suspensão, condicional do processo;

7. Pela existência de procedimentos abreviados;

8. Pela substituição do recurso de apelação pelo recurso de cassação e pela revisão *pro-reo*;

9. Por tribunais integrados por elementos do povo;

10. Pela mitigação do princípio da obrigatoriedade;

11. Pela preocupação com a vítima;

12. Pela Jurisdicionalização da execução

13. Pela efetivação das garantias do devido processo legal.

(1) Relatório final apresentado após a realização do *Congresso Internacional Processos de integração e solução das controvérsias: do contencioso entre os Estados à tutela individual. Europa e América Latina*, Tema: A influência do Código Modelo de Processo Penal na América Latina, Roma, setembro de 1999.

Palavras-chave: Código Modelo – Processo Penal – Modelo Acusatório – Ibero-América – América Latina.

1. A aparição do Código Modelo

Em 1988, quando o projeto final de Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América foi apresentado às XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, do Rio de Janeiro, a esmagadora maioria dos países da América Latina adotava a velha legislação de características marcadamente inquisitivas, com os procedimentos escritos e secretos, as etapas da investigação, da instrução e da sentença confiadas ao mesmo juiz, a compressão dos direitos de defesa, o sistema probatório articulado em torno da confissão, a prisão cautelar como regra.

As raríssimas exceções eram representadas pelo Código da Província de Córdoba que, desde sua promulgação, em 1939, havia instaurado um juízo público, oral, contraditório e contínuo, influindo sobre alguns outros códigos provinciais argentinos, denominados "códigos modernos"; pelo Código de Costa Rica, que tinha recepcionado o de Córdoba e pelo Código de Processo Penal unitário do Brasil, de 1940, que abolira os juizados de instrução e adotara uma investigação prévia a cargo da polícia judiciária, com o processo desenvolvendo-se integralmente em contraditório público.

A postura adotada pelo Código Modelo – cujos estudos haviam partido das propostas das V Jornadas Ibero-Americanas de Cartagena (1977), acolhendo as bases de Alcalá-Zamora para o Código de Córdoba e as bases de Clariá-Olmedo e Velez Mariconde para a unificação legislativa em matéria processual penal da América Latina – rompia, portanto, com a tradição anterior amplamente majoritária. E, a partir daí, começaram a disseminar-se as novas tendências do processo penal ibero-americano, configuradas no Código-Tipo da seguinte maneira: a) adoção do modelo acusatório, com a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar;[2] b) supressão dos juizados de instrução; c) atribuição da investigação prévia ao Ministério Público, com a intervenção do juiz para as medidas cautelares; d) intransponibilidade para o processo dos elementos probatórios recolhidos na investigação, destinados exclusivamente à formação da *opinio delicti* do Ministério Público; e) processo público e oral, em contraditório; f) procedimento ordinário, com uma etapa intermédia objetivando receber a acusação; g) previsão da suspensão condicional do processo (*probation*); h) existên-

(2) Durante o Congresso, estabeleceu-se um debate entre José Carlos Barbosa Moreira (Brasil) e a relatora geral, havendo concordância dos dois no sentido do modelo acusatório não se confundir com o *adversarial system* próprio do ordenamento de *common law* (em que está sendo mitigado), não sendo incompatível com iniciativas instrutórias do juiz, após instaurada a ação penal. Cf. sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover, "A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório". *Rev. Bras. de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, julho/setembro de 1999, p. 71-79.

cia de procedimentos abreviados; i) supressão, em princípio, da apelação, substituída pelo recurso de cassação e pela revisão *pro reo*; j) tribunais integrados por elementos do povo; k) adoção de vários mecanismos de seleção de casos, quebrando o princípio da obrigatoriedade da ação penal; l) suspensão do processo em caso de revelia; m) preocupação com a vítima e previsão de acordos reparatórios; n) jurisdicionalização da execução; o) efetivação das garantias do devido processo legal.

2. Sua influência política

Aos poucos, essas idéias foram permeando encontros de estudiosos, eventos e congressos internacionais e nacionais, conferências e debates. O que parecia distante e irreal começou a tornar-se próximo e concreto. A cultura do processo penal estava mudando. E, sob esse ponto de vista, a influência política do Código Modelo foi notável.

Como se proclamou na Exposição de Motivos, a elaboração de um Código Modelo procurava servir de base a uma impostergável política renovadora, atendendo à imperiosa exigência de estimular um profundo movimento de reforma em todos os países da comunidade hispano-luso-americana, em grande parte ainda atrelados ao processo penal antigo. E nesse aspecto o Código Modelo atingiu plenamente seus objetivos. Em toda parte começaram os movimentos de reforma. O "modelo acusatório" tornou-se um referencial e é sintomático que mesmo os países que não chegaram a adotá-lo refiram-se a ele, considerando-o, bem ou mal, inspirador da reforma.

3. A influência na legislação

Se a influência política do Código Modelo é um dado de fato, caracterizando-se como elemento definidor de um novo quadro jurídico-cultural, cumpre sobretudo examinar a influência concreta que tenha porventura exercido no plano técnico-legislativo, é dizer, nas reformas legislativas dos diversos países da América Latina.

É aqui que a influência se matiza em diversas nuances, que serão analisadas nos novos códigos e projetos de alguma forma ligados ao Código Modelo. O estudo será feito a partir de uma posição ambígua que se encontra em evolução, como a da Argentina; passando por uma incapacidade de superação da tensão entre o velho e o novo, como na Colômbia e no projeto do Uruguai; tramitando por reformas pontuais, como no Brasil; e chegando à adoção do modelo acusatório do Código Tipo, como na Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Paraguai (códigos já em vigor), na Venezuela, na Bolívia e no Peru (códigos promulgados, mas ainda não vigentes), no projeto do Chile e, ao que se sabe, em Honduras e no Equador.

3.1 Uma postura ambígua em evolução: a Argentina

A Argentina, nas palavras do relator nacional,[3] assumiu posição ambígua com relação ao Código Modelo. Pátria de Julio Maier, principal artífice da última versão do Código, rica de antecedentes promissores – como o Código de Córdoba e os "códigos modernos" – o país incorporou as idéias do novo processo acusatório em alguns códigos provinciais (Tucumã, Santiago del Estero), mas não de forma generalizada: o Código de Processo Penal da Nação (1991) é moldado no Projeto Ricardo Levene, guardando os juizados de instrução. O da Província de Santa Fé (1993) invoca o Código Modelo, mas adota um procedimento misto. O mais novo código, da Província de Buenos Aires (1998), incorpora mais francamente o sistema acusatório, extinguindo os juizados de instrução, mas não avança, por exemplo, em relação à etapa intermédia.

Seja como for, numa visão macroscópica, pode-se afirmar que os direitos do acusado são preservados e, mesmo quando mantida a fase de instrução formal, os novos processos a abrem a uma certa participação das partes, tentando fugir do modelo inquisitório e secreto anterior.

Deve-se dizer, contudo, que a adoção do Código Modelo está em franca evolução.

Diversos projetos de códigos provinciais acolhem as linhas mestras do Código Tipo, com a abolição dos juizados de instrução e a previsão de um juízo todo público e oral. Passa-se a enumerá-los, de acordo com relatório solicitado após a realização do Congresso de Roma:[4]

a) Província de Neuquén (Projeto Mayer e Binder): investigação a cargo do Ministério Público, reforço das garantias processuais, critérios de oportunidade, maiores poderes processuais à vítima, participação do imputado na investigação preparatória, etapa intermediária no procedimento ordinário, acordos reparatórios, juízos abreviados, impugnações reservadas ao arquivamento e à sentença final.

b) Província de Chaco (lei promulgada a 6.7.99, para entrar em vigor em janeiro de 2001): investigação preparatória e exercício da ação penal pelo Ministério Público, preocupação com a vítima, medidas cautelares exclusivas do juiz de garantias, previsão do recurso por inconstitucionalidade, cassação e revisão contra a sentença, juízos abreviados.

c) Província de Catamarca (lei próxima a ser sancionada): investigação preparatória a cargo do Ministério Público com monopólio das medidas cautelares ao juiz; juízo abreviado em caso de flagrante, suspensão condicional do processo, recurso de cassação amplo, preocupação com a vítima.

d) Província de Entre Rios (projeto em discussão): investigação prévia atribuída ao Ministério Público, ampla legitimação à vítima (individual ou coletiva), tribunal de jurados, medidas cautelares a cargo do juiz, podendo o Ministério Público autorizar a liberdade do acusado.

(3) Pedro Juan Bertolino.

(4) Relatora Angela Ledesma.

e) Província de Mendoza (3 projetos em discussão): seguem-se as linhas gerais do Código de Costa Rica.[5]

Observa-se que em todos os projetos dos códigos provinciais argentinos, a iniciativa instrutória do juiz, no processo, é bastante limitada, contrariando a linha de raciocínio desenvolvida na nota n. 2.

Finalmente, cumpre notar que a evolução rumo ao modelo do Código Tipo se faz, na Argentina, também no projeto do Executivo de reforma do Código da Nação, em que a investigação prévia ficará a cargo do Ministério Público, o imputado poderá acompanhá-la desde o início, a vítima deverá ser consultada, para que o MP aplique o princípio da oportunidade, e terá poderes processuais, as medidas cautelares serão exclusivas do juiz, está previsto o procedimento intermédio e a cassação será ampla.[6]

3.2 A tensão entre o velho e o novo: Colômbia e Uruguai

A tensão entre o velho e o novo fica patente no Código da Colômbia (1991) e no projeto do Uruguai, que deverá entrar em vigor em fevereiro de 2000.

O sistema colombiano[7] é misto e, embora se fale em "tendência acusatória", o que ocorreu foi simplesmente a substituição do juiz instrutor pelo Ministério Público, o qual integra o Poder Judiciário. A instrutória formal é por ele dirigida, e é ele quem investiga e quem determina os provimentos cautelares. A polícia judiciária atua exclusivamente por ordem do Ministério Público. Faculta-se ao imputado a contrariedade das provas, e todas as provas da investigação e da instrução são permanentes e eficazes.

Como pontos positivos, pode-se salientar o contraditório no juizado de instrução e a reserva ao juiz da função de julgar. Mas a atribuição ao mesmo órgão (Ministério Público) da tarefa de investigar, de valorar a prova e de autorizar as medidas cautelares é de índole tipicamente inquisitiva.

No Uruguai,[8] o projeto aprovado pelo Congresso substituiu outro, apresentado pela Corte Suprema e pelo Instituto Uruguaio de Direito Processual, que se aproximava mais do Código Modelo, mas que mesmo assim conservava a instrutória formal, em contraditório, a cargo do Ministério Público.

O atual projeto mantém-se fiel ao sistema misto. Sua única proximidade com o Código Modelo está na oralidade, publicidade e bilateralidade.

3.3 Mudanças pontuais: o Brasil

O Brasil encontrava-se em situação peculiar, quando da apresentação do Código Modelo. Desde o Código de 1940, já adotava o processo de estrutura acusatória,

(5) Ver infra, n. 3.4.

(6) Relatora Angela Ledesma.

(7) Relator Jairo Parra Quijano.

(8) Relator Jaime Greif.

sem juizados de instrução, com uma fase de investigação prévia, atribuída à polícia judiciária, medidas cautelares ordenadas pelo juiz, acusação formulada pelo Ministério Público, procedimento público e contraditório. Mas o estatuto processual, até a Constituição de 1988, guardava alguns resquícios do sistema inquisitivo: certos procedimentos instaurados *ex officio* ou pela polícia, para as contravenções penais e as lesões corporais culposas, inquérito policial sigiloso, buscas e apreensões com mandado policial, prisão cautelar obrigatória até 1977, garantias ao acusado restritas ao contraditório e ao direito de defesa.

Foi a Constituição que assinalou para o processo penal a marca indefectível do modelo acusatório. E, como observa o relator brasileiro,[9] embora não se possa dizer que o texto do Código Modelo, contemporâneo à Constituição, tenha influído sobre essa, é inegável que seu ideário permeou a Lei Maior, até pela identidade de alguns juristas que colaboraram na produção de ambos.

Assim, a ação penal pública ficou privativa do Ministério Público, e privativa do juiz ficou a função de determinar qualquer providência cautelar. A polícia judiciária continuou encarregada das investigações prévias, mas ao Ministério Público (autônomo e desligado do Judiciário e do Executivo) coube o controle externo da polícia, bem como poderes relacionados com a atividade investigativa. Outra aproximação com o Código Modelo ocorreu pela admissão da transação penal, em nível constitucional. Novas garantias foram introduzidas, como a publicidade dos atos processuais, o direito ao silêncio, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos, a extensão do contraditório ao processo administrativo.

No campo legislativo, a influência direta do Código Modelo manifestou-se pela reestruturação do instituto da revelia, modificado em 1996, e agora limitado à circunstância de o acusado, citado pessoalmente, não comparecer ou abandonar o processo. Mas, na citação editalícia, se o acusado não comparecer ou não constituir advogado, o processo e o prazo prescricional ficam suspensos, podendo o juiz determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, restrita aos casos de necessidade previstos no Código de Processo Penal. Embora em lei sucessiva, de 1998, ficasse consignado que a suspensão do processo à revelia não ocorreria nos crimes de "lavagem de dinheiro", a doutrina está entendendo que a exceção só diz respeito às medidas cautelares de apreensão ou seqüestro, que podem ser ordenadas durante a suspensão.

Além disso, no campo da justiça penal consensual, a lei de 1995 não só regulou a transação prevista na Constituição, mas também criou o acordo reparatório e a suspensão condicional do processo (*probation*). Posteriormente, a transação penal foi ampliada pelo Código de Trânsito, de 1997 e pela Lei dos crimes contra o ambiente, de 1998, a qual também reforçou os acordos reparatórios. Cumpre observar que, no sistema brasileiro, a transação penal e a suspensão condicional do processo não pressupõem o reconhecimento de culpabilidade do imputado e que o acordo civil, em alguns casos, é causa de extinção da ação penal.

(9) Antônio Scarance Fernandes.

O Ministério Público, por sua vez, avançou no caminho de uma ingerência mais direta nas investigações policiais, por intermédio de suas leis orgânicas, que fixaram formas de controle e lhe permitiram maior atuação nessa fase da persecução.

No plano estrutural, projetos de leis foram apresentados visando a um melhor tratamento da investigação prévia e a generalizar a previsão de uma fase intermédia no procedimento ordinário, destinada ao juízo de admissibilidade da acusação, hoje confinada aos processos afetos ao Tribunal do Júri (competente para os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados e crimes conexos), bem como aos relativos aos crimes praticados por funcionários públicos.

Como nota destoante no quadro da influência do Código Modelo, uma lei de 1995, que trata do crime organizado, atribuiu ao juiz, na fase prévia, a faculdade de efetuar pessoalmente as investigações, de forma sigilosa, contrariando toda a tradição do direito brasileiro a tal ponto, que os juízes não têm utilizado os poderes legais.

Por último, cabe assinalar que as novas tendências do processo penal, moldadas pelo Código Modelo, são objeto de constantes estudos e debates, devendo desaguar, mais cedo ou mais tarde, em mudanças legislativas.

3.4 O modelo do Código Tipo: Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Paraguai (códigos já em vigor), Venezuela, Bolívia e Peru (códigos promulgados, mas ainda não vigentes), projeto do Chile, Honduras e Equador

A adoção do modelo acusatório do Código Tipo rompeu com a estrutura anterior na Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Paraguai (códigos já em vigor), na Venezuela, na Bolívia e no Peru (códigos promulgados, mas ainda não vigentes), no projeto do Chile e, ao que se sabe, em Honduras e no Equador.

O primeiro código nacional a introduzir o sistema do Código Modelo foi o da Guatemala, por influência direta de Julio Maier e Alfredo Binder, da Argentina, nos trabalhos de preparação.[10] Sancionado em 1992, entrou em vigor em 1994, prevendo a investigação prévia a cargo do Ministério Público, com a atribuição ao juiz das medidas cautelares. O procedimento comum contempla a fase intermédia, e estão regulados o procedimento abreviado e os acordos reparatórios. Há vários critérios de oportunidade da ação penal, com consentimento judicial e, na maioria dos casos, com anuência da vítima. A suspensão do processo (*probation*) depende da reparação do dano. Foi mantida a apelação e não estão previstos tribunais populares.

Costa Rica, que já adotava um procedimento público e oral, em instância única, por recepção do Código de Córdoba de 1939, incorporou no novo Código (promulgado em 1996 e em vigor desde 1998) o sistema e a estrutura do Código Modelo.[11] Suas características são as enunciadas para o Código da Guatemala,

(10) Relator Julio Maier.

(11) Idem.

com as seguintes modificações, que o aproximam ainda mais do Código Tipo: um melhor tratamento da fase intermédia do procedimento ordinário e um juízo público mais acusatório; e, com o princípio da oportunidade, um novo método de extinção da ação penal para alguns delitos, por força da conciliação e da reparação integral do dano. O juízo mantém-se em instância única, com a sentença impugnável pela via da cassação ou revisão.

O Código de El Salvador, promulgado em 1996, entrou em vigor em 1998.[12] Acompanhando o modelo do Código Tipo, aproxima-se bastante desse pela previsão de tribunais populares como regra geral. Aliás, mesmo quando o procedimento penal era escrito, existiam jurados em El Salvador, mas o Ministério Público e a defesa limitavam-se a argumentar na base das provas escritas, que não eram produzidas perante o Júri. Hoje, todo o processo é público, oral e contínuo e desenvolve-se numa única instância, sendo a sentença impugnável pela via da cassação e da revisão.

O novo Código do Paraguai, promulgado em 1998, entrou em vigor em julho de 1999.[13] O Ministério Público dirige a investigação, com o auxílio da polícia judiciária sobre a qual exerce poder disciplinar, e promove a ação penal pública. As medidas de conteúdo jurisdicional são privativas do juiz. O procedimento ordinário, após a etapa preparatória, passa pela etapa intermédia, chegando à de julgamento, oral e público, por um tribunal colegiado. O Código também prevê procedimentos abreviados, e a execução é jurisdicionalizada.

Existem, finalmente, vários códigos já promulgados, mas ainda não em vigor.

A análise do Código da Venezuela, promulgado em 1998, mas cuja *vacatio legis* foi prorrogada, aponta ter ele ficado a meio caminho entre o de Costa Rica (o mais fiel ao Código Modelo) e o da Guatemala. Conforme observa a relatora,[14] além da supressão dos juizados de instrução, substituídos pela investigação prévia a cargo do Ministério Público, que ordena e supervisiona a atividade da polícia, e da presença do juiz de controle para as medidas constritivas, estão previstos o princípio da oportunidade, os acordos reparatórios, a suspensão condicional do processo (*probation*), a etapa intermédia no procedimento ordinário, o procedimento abreviado, o juízo oral. Além disso, os tribunais mistos (escabinato) e de jurados, a intensa participação da vítima e um rico rol de garantias, dentre as quais o contraditório e a defesa técnica desde a fase de investigações. A apelação é mantida, inclusive para matéria de fato, mas é julgada em audiência oral, com comparecimento das partes e produção de prova. A execução é totalmente jurisdicionalizada.

Na Bolívia, o código, promulgado em 1999 e com entrada em vigor prevista para 2001,[15] acompanha as linhas do Código Modelo, com a investigação prévia atribuída ao Ministério Público, a previsão de procedimentos abreviados, a ado-

(12) Idem.

(13) Relator Rodolfo Duarte Pedro.

(14) Mariolga Quintero Tirado.

(15) Relator Julio Maier.

ção de diversos critérios de oportunidade, muitas vezes dependendo da anuência da vítima; a suspensão condicional do processo, uma fase intermédia no procedimento comum; a impugnação da sentença pela cassação tradicional. Não estão contemplados tribunais integrados por jurados.

O Código do Peru,[16] promulgado em 1991, com prorrogação até o momento da *vacatio legis*, só vige, por enquanto, em relação à adoção do princípio da oportunidade. O Código contempla a investigação prévia e o exercício da ação penal a cargo do Ministério Público, a reserva das medidas cautelares ao juiz, a intervenção do acusado desde o início da investigação, a legitimação difusa da vítima, procedimentos abreviados; a distinção entre ausência e contumácia, a etapa intermédia no procedimento ordinário.

O projeto do Chile,[17] aprovado pela Câmara dos Deputados e em fase de revisão no Senado, com entrada em vigor prevista para o ano 2000, demandou a reforma da Constituição, para nela incorporar-se o Ministério Público, organismo autônomo, que não integra os Poderes tradicionais. A ele estarão entregues as investigações, submetidas a um juiz de garantias para a determinação das medidas restritivas. Várias soluções do Código Modelo foram adotadas no projeto: o princípio da oportunidade, a suspensão condicional do processo (*probation*), os acordos reparatórios, a audiência correspondente à etapa intermédia. A sentença só poderá fundar-se na prova produzida na etapa do julgamento, e o acusado será declarado em audiência "inocente" ou "culpado", com posterior prazo ao colegiado para a redação da sentença. Essa não será impugnável pela via da apelação, mas só pelo recurso de cassação. Discute-se a respeito da introdução de um recurso extraordinário para a revisão de julgados que se tenham apartado da prova produzida. E, finalmente, está previsto o procedimento abreviado para casos de penas limitadas em que haja aceitação dos fatos pelo imputado.

Finalmente, têm-se notícias de que também Honduras e Equador promulgaram seus novos Códigos, com ampla influência do Código Modelo, mas sobre eles e sua entrada em vigor faltam, até o momento, conhecimentos mais seguros.[18]

4. Conclusões

Em conclusão, pode-se afirmar, dez anos depois, que o Código Modelo provocou uma verdadeira revolução no processo penal da América Latina.

A uma, tornando o sistema acusatório lema e leme das reformas.

A duas, levando sua influência mesmo naqueles países que ainda não conseguiram libertar-se das amarras dos juizados de instrução, de modo a retirar-lhes as caraterísticas de instrumento sigiloso de inquisição, abrindo-os ao contraditório.

(16) Relator Anibal Quiroga León.

(17) Relator Raul Tavolari.

(18) Informações de Julio Maier.

A três, substituindo-os por uma fase investigativa prévia, destinada exclusivamente à formação da *opinio delicti* do Ministério Público, cujos resultados não podem servir de base para a condenação, ficando as medidas cautelares reservadas ao juiz.

A quatro, chegando a permear profundamente alguns estatutos processuais, que incorporaram seu modelo.

Diante desse quadro, é lícito esperar que outros países deverão seguir o mesmo exemplo, até chegar o dia em que se poderá efetivamente afirmar a existência de uma plena harmonização do processo penal na América Latina.

Harmonização horizontal, na tipologia de Giuseppe Tarzia,[19] que é deixada à iniciativa de cada Estado, num processo que pode ser lento mas resultará mais suave e seguro,[20] no pleno respeito das peculiaridades locais. Processo, esse, que descarta a idéia de unificação, segundo modelos impostos, e que dispensa a harmonização vertical, de índole comunitária, mas que é profundamente influenciado pela aproximação teórica e pelas experiências comuns.

(19) Giuseppe Tarzia, Relatório Geral apresentado ao *XI Congresso Mundial da International Association of Procedural Law* (Viena, 23-28 de agosto de 1999), sobre o tema "Une procédure civile sans frontières: harmonization et unification du droit procédural".

(20) Roberto Berizonce (Argentina) salientou, no Congresso de Roma, as dificuldades inerentes às mudanças inspiradas no Código Modelo: a mentalidade, a construção de um Ministério Público autônomo, a implementação das estruturas administrativas.

2.2

A SELETIVIDADE DO CONTROLE PENAL

ALICE BIANCHINI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O modelo dogmático penal hegemônico – 3. Os diferentes níveis de função da dogmática jurídico-penal: 3.1 A função instrumental; 3.2 A função racionalizadora/garantista. 3.3 A função justificadora/legitimadora – 4. A conformação das estruturas penais ao modelo hegemônico de ciência penal – 5. A seletividade do controle penal – 6. Considerações finais. Bibliografia.

Resumo: Trata-se de estudo por meio do qual se procura chamar a atenção para o fato de a dogmática penal vir sendo utilizada como instrumento de práticas de manipulação e conservação do poder.

Primeiramente são feitos apontamentos sobre o modelo dogmático-penal hegemônico, bem como de suas atuais funções. A conformação das estruturas penais a este modelo é visto na seqüência, culminando com considerações acerca da seletividade do controle social.

Palavras-chave: Dogmática jurídico-penal – Controle social – Ciência penal – Seletividade.

1. Introdução

O estudo realizado tem por objeto a análise do modelo de dogmática jurídico-penal hegemônico, intentando-se demonstrar que, apesar da modelagem garantista/racionalizadora pretensiosamente atribuída à dogmática penal, essa vem, de forma sistemática, sendo utilizada como instrumento para práticas de manipulação e de conservação do poder.

Na abordagem do tema, primeiramente serão feitos apontamentos sobre o modelo dogmático penal hegemônico, ao que se seguirá uma abordagem, dividida em três níveis, das funções a que se presta a dogmática. Um breve estudo sobre a conformação das estruturas penais ao modelo dominante de ciência penal também será elaborado, com vistas a desmistificar a crença de ser, o sistema penal, fonte que gera repressão com exclusividade. Por fim, serão feitas considerações sobre a seletividade do controle penal, pretendendo-se demonstrar que o princípio que garante a aplicação da lei penal a todos, indiscriminadamente, em verdade, não passa de argumento justificador, necessário ao seu emprego seletivo.

O sistema penal, com todos os instrumentos que encerra, acaba por permitir que, no seu interior, formas de discriminação, arbitrariedade e violência sejam garantidas e legitimadas, o que se obtêm com o consentimento expresso ou tácito de uma maioria considerável da população, utilizando-se, para tanto, de mecanismos insinuosos, encobridores da verdade.

A dogmática penal, por constituir parte desse manancial, não foge a tal conformação: oferecer razões que concedam licença para que tais práticas ocorram, o que se dá, principalmente, em razão de sua natureza acrítica. As funções que a dogmática se propõe e que assevera cumprir, terminam por propiciar, unicamente, a legitimação do sistema penal e, por via de conseqüência, da forma como se tem elaborado a repressão, cujo ingrediente mais comum é representado pela total afronta às formas de igualdade, segurança e racionalidade que seu discurso pretende operacionalizar.

2. O modelo dogmático penal hegemônico

Percebe-se, atualmente, com bastante nitidez, duas orientações a instruir a ciência do direito penal: a *criminológica* e a *jurídico-dogmática*. Conforme Francisco Muñoz Conde, "a orientação criminológica se ocupa do delito como fenômeno social e biopsicológico, analisando suas causas e propondo remédios para evitá-lo. A orientação jurídica estuda o delito como um fenômeno jurídico, regulado e previsto por normas jurídicas que se hão de interpretar e aplicar."[1]

Enquanto a orientação criminológica utiliza métodos sociológicos ou antropológicos, segundo o caráter social ou individual de seu enfoque, ou de ambos conjuntamente, a jurídica tem por método o técnico-jurídico ou dogmático, interpretando e sistematizando normas jurídicas que digam respeito ao delito e às suas conseqüências.

Não obstante o pensamento criminológico demonstrar-se como mais apto a instruir procedimentos na área penal, o paradigma dogmático de ciência jurídico-penal permanece dominando a produção de conhecimento. Foi no século XIX que a dogmática jurídica alcançou sua projeção, quando – por não poder ser diferente em face do contexto histórico e ideológico predominante à época – foi impregnada do ideal científico do positivismo, tornando-se sua tributária.

A dogmática jurídica, conforme tarefa que lhe foi outorgada, há que prover o instrumental conceitual adequado e necessário, para que as decisões programáticas do legislador sejam convertidas em decisões programadas do juiz. Também, a dogmática contribui como fator importante na formação profissional do magistrado e dos quadros que atuam em outros setores do sistema. Além disto, influi diretamente sobre a legislação penal, ofertando as categorias lógicas que deveriam contribuir para a racionalização das decisões.[2]

(1) CONDE, Francisco Muñoz. *Introduccion al derecho penal*, p. 101.

(2) BARATTA, Alessandro. *Criminologia e dogmática penal*, p. 45.

No que se refere à função voltada para o judiciário, o que se vê é que o campo de ação da dogmática encontra-se totalmente limitado. Os instrumentos de que dispõe, para cumprir a tarefa de orientar e racionalizar as decisões judiciais, não são suficientes para atender a totalidade, nem sequer a grande parte, das variáveis que incidem nas decisões tomadas pelo judiciário. "A maioria das regras derivadas de fatores como o comportamento e a socialização do juiz penal, regras que encontram expressão em seus prejulgamentos e estereótipos, escapam da competência da ciência jurídico-penal. Igualmente escapam a ela outras condições da aplicação da lei que não dependem da consciência individual dos juizes, mas que influem de maneira não menos intensa em sua atividade decisória, como, por exemplo, os processos de influência derivados da estrutura organizacional e comunicativa do aparato judicial.[3]

Por ser formulação vinculada à concepção positivista de ciência, a dogmática, muito embora permaneça íntegra no conduzir de sua tarefa (prover instrumental conceitual adequado e necessário para garantir a segurança jurídica), nas ocasiões em que consegue ultimá-la, pouca ou nenhuma mudança ocorre na ordem social. E isso se dá porque encontra-se totalmente atrelada a um âmbito restrito de mobilização, operando, única e exclusivamente, com conceitos já elaborados. Além disto, a lei – que se constitui em seu objeto de investigação – é absorvida como dogma, cerceando, fulminantemente, toda e qualquer possibilidade de crítica. Percebe-se, também, que a produção legislativa é elaborada conforme interesses específicos de grupos hegemônicos, e não de acordo com aspirações sociais mais amplas.

O direito penal, que se constitui no campo de investigação da dogmática penal, "é, como todos os demais campos do direito, não somente o resultado concreto de uma mediação, mas, também, do conflito entre interesses materiais e, não muito raramente, da preponderância dos interesses particulares de grupos poderosos sobre os interesses gerais. (...) Quanto mais direto e decisivo seja o peso dos grupos de interesse no momento de elaborar as leis penais – efeito que conseguem utilizando os múltiplos canais que encontram à sua disposição – maior será a impotência da instância científica e maior o grau ao qual resulta reduzida, desempenhando um papel instrumental na preparação de elementos técnico-jurídicos, sendo excluída da eleição das metas finais."[4]

Todo esse processo culmina por transformar a dogmática penal numa "ciência" do controle social,[5] porque reproduz um sistema de poder. Tal ocorre, exata-

(3) BARATTA, Op. cit., p. 52.

(4) BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 53-54.

(5) O termo "controle social" é aqui utilizado na acepção pejorativa, querendo indicar o controle que se faz *da* e não *pela* sociedade. Difere, portanto, do que Roberto Bergalli denomina de perspectiva crítica, na qual o controle social "pode ser concebido como um compromisso valorativo que repousa sobre dois elementos: a redução da coerção, ainda que reconheça a subsistência de elementos irredutíveis de coerção em um sistema de legitimidade política, e a eliminação da miséria humana,

mente, em função da natureza do modelo hegemônico de dogmática jurídico-penal, no qual não se questiona a justeza da lei, mas tão-somente a existência dela, possibilitando a sua manipulação por aqueles cujas mudanças não lhes interessam, o que a transforma, de acordo com Vera Regina Pereira de Andrade, em "reprodução institucional e oficial acrítica."

A estreita vinculação tradicionalmente existente entre dogmática e direito positivo conduz à qualificação da dogmática jurídico-penal como reacionária. "Com efeito, a própria expressão *Dogmática*, de conotações teológicas, pode ter sua origem na consideração dos preceitos do Direito positivo como 'dogmas', frente aos quais não caberia adotar uma postura discrepante. De conformidade com isso resulta natural que, nas concepções do positivismo formalista, a função essencial da dogmática apareça constituída *pela interpretação e sistematização* das *proposições* do direito penal positivo, enquanto que a 'crítica', ainda que mencionada junto às outras duas funções, não constituía, em realidade, um momento próprio do método dogmático. Isso, com efeito, responderia perfeitamente ao modelo positivista, para o qual o valorativo, quer dizer, as decisões políticas, deveriam ficar reservadas ao poder legislativo, enquanto ao poder judiciário (e, por suposto, ao jurista teórico) corresponderia, em essência, uma atitude meramente cognoscitiva das leis: segundo tal concepção, a 'obtenção do Direito aplicável' tem lugar mediante um procedimento dedutível – a submissão – de base genuinamente objetiva, no qual não se vêm implicados fatores subjetivos do jurista. Sem dúvida, a própria evolução dogmática ao longo do século XX tem colocado de manifesto que as coisas não são tão claras como aquele esquema pretendia. Ao contrário, tem-se mostrado que a tarefa dogmática requer decisões e tomadas de posição, por parte do jurista, que não têm cabimento no simplismo da concepção positivista clássica. Isso tem gerado um novo estado de opinião. Assim, pode-se assinalar que, na atualidade, a tese segundo a qual o objeto da dogmática aparece representado de modo essencial pelo direito positivo encontra-se em momento de decidida superação".[6] A melhor tradição jurídica européia indica que a mera exegese lógico-literal das leis encontra-se ultrapassada, devendo, o objeto central da reflexão dogmática jurídico-penal, ser buscado para além dos textos legais de um determinado Direito positivo nacional.

O modelo de dogmática jurídico-penal que continua sendo aplicado, não obstante, tem por função declarada "garantir a maior uniformização e previsibilidade (certeza) possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do direito que, subtraída à arbitrariedade,

embora isso também imponha reconhecer a persistência de um certo grau de desigualdade. Deve-se, assim mesmo, mencionar um terceiro elemento, que é o compromisso de redefinir as metas sociais com o fim de incrementar o papel da racionalidade, se bem que essa deveria ser considerada inerente aos dois primeiros." *Controle social*, p. 33.

(6) SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 103-104.

garante essencialmente a segurança jurídica."[7] E tal, segundo esse modelo, dar-se-ia a partir da exegese das normas penais elaboradas pelo legislador, que seriam explicadas por meio de sua conexão interna, desenvolvendo-se, assim, um sistema de conceitos que deveriam resultar congruentes com as normas, apto a persuadir seus destinatários de que essa é a única forma capaz de evitar o acaso c a arbitrariedade das decisões.[8]

Se por um lado a dogmática jurídico-penal serviu para dar uma roupagem garantista/racionalizadora à ciência do direito penal, num outro sentido houve um total esvaziamento das funções a que se propôs, quando, operando como uma instância do sistema (e não como uma teoria científica sobre este), forneceu significativa contribuição, tanto para a sua racionalização, quanto, e, sobretudo, para a sua legitimação.[9] Enquanto se obtiver sucesso no disseminar a crença de que a dogmática penal racionaliza conceitos e, assim, garante aplicações mais justas do direito penal, estará, ela, cumprindo função não declarada: justificação e legitimação do controle penal.

Vê-se, portanto, uma significativa diferença entre o desiderato expresso pela dogmática (servir como instrumento de racionalização do direito penal e garantia da segurança jurídica) e o que, realmente, resta efetivando (controlar o sistema penal e legitimar esse controle). Toda essa discussão insere-se na existência de diferentes níveis por meio dos quais pode a dogmática atuar, assunto a ser sistematizado no próximo item.

3. Os diferentes níveis de função da dogmática jurídico-penal

De acordo com Vera Regina Pereira de Andrade, três são os níveis de atuação da dogmática jurídico-penal:

a) instrumento por meio do qual o controle penal é realizado, o que corresponde à *função instrumental*;

(7) ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica*, p. 79.

(8) CONDE, Francisco Muñoz. *Introduccion al derecho penal*, p. 118. De acordo com Rosa Maria Cardoso da Cunha, "conceitos como os de tipicidade, causas de justificação, exculpantes, ou princípios como os da legalidade e da culpabilidade neutralizam ou evitam a discussão sobre as determinações sociais do delito, sobre a qualificação política da transgressão ou sobre as razões estruturais e de conjuntura que condicionam a pena. Os dogmáticos, o juiz, as partes, quando argumentam com esse arsenal analítico, deslocam o eixo de uma discussão efetivamente plantada nas condições de existência de uma sociedade particular e a situam no plano imaginário das teorias dogmáticas. Ora, referidas teorias afirmam que o direito positivo só pode ser cientificamente analisado mediante a descrição acrítica das normas positivas, quer dizer, por meio de uma estrutura teórica formal e invariável, expressa em conceitos universais, neutros e estritamente jurídicos." *O caráter retórico do princípio da legalidade*, p. 23.

(9) ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*, p. 302

b) instrumento de racionalização do controle penal e de garantia do indivíduo, identificado como *função racionalizadora/garantista*;

c) instrumento de justificação e de legitimação do controle penal, o que eqüivale à *função justificadora/legitimadora.*

Enquanto as duas primeiras funções se inserem no âmbito das declaradas, a última possui vinculação intrínseca com o que se apontou sobre as funções latentes.

3.1 A função instrumental

A dogmática penal constitui-se em "uma instância comunicacional, cientificamente respaldada, entre as normas penais em abstrato (programação penal) e a sua aplicação (decisões judiciais)."[10] Constitui função sua qualificar ao máximo o processo comunicacional entre ambos os níveis.

Na medida em que se consegue disseminar o entendimento de que a decisão judicial nada mais faz do que declarar o Direito, passa-se a desconsiderar todo o complexo mecanismo de interpretação da lei pelo judiciário, por meio do qual, necessariamente, insinuam-se as idiossincrasias, percepções de mundo, valores, etc.

Somente uma visão atenta a esses mecanismos propiciará que a dogmática cumpra, ainda que minimamente, sua vocação prática e técnica, qual seja, a de servir de instrumento por meio do qual o controle penal é realizado, com o que contribuirá, também, para que se cumpra a segunda das funções declaradas: *função racionalizadora/garantista.*

Essa sua função é de importância destacada, já que quanto menos desenvolvida estiver a dogmática, mais imprevisível será a decisão dos tribunais, mais dependerá de fatores aleatórios a condenação ou absolvição. Algo que, decênios atrás, havia sublinhado já Von Liszt: "quanto mais se abandonem à casuística a legislação e a ciência, tanto mais insegura e incoerente será a Administração da Justiça."[11]

3.2 A função racionalizadora/garantista

Convertendo-se em autêntica e exclusiva ciência do direito penal, a dogmática jurídica insere uma promessa de racionalização das decisões judiciais, garantidora de arestos igualitários, justos e seguros. De acordo com esse entendimento, "a lei penal (escrita, estrita, unívoca, irretroativa) é a única fonte mediata do direito penal, protegendo bens jurídicos que interessam igualmente a todos os cidadãos, no marco da neutralidade judicial e científica, conduziria não apenas à segurança jurídica, mas preservaria sua qualidade originária, arrastando

(10) ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica*, p. 78-79.

(11) Apud SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. Op. cit., p. 49.

logicamente à justiça das decisões."[12] De acordo com Jescheck, "os elementos gerais do conceito de delito, reunidos na teoria geral do mesmo, possibilitam (...) uma jurisprudência racional, objetiva e igualitária, de modo que contribuem de forma essencial a garantir a *segurança jurídica*".[13]

O discurso racionalizador/garantista contém princípios garantidores dos direitos fundamentais, em potencial. Porém, as estruturas nas quais a dogmática penal está inserida, tratam de neutralizar tais discursos, ou deixar uma margem bastante elástica de manobra, a fim de que eles sejam aplicados discricionariamente. Também, "é necessário reconhecer que sua atividade para a racionalização e gestação de igualdade exclui, por decisão própria, uma série de mecanismos que, vistos em conjunto, resultam mais adequados para a produção do efeito contrário, quer dizer, para gestar desigualdade".[14]

Assim, diversamente do que se busca disseminar, a dogmática penal opera "como uma instância *do* sistema e não como uma teoria científica *sobre* este. A sua contribuição para a racionalização do sistema é também, e sobretudo, uma contribuição para a sua legitimação. Ao colocar seu próprio saber a serviço daquela racionalização, ela avaliza e reproduz, em nome da ciência, uma imagem do sistema que é dominada por aquela racionalidade."[15] Esse discurso (racionalizador/garantista) trata, efetivamente, de caucionar, por meio dos princípios que engloba (neutralidade, igualdade etc.), a legitimação do próprio Estado, dando ensejo ao terceiro nível de atuação da dogmática jurídico-penal: função justificadora/legitimadora.

3.3 A função justificadora/legitimadora

A maior sensação de insegurança da sociedade justifica a inserção ainda maior do Estado de Direito na vida cotidiana, o que permite, até, – e essa é a preocupação fundamental – o controle de práticas privadas. A grande gama do controle social, assim, seria de responsabilidade do Estado, que, inclusive, estaria legitimado para a prática que entendesse por bem realizar para cumprir o objetivo declarado: garantir a segurança dos administrados.

O Estado necessita de consenso para se manter, sob pena de imprescindir do uso da violência, o que é bastante difícil de se conseguir e, quando obtido, sua mantença além de árdua é, no mais das vezes, efêmera. Dessa forma, muito menos laborioso seria buscar o consenso por meio da legitimação. "Pelo mesmo processo de uma legitimação legalista pelo qual o Estado moderno se legitima como Estado de Direito, o controle penal se legitima como direito penal de garantias. A

(12) ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*, p. 141.
(13) Apud SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. Op. cit., p. 44-45.
(14) BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 53.
(15) ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e controle penal*, p. 17.

dogmática penal é uma das discursividades (ciência e ideologia) centrais nesse processo legitimador."[16]

O consenso por meio da legitimação produzida por um discurso que somente apela para direitos, garantias e princípios fundamentais, é conseguido na quase totalidade de sua extensão. "Embora o principal exercício de poder do sistema penal tenha lugar sem a intervenção do órgão judicial (ao qual se limita o poder dos juristas), quando, nesse âmbito, devem ser defendidos os direitos humanos, seus defensores acabam considerando verdadeiros os pressupostos do discurso jurídico-penal que devem esgrimir e, com isso, admitem, quase sem percebê-lo, a racionalização justificadora de todo o exercício de poder do sistema penal."[17]

Aliás, mais do que isso, perdem-se no seu próprio contexto. De acordo com Léo Rosa de Andrade, "o aparato judiciário e suas peças de composição – burocratas com poder de administrar procedimentos e conferir decisões – não têm qualquer 'contato' com a sociedade em que estão – e em cujo seio não se sentem – inseridos. São lançados sobre a comunidade e cumprem uma das funções mais mistificadoras de todo o agregado de modos de dominar. É um poderoso serviço de manutenção de conveniências estatuídas, vendendo a imagem de lugar em que a justiça acontece. É tão grandemente envolvente que, mais do que suas próprias vítimas, a maioria dos seus membros, que está engajada na definição de seus processos e são seus mecanismos, ficam com uma impressão de ter sua própria soberania, ou, mais, de ser a soberania. (...) O que lhes acode, os arrazoados das sentenças – talvez suportem-lhes o pensar e o viver – são a jurisprudência 'mansa e pacífica', os textos retóricos e dogmáticos dos doutrinadores, os costumes de segmentos reacionários e as lições dos 'mestres' que dominam cursos de Direito. As questões metajurídicas embutidas nos textos legais, o sentido teleológico da legislação e seus ingredientes axiológicos subjacentes, quando não são ignorados – o contingente predominante os desconhece – são cinicamente negados. A surrada desculpa – ocasião da ignorância, ou fulcro do cinismo – é o gasto argumento de que a única função do Poder Judiciário é o estrito cumprimento da lei."[18]

O cerco, assim, começa a se fechar. O discurso de que "a lei existe para ser cumprida" – dogma para os que velam pela sua observação – foi amplamente disseminado e, além de ter encontrado guarida nas práticas daqueles que lidam com os códigos, obteve o respaldo da sociedade civil, ou seja, o consenso social.

E, ademais, esse discurso veio impregnado de um outro, no qual se afirma que a lei possui mecanismos internos – manipulados pela dogmática penal – que cumprem a função de racionalizar a lei e garantir a sua aplicação indiscriminada a todos os que nela se enquadram (função racionalizadora/garantista).

Como já se afirmou (e se apontará nos dois ítens que se seguem), as próprias estruturas repressivas são instituídas a fim de que tais funções não sejam passí-

(16) Op. cit., p. 17.

(17) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 30.

(18) ANDRADE, Léo Rosa de. *Liberdade privada e ideologia*, p. 64.

veis de operacionalização. Além do mais, vários dos princípios que informam a dogmática jurídico-penal, bem se sabe, não são respeitados. É o que se verá, a título de exemplo, com o princípio que institui a igualdade.

4. A conformação das estruturas penais ao modelo hegemônico de ciência penal

A maioria dos temas cujo enfoque esteja centrado em questões penais tem captado interesse, tanto dos setores ligados às letras jurídicas, quanto dos que delas não possuem conhecimento especializado. Isso se dá, principalmente, pelo alargamento, cada vez mais acentuado, da criminalidade.

Situações que, anteriormente, chegavam ao conhecimento das pessoas somente por meio de notícias jornalísticas, hoje, não raro, foram experenciadas. O aumento do número de crimes gera, conseqüentemente, o aumento do número de vítimas.[19]

É de ser considerada, por tais motivos, questão premente, a solução dos conflitos de ordem criminal disseminados na sociedade.

Estudos sobre maneiras de se erradicar ou, pelo menos, amenizar litígios intersubjetivos ou intercoletivos na sociedade contemporânea, tornam-se, no contexto atual, não só importantes, mas imprescindíveis, para que formas dignas de viver sejam criadas ou mantidas, conforme a situação que se analise. O que se vê, entrementes, é que pouco, ou nada se tem feito nesse sentido.

Percebe-se, também, que as estruturas penais (com suas instâncias e aparelhos repressivos), da forma que se encontram, dificilmente poderiam se prestar ao acolhimento e execução das funções a que se propõem. A estruturação do sistema penal confere, tão-somente, um instrumental para que o grau de arbitrariedades seja mais intenso, nocauteando a legalidade processual. Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni, "a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, de que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração do poder, a verticali-

[19] Não se pode negar que tenha acontecido um incremento da criminalidade. No entanto, discorda-se das teses que alardeiam tal situação, querendo incutir na população um sentimento de pavor. De acordo com Barry Glassner, "vivemos em um dos períodos mais seguros da história da humanidade, mas somos tomados por medos exagerados. Nos EUA, as taxas de criminalidade são as mais baixas em 30 anos mas o medo da violência está nas alturas." Ainda de acordo com a autor citado, "um dos paradoxos da cultura do medo é que ignoramos problemas sérios, que realmente geram perigo. O crescente abismo entre riqueza e pobreza mata muito mais do que doenças do coração, câncer ou assassinatos". *Revista da Folha*. "Você tem medo do quê?" p. 9-11.

zação social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias *não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.*"[20]

Todas as sociedades possuem uma estrutura de poder (político e econômico), variando os graus de sua centralização e de marginalização de grupos dela constituintes. "Esta 'centralização-marginalização' tece um emaranhado de múltiplas e protéicas formas de 'controle social' (influência da sociedade delimitadora do âmbito de conduta do indivíduo). Investigando a estrutura de poder explicamos o controle social e, inversamente, analisando este, esclarecemos a natureza da primeira."[21]

É necessário dimensionar ainda mais os aspectos sociais a serem observados. Como bem enfatiza Zaffaroni e Pierangeli, "para avaliar o controle social em um determinado contexto, o observador não deve deter-se no sistema penal, e menos ainda na mera letra da lei penal, mas é mister analisar a estrutura familiar (autoritária ou não), a educação (a escola, os métodos pedagógicos, o controle ideológico dos textos, a universidade, a liberdade de cátedra etc.), a medicina (...) e muitos outros aspectos que tornam complicadíssimo tecido social. Quem pretenda formar uma idéia do modelo de sociedade com que depara, esquecendo esta pluridimensionalidade do fenômeno do controle, cairá em um simplismo ilusório."[22]

Os próprios meios de comunicação compelem os espectadores à prática de determinados comportamentos, fazendo com que o público entenda as programações em geral como mera recreação, quando, em verdade, elas trazem embutida uma forma velada de controle.

O sistema penal faz parte de todo um conjunto de mecanismos, que se pode dizer de controle social, e possui duas dimensões: uma *programadora*, outra *operacional*. Enquanto a primeira define o objeto (que é a conduta delitiva) e as regras a serem utilizadas no propósito de escolher as ações e decisões a incidirem sobre o objeto, a segunda realiza a repressão penal com base na programação normativa. A dogmática jurídica se insere na dimensão programadora.

São agentes do sistema penal:

- agentes de criação: legislativo;
- agentes de aplicação: judiciário e aparelhos policiais;
- agentes de execução: executivo.

Além dos citados agentes do sistema penal, não se poderia deixar de fazer menção ao público, instância informal que ao mesmo tempo interfere nos agentes de criação e aplicação.

Vê-se, assim, que no interior do sistema penal desenvolve-se uma série de atividades exercidas por instâncias oficiais ou não, o que faz com que o direito

(20) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 15.

(21) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 61.

(22) Op. cit., p. 62.

penal não possa ser havido como um objeto que se esgota em si mesmo. Ele é um *"objeto que se realiza*, com caráter *programático."*[23]

A própria lei penal que deveria caracterizar-se por seu âmbito orientador, em verdade "opera em grande parte com uma orientação que é própria e diferente, excedendo a orientação em um sentido e, em outro, desinteressando-se do espaço demarcado, reprimindo o que o direito penal não o autoriza e deixando de reprimir o que o direito penal lhe ordena. (...) Em geral, pois, a criminalização que produz o funcionamento do sistema penal nunca coincide com a orientação e a medida que determinam abstratamente a lei penal, a ponto de nem sequer sabermos se é desejável que assim seja, porque se houvesse uma perfeita harmonia, quase ninguém deixaria de ser criminalizado, embora fosse por fatos secundários ou de escassa importância."[24]

Mais ainda: pode-se, perfeitamente, desconstituir-se todas as principais edificações que conferem ao direito penal um caráter garantista/racionalizador. É o que faz Baratta, quando afirma que:

a) "o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais nos quais estão igualmente interessados o conjunto dos cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;

b) a lei penal não é igual para todos. O *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;

c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que essas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade."[25]

O direito penal, visto dessa forma, apresenta-se tão desigual quanto outros ramos do direito burguês, sendo, diferentemente do que possa parecer à primeira vista, "o direito desigual por excelência",[26] assunto a ser abordado a seguir.

5. A seletividade do controle penal

Várias, e de gravidade diferenciada, são as ações conflitivas que se resolvem por via punitiva institucionalizada. Porém, nem todos os agentes envolvidos no conflito são submetidos a essa solução. Sua aplicação resta dirigida a uma parcela bastante reduzida e bem delineada, filtrada por meio de um processo que, quase sempre, elege os menos providos economicamente.

De acordo com Maria Lúcia Karan, "a seleção arbitrária de um ou outro autor de condutas definidas como crimes, para que, sendo preso, processado ou con-

(23) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 82.

(24) Op. cit., p. 81.

(25) BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 162.

(26) Op. cit., p. 162.

denado, seja identificado e, assim, passe a desempenhar o papel de criminoso, enquanto os demais seguem desempenhando seus papéis de cidadãos respeitadores das leis, demonstra a injustiça, que é da essência do sistema penal. (...) Além disso, isolando, estigmatizando e ainda submetendo aqueles que seleciona ao inútil e desumano sofrimento da prisão, o sistema penal faz destes selecionados pessoas mais desadaptadas ao convívio social e, conseqüentemente, mais aptas a cometer novos crimes e agressões à sociedade, funcionando, já por isso, como um alimentador da violência, o que faz da demanda de maior repressão penal uma atitude um tanto sadomasoquista."[27]

Parece impossível, em face de todo esse contexto, manter, na atualidade, o discurso que se apoia no argumento de que o direito penal constitui-se em instrumento de garantia de práticas democráticas do convívio social.

Bem se sabe, em verdade, que o delito não passa de "uma construção destinada a cumprir certa função sobre algumas pessoas e o respeito de outras, e não uma *realidade* social individualizável"[28] e que os órgãos executivos, detentores do poder repressivo, decidem quando e contra quem a põem em práticas.[29]

Dessa forma, utilizando-se das palavras de Zaffaroni, "o discurso jurídico-penal revela-se inegavelmente como falso, mas atribuir sua permanência à má-fé ou à formação autoritária seria um simplismo que apenas agregaria uma falsidade à outra. Estas explicações personalizadas e conjunturais esquecem que aqueles que se colocam em posições 'progressistas' e que se dão conta da gravidade do fenômeno também reproduzem o discurso jurídico-penal falso – uma vez que não dispõem de outra alternativa que não seja esse discurso em sua versão de 'direito penal de garantia' (ou 'liberal', se preferem) – para tentarem a defesa dos que caem nas engrenagens do sistema penal como processados, criminalizados ou vitimizados."[30]

O sistema penal, em verdade, seleciona pessoas e não ações, como também fica evidente que criminaliza a pessoas determinadas, segundo sua classe e posição social. "Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente 'vulneráveis' ao sistema penal, que costuma conduzir-se por 'estereótipos' que reco-

(27) KARAN, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*, p. 203-204.

(28) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 60.

(29) É com base nas regras da sociedade capitalista que se procede a essa seleção. Conforme, ainda, Maria Lúcia Karan, "os escolhidos para receber toda a carga de estigma, de injustiça e de violência, direta ou indiretamente provocada pelo sistema penal, são preferencial e necessariamente os membros das classes subalternas, fato facilmente constatável, no Brasil, bastando olhar para quem está preso ou para quem é vítima dos grupos de extermínio. (...) Essa desigualdade, tão facilmente constatável, é, no entanto, encoberta por uma propaganda tão enganosa e eficaz, que, apesar disso, consegue 'vender' a idéia da solução penal como alguma coisa desejável, até mesmo para os setores mais conscientes e progressistas." *De crimes, penas e fantasias*, p. 206-207.

(30) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 13/14.

lhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contara com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades como permanentes suspeitos incrementa a *estigmatização* social do criminalizado",[31] dando origem, inclusive, ao fenômeno denominado delinqüência secundária.

Vê-se, portanto, que formas desviantes de comportamento muitas vezes são resultantes de ações desenvolvidas por meio das mesmas agências que foram criadas para inibi-las. Os agentes estatais que lidam com pessoas ou grupos com atitudes não comuns, sejam os policiais, sejam os de recuperação, tipo serviço social, concentram suas atividades em grupos específicos, criando "guetos", os quais acabam reforçando sua coesão interna e oferecendo maior resistência a investimentos que sobre eles sejam feitos. Esse isolamento pode reforçar procedimentos criminosos.

Baratta sintetiza toda essa questão quando afirma que "a criminalidade é um 'bem negativo', distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos."[32]

6. Considerações finais

A superação do modelo de dogmática penal de forte conotação positivista dá lugar a que, crescentemente, discussões de política criminal e de criminologia estejam presentes quando se trata de elaborar, interpretar, aplicar e executar a lei.

A dogmática, quando desconsidera todo esse amplo processo, passa a funcionar como instrumento da prática penal e do controle dessa mesma prática, olvidando que ela pertence ao campo conflitivo e violento do controle penal. Essa é a razão pela qual não se deve falar em aplicação neutra e científica da lei pelo judiciário. Não há um processo meramente cognoscitivo de interpretação da lei. Isso porque, *por um lado*, a interpretação vem acompanhada dos elementos que formam a personalidade e a percepção de mundo do magistrado e, *por outro*, pelo fato de que é missão do judiciário comprometer-se com os valores de justiça e equidade.

O sistema penal, por tudo o que se viu, constitui, em verdade, uma estrutura concreta de dominação, sendo que a dogmática penal, presente no seu bojo, não está alheia a essa configuração. Bem ao contrário, a dogmática penal, da forma que se apresenta atualmente, empresta colaboração acentuada para que esse estado de coisas se perpetue.

É importante, portanto estudar o efeito estigmatizante e controlador das instâncias oficiais de controle social (no meio das quais se insere a dogmática pe-

(31) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 74.

(32) BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 161.

nal), avançando-se, dessa forma, no estudo das técnicas de manipulação ideológica dos indivíduos, a fim de que se dê lugar a uma dogmática comprometida, mais do que com a lei, com os valores, princípios e garantias que o Estado social e democrático de Direito, conformado pela Constituição, estabelece.

Bibliografia

ANDRADE, Léo Rosa de. *Liberdade privada e ideologia*. São Paulo : Acadêmica. 1993.

ANDRADE, Vera Regina. *Dogmática jurídica: escorço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996.

———. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

———. *Dogmática e controle penal: em busca da 'segurança jurídica' prometida*. Inédito.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro : Revan, 1997.

———. "Criminologia e dogmática penal: passado e futuro do modelo integral de a ciência penal". MIR PUIG, Santiago *et al. Política criminal e reforma do direito penal*. Bogotá : Temis, 1982.

BERGALLI, Roberto. "Controle social: suas origens conceituais e usos instrumentais". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo : v. 1, n. 3, p. 31-38, jul./set. 1993.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Trad. de Ester Kosovski. Rio de Janeiro : Forense, 1983.

COHEN, Stanley. *Visiones de controle penal*. Trad. de Elena Larrauri. Barcelona : PPU, 1988.

CONDE, Francisco Muñoz. *Introduccion al derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1975.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*: ou como a lei penal retroage em prejuízo do acusado; a lei escrita não é a única fonte do direito penal; existe analogia *in malam partem*; as palavras da lei penal são vagas e ambíguas. Porto Alegre : Síntese, 1979.

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminágena*. Coimbra : Coimbra, 1984.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. de Lígia M. Podé Vassalo. Petrópolis : Vozes, 1977.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 3. ed. São Paulo : RT, 1994.

KARAN, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed. Rio de Janeiro : Luam, 1993.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O Crime e a pena na atualidade*. São Paulo : RT, 1983.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona : Bosch, 1992.

TAYLOR, Ian, WALTON, Paul, YOUNG, Jack. *Criminologia crítica*. Trad. de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro : Graal, 1980.

Revista da Folha. "Você tem medo do quê?" 7 nov. 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro : Revan, 1989.

———. *Manual de direito penal: parte geral*. Buenos Aires : Ediar, 1987.

———. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo : RT, 1997.

2.3

A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO DIREITO PENAL[1]

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Criação de um risco não permitido: 2.1 Risco permitido; 2.2 Exclusão da imputação no caso da diminuição de risco; 2.3 A exclusão da imputação se falta a criação do perigo; 2.4 O princípio da confiança; 2.5 A proibição de regresso – 3. A realização do risco não permitido: 3.1 A exclusão da imputação se falta a realização do perigo; 3.2 A exclusão da imputação se falta a realização do risco não permitido; 3.3 A exclusão da imputação em caso de resultados que não estão cobertos pelo fim de proteção da norma de cuidado; 3.4 Conduta alternativa conforme ao direito e teoria do incremento de risco.

Resumo: Na evolução da ciência penal, questão de grande relevância é o estudo do nexo causal. As teorias que nos foram apresentadas, tanto no direito positivo como pela doutrina, não são suficientes para solucionar todos os problemas existentes.

É nesse sentido, com o objetivo de corrigir os vícios informados pela teoria da equivalência das condições (teoria da *conditio sine qua non*), que foi estabelecida a teoria da imputação objetiva, de grande repercussão, inicialmente, na Alemanha e, atualmente, em toda a Europa. Este é o objetivo deste pequeno ensaio, em que se apresenta a idéia básica dessa nova teoria a respeito do nexo causal.

Palavras-chave: Dogmática jurídico-penal – Tipicidade – Causalidade.

1. Introdução

A teoria da imputação objetiva impõe-se cada vez mais na doutrina estrangeira. Nesse pequeno trabalho, procuramos apenas demonstrar alguns pontos dessa teoria que, na Alemanha, segue em constante desenvolvimento. Teoria que conduz a um filtro objetivo para a imputação de um resultado. Como não existe

(1) O presente trabalho teve sua origem numa exposição apresentada pelo autor em janeiro de 1999 no curso de doutorado "La protección jurídico-penal del medio ambiente en el ordenamiento español, coordenado pelos Profs. Drs. Agustín Jorge Barreiro e Manuel Cancio Meliá, na Universidad Autónoma de Madrid. Não posso deixar de agradecer especialmente ao Prof. Cancio Meliá, responsável direto pela orientação.

acordo na doutrina, pretendemos, de modo simples, trazer alguns pontos fundamentais dessa teoria, sem aprofundá-los.

Segundo Roxin, a dogmática antiga partia da base de que com a causalidade da conduta do autor, a respeito do resultado, cumpria-se o tipo objetivo. E nos casos em que parecia inadequada a punição, tentava-se excluir a pena nos delitos comissivos dolosos, negando-se o dolo. Assim, podemos encontrar inclusive em Welzel o "exemplo freqüentemente utilizado" de que alguém, "ao começar uma tempestade, envia outro ao bosque com a esperança de que lhe mate um raio". Se, contra toda a probabilidade se produz efetivamente esse resultado, segundo a teoria da equivalência não se pode duvidar que há causalidade naquele que deu o conselho; mas se com isso se considera realizado o tipo objetivo, somente se pode elidir o castigo negando o dolo. E isso é o que efetivamente faz Welzel, ao opinar que nesse caso, no sujeito "detrás", há certamente uma esperança ou um desejo, mas não a vontade com poder de influência real no ocorrido que exige dolo. Entretanto, essa não é uma fundamentação convincente: pois é indiscutível que o autor subjetivamente queria exatamente aquilo que produziu objetivamente; e a planificação e o curso real coincidem entre si. Se apesar disso não consideramos correta a punição, isso se deve de modo primário ao caráter objetivamente causal do ocorrido. Se uma causação de morte é puramente causal, e não se discute já objetivamente como homicídio em sentido jurídico, é porque um dolo tendente a isso não é um dolo homicida, senão dirigido a algo impune.[2]

Algo similar ocorre no caso em manual de que "A" dispara contra "B" com dolo homicida e este só sofre uma lesão leve e vai a um hospital para receber tratamento, mas perece num incêndio que se produz no mesmo. Existe acordo unânime em que em constelações como essa só se pode aceitar uma tentativa de homicídio. Entretanto, quando a jurisprudência e a doutrina fundamentam o caso aduzindo que falta o dolo homicida, porque esse deve estender-se ao curso causal concreto, volta a passar sem razão o problema para a parte subjetiva; pois a morte pelo incêndio do hospital, já no plano objetivo, não se pode afirmar como obra de "A", de modo que a consumação do fato não fracassa só pela falta de dolo. E como a tentativa, que em todo caso há que afirmar que ocorre, também pressupõe um dolo homicida, só se pode negar o dolo a respeito do concreto resultado homicida se a causação de morte, tal como se desenvolveu, já não se considera como uma "ação de matar" no sentido do tipo. Isso é uma questão de imputação objetiva e não um problema de dolo.[3]

A dogmática mais recente acolheu os pontos de vista que oferecem as teorias da adequação e da relevância para a restrição da responsabilidade jurídico-penal e, com ajuda de ulteriores argumentos, desenvolveu uma teoria da imputação objetiva, que, se bem todavia não foi formulada de forma acabada, já revela que

(2) ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general.* Trad. y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madri : Civitas, 1997. t. I, p. 362.

(3) ROXIN, Claus. p. 362-363.

grupos de casos devem contemplar-se e que critérios devem guiar sua solução.[4] O fundamento da teoria da imputação objetiva é a observação, deduzida da essência da norma jurídico-penal, que se encontra também na base da teoria da adequação: só é objetivamente imputável um resultado causado por uma ação humana (no sentido da teoria da condição), quando *dita ação criou um perigo juridicamente desaprovado que se realizou no resultado típico.*[5]

Essa teoria reconhece as suas origens na teoria da relevância, e seu ponto de partida é a substituição da relação de causalidade, como único fundamento da realização entre a ação e o resultado, por outra relação elaborada sobre a base de considerações jurídicas e não naturais. Nesse ponto, a verificação de causalidade natural será um limite mínimo, mas não suficiente para a atribuição de um resultado.[6]

Roxin, quem sem dúvida é o máximo representante de uma perspectiva da imputação objetiva vinculada ao "principio do risco", sintetiza o estágio de evolução dessa teoria – e, ao mesmo tempo, o conteúdo desse princípio – do seguinte modo: "um resultado causado pelo sujeito que atua somente deve ser imputado ao causante como sua obra e somente cumpre o tipo objetivo quando o comportamento do autor criou um risco não permitido para o objeto da ação: 1) quando o risco se realizou no resultado concreto 2) e quando o resultado se encontra dentro do alcance do tipo 3).[7] Cabe estimar que essa também é a perspectiva que adota a doutrina atualmente majoritária tanto na Alemanha como na Espanha:[8] com efeito, a teoria da imputação objetiva se conecta habitualmente com a questão da atribuição de um resultado à conduta do autor.

(4) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal – Parte general.* Trad. de S. Mir Muig y F. Muñoz Conde, Barcelona : Bosch, v. I, p. 389.

(5) Idem, ibidem, CUELLO CONTRERAS, Joaquin. *El derecho penal español – Parte general, nociones introductorias, teoria de delito* 1, 2. ed., Madri : Civitas, p. 443 *et seq.*; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal.* Bosch, 1998. p. 53 *et seq.*

(6) BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal – Parte general.* 4. ed., Akal, p. 188.

(7) ROXIN, Chengchi. "Law Review 59 (1994)", p. 221 *et seq.* CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., p. 58.

(8) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho penal de la circulación.* p. 36 et seq.; CUELLO CONTRERAS, op. cit., p. 488 et seq., CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., p. 57 *et seq.*, citando vários autores, traça uma panorâmica básica dos distintos elementos que foram utilizados para alcançar a definição da imputação objetiva de Roxin. Um dos primeiros âmbitos da aplicação da teoria da imputação objetiva se constituem nos chamados "comportamentos alternativos ajustados ao direito", referidos a casos nos quais o resultado se produziria igualmente ainda que o autor adotasse um comportamento conforme ao dever. Gimbernat Ordeig propôs para a solução desses casos a utilização do critério do "fim de proteção da norma". De acordo com o mesmo, se o resultado produzido pelo comportamento não é um dos que se queria evitar com o estabelecimento do dever derivado da norma de cuidado, o autor estará isento de responsabilidade. Roxin, pelo contrário, elaborou para esses casos a doutrina do "incremento do risco", conforme a qual o decisivo é determinar se a conduta do autor gerou um risco acima do permitido.

Para Martínez Escamilla, o objeto da teoria da imputação objetiva é o nexo objetivo que deve existir entre a ação e o resultado para que se possa afirmar a responsabilidade do autor pela lesão do bem jurídico. A imputação objetiva

> Mas além dessas constelações de casos, se propôs a utilizar como critério geral de imputação, no âmbito do delito imprudente, o critério do fim de proteção da norma antes mencionado. Esse operaria em substituição da idéia de previsibilidade objetiva. Sua aplicação pretendia evitar as dificuldades que apresenta o juízo de previsibilidade, e permitir determinar de modo mais correto se concorre a necessária relação de antijuridicidade entre a lesão do dever de cuidado e o resultado lesivo.
>
> Essas primeiras aproximações cristalizaram-se numa construção de conjunto, levada a cabo sobretudo por Roxin e consistente na elaboração de uma série de critérios normativos situados num mesmo marco sistemático. O denominador comum desses critérios, desde essa perspectiva, no "princípio do risco" antes mencionado, de acordo com o qual, partindo do resultado, a questão estriba em determinar se a conduta do autor criou ou não um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico em relação com dito resultado. Sobre essa base, Roxin propôs os seguintes parâmetros concretos para determinar o juízo de imputação objetiva do resultado: a) a diminuição do risco; b) a criação ou não de um risco juridicamente relevante; c) o incremento ou falta de aumento do risco permitido e d) a esfera de proteção da norma. A idéia da diminuição de risco, válida segundo Roxin para todos os casos nos quais se modera pela conduta de um sujeito um acontecido que comportaria um dano mais grave, exige a exclusão da imputação apesar da relevância causal da intervenção. No âmbito da criação ou falta de criação de um risco juridicamente relevante, Roxin incluiu, por um lado, casos de irrelevância do risco, e, por outro, diversas constelações agrupadas em torno das chamadas "desviações do curso causal". Roxin seguiu reservando o incremento do risco para a problemática dos comportamentos alternativos ajustados ao Direito, conforme os critérios por ele desenvolvidos já com anterioridade; por último, recorreu ao fim de proteção da norma, como critério destinado, basicamente, a abarcar casos de danos sobrevindos posteriormente, casos nos quais se produz um segundo dano, e, precisamente, casos de provocação de acidentes de salvamentos arriscados e de favorecimento de "autopuestas" em perigo.
>
> Nesse contexto, a expressão "fim de proteção da norma" estava sendo utilizada com duas distintas acepções. Por uma parte, o critério vinha sendo referido ao alcance que tinha a "norma objetiva de cuidado" dos delitos imprudentes – sentido original no que a empregaram, por exemplo, Gimbernat Ordeig y Rudolphi –; por outra, o fim de proteção da norma fazia referência ao alcance da norma da correspondente figura delitiva. Inicialmente, Roxin a utilizou em ambos sentidos de forma indistinta. Mais recentemente, entretanto, para evitar confusões, recorre a expressão "alcance do tipo" quando utiliza o critério na sua segunda acepção; nesse sentido, no marco do "alcance do tipo", apesar de concorrer a realização de um risco não permitido, "(...) a imputação todavia pode fracassar porque o alcance do tipo, o fim de proteção da norma típica (...) não abarca resultados das características que mostra o (resultado) que se produziu, porque o tipo não está destinado a evitar tais casos".
>
> Esses critérios propostos sobretudo por Roxin – menos o escalão do "alcance do tipo" – logo se cristalizaram na fórmula dominante citada ao princípio, segundo a qual para que um resultado seja objetivamente imputável a um comportamento causal em relação com dito resultado, é necessário que o comportamento incorpore um risco juridicamente desaprovado que seja o que se realiza no resultado.

dentro de uma perspectiva histórica, representa, em contrapartida, a situação existente sob o denominado "império do dogma causal": a tipicidade dos delitos de resultado se esgotava na relação de causalidade, a ser decidido, segundo a teoria da equivalência das condições, de tal maneira que todo comportamento pelo simples fato de haver condicionado o resultado, ainda que de forma remota ou imprevisível, merecia o qualificativo de típico. Se bem o finalismo atenuou essa situação com a introdução do injusto pessoal deixa, entretanto, intacto o tipo objetivo. Para sua afirmação, seguia bastando a comprovação do nexo causal. Nesse contexto, a teoria da imputação objetiva aparece não somente com a intenção de dar solução aos problemas concretos que surgem no marco do mencionado nexo entre ação e resultado, senão que constitui a realização, no âmbito do injusto, da atual corrente da Ciência jurídico-penal, que se denominou funcionalismo ou pensamento teleológico-racional. Essa tendência afasta o método axiomático-dedutivo inspirado em verdades ontológicas próprias do finalismo e propugna a renormativização da teoria jurídica do delito, inspirada teleologicamente nos fins do Direito Penal. Conseqüentemente, com essa colocação se afasta de forma concreta que a relação de causalidade possa decidir por si mesma quando um acontecimento, já desde um ponto de vista objetivo, é ou não relevante para o Direito Penal, empreendendo o trabalho de definir o nexo entre a ação e o resultado sobre critérios eminentemente normativos".[9]

Assim, conforme comprovada a causalidade natural, a imputação do resultado requer, ademais, verificar:[10]

1. Se a ação do autor criou um perigo juridicamente desaprovado para a produção do resultado;

2. Se o resultado produzido por dita ação é a realização do mesmo perigo (juridicamente desaprovado) criado pela ação.

Ambos juízos de partida são deduzidos da função do Direito Penal. Esse só tem por objeto ações que criam para o bem jurídico um risco maior que o autorizado e a produção de um resultado que se pudesse evitar. Disso, se pode deduzir critérios que permitem esclarecer, já no nível da tipicidade, comportamentos que são irrelevantes para o Direito Penal.[11]

(9) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado.* Edersa, 1992. p. XXIII y XXIV.

(10) Roxin, nesse sentido, afirma que: a) um resultado causado pelo agente somente se pode imputar ao tipo objetivo se a conduta do autor criou um perigo para o bem jurídico não coberto por um risco permitido e esse perigo também se realizou no resultado concreto; b) se o resultado se apresenta como realização de um perigo criado pelo autor, por regra geral, é imputável a este, de modo que se cumpre o tipo objetivo. Mas, não obstante, excepcionalmente pode desaparecer a imputação se o alcance do tipo não abarca a evitação de tais perigos e suas repercuções. ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general.* Trad. y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madri: Civitas, 1997. t. I, p. 373.

(11) BACIGALUPO, Enrique, Op. cit., p. 188.

Como é certo, nem toda criação de um risco de resultado pode ser objeto de uma proibição do Direito Penal, pois isso significaria uma limitação intolerável da liberdade de ação. Por isso, existem *riscos permitidos*, que excluem a tipicidade da conduta que os cria, ainda que daqueles se possa derivar um resultado típico. Exemplo: o motorista que dirige seu carro dentro dos limites de velocidade e com respeito as regras de trânsito, ainda assim, cria um perigo, porém, permitido. Se, como conseqüência disso, atropela um pedestre que inesperadamente cruza por um lugar não autorizado e esse resulta com lesões (resultado do delito do art. 129, CP), não haverá dúvidas de que o motorista causou o resultado, pois se o motorista não tivesse circulado por esse lugar não haveria produzido o mesmo, mas, esse resultado não será objetivamente imputável ao motorista.[12]

Os princípios da imputação objetiva surgem em primeiro lugar do *fim do Direito Penal*, de garantir expectativas normativas. Desde esse ponto se deduz que as *condutas socialmente adequadas*, é dizer, que se desenvolvem dentro da ordem social,[13] não podem ser alcançadas pelo tipo penal ou, com outras palavras, nunca serão típicas. Do fim do direito penal se deduzem especialmente os critérios do *risco permitido*, o *princípio da confiança*, a *proibição de regresso*, e a *comissão em posição de garante*.[14] A outra fonte dos princípios da imputação objetiva concerne a realização do risco criado pela ação no resultado produzido e provém da estrutura dos tipos de resultado, que requerem, que só o resultado que seja a realização do perigo criado pela ação, dê lugar a consumação do delito.[15]

Assim, é necessário sublinhar que a seqüência da comprovação da imputação objetiva requer que em primeiro lugar se estabeleça uma relação de causalidade entre um resultado típico e uma determinada ação. Em seguida, deve-se verificar: 1.º) se esta ação *no momento de sua execução* constituía um perigo juridicamente desaprovado (se era socialmente inadequada) e 2.º) se esse perigo é o que se realizou no resultado típico produzido.[16]

(12) BACIGALUPO, Enrique, Op. cit., p. 189; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conduta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. J. M. Bosch Editor, 1998. p. 53.

(13) Nesse ponto, deve-se estudar a teoria da adequação social desenvolvida por Welzel, que difere da imputação objetiva. Para esse autor a adequação social é a "interpretação de sentido dos tipos", conforme a qual ficam excluídas do "conceito de injusto (...) todas as ações que se localizem funcionalmente dentro da ordem historicamente gerada". Tão só com a adequação social se entra "no âmbito do tipo, (...) nas regiões do injusto tipificado", WELZEL, Hans, "ZStW 58 (1939)", p. 259, CANCIO MELIA, Manuel, op. cit., p. 76.; Para aprofundar: CANCIO MELIÁ, Manuel, "La teoría de la adecuación social en Welzel", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, t. XLVI, fasc. II, mayo-agosto, 1993. p. 697 *et seq.*

(14) JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general – Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo, Marcial Pons, 1997. p. 243 *et seq.*; BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 189.

(15) JAKOBS, Günther, op. cit., p. 243 *et seq.*; REYES ALVARADO, Yesed, *Imputación objetiva*. Temis, 1994. p. 50 *et seq.*

(16) BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 189.

Portanto, passaremos a analisar algumas hipóteses que excluem a imputação objetiva.

2. Criação de um risco não permitido

2.1 Risco permitido

Compreende-se por risco permitido uma conduta que cria um risco juridicamente relevante, mas que de modo geral (independentemente do caso concreto) está permitida e, por isso, diferentemente das causas de justificação, exclui a imputação ao tipo objetivo.[17] Assim, a imputação objetiva se exclui quando a ação que causalmente produziu o resultado não supera os limites do risco permitido. Jakobs afirma que não é possível uma sociedade sem riscos.[18] Exemplo de risco permitido é a condução automobilística observando-se todas a regras de trânsito, pois, não se pode negar que o tráfego viário constitui um risco relevante para a vida, saúde e bens materiais, coisa que prova irrefutavelmente a estatística de acidentes.[19] Não obstante, o legislador permite o tráfego viário (com determinadas regras de cuidado) porque os interesses preponderantes são nesse sentido. Portanto, nesse âmbito, também se inclui o tráfego aéreo, fluvial, o funcionamento de instalações industriais (especialmente perigosas), as intervenções médico-curativas dentro do marco da *lex artis*, as práticas esportivas que implicam risco etc.

Normalmente, o risco permitido está normativamente regulado (por exemplo: regras de trânsito, segurança do trabalho, etc.). As regras que estão nesses regulamentos são, de todos modos, critérios orientadores para a ponderação dos limites do risco autorizado. Em todo caso, a determinação do risco permitido quando não existe uma autorização legal expressa, provém de uma *ponderação de bens*, é dizer, de um juízo pelo qual "não só é calculável a magnitude do risco, senão também a utilidade ou dano como vantagem ou perda segundo critérios juridicamente relevantes."[20]

Questão fundamental posta pela doutrina é que o risco permitido exclui a tipicidade e não é causa de justificação. Um comportamento que gera um risco permitido considera-se socialmente normal, não porque no caso concreto esteja tolerado em virtude do contexto em que se encontra, senão porque nessa configuração é aceito de modo natural.[21] Portanto, os comportamentos que criam ris-

(17) ROXIN, Claus, op. cit., p. 371; BUSTOS RAMÍREZ. *Manual de derecho penal – Parte general*. 4. ed., Barcelona: PPU, 1994. p. 320.

(18) JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá, AD-HOC, p. 44.

(19) ROXIN, Claus, p. 371/371; BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 189-190; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, op. cit., p. 125 *et seq.*

(20) JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. p. 243 *et seq.*

(21) JAKOBS, Günther. *Imputación*, p. 49. Nesse sentido, ROXIN, Claus, op. cit., p. 372.

cos permitidos não são comportamentos que devem ser justificados, pois não realizam tipo algum. Assim, aqueles comportamentos que geram riscos permitidos não têm porque estar inscritos num contexto especial para serem tolerados socialmente, senão que são tolerados de modo geral.[22] A situação é distinta no âmbito da justificação; aqui é o contexto especial que permite que se tolerem comportamentos que *per se* são perturbadores.[23]

2.2 Exclusão da imputação no caso da diminuição de risco

Já de início falta a criação de risco e, com isso, a possibilidade de imputação se o autor modifica um curso causal de tal maneira que reduz ou diminui o perigo já existente para a vítima, e, portanto, melhora a situação do objeto da ação.[24] Exemplo: quem vê como uma pedra voa perigosamente em direção a cabeça de outro e, ainda que não possa neutralizá-la, somente logra desviá-la a uma parte do corpo que é menos perigosa, apesar de sua causalidade, não comete uma lesão corporal, igualmente que tampouco comete o médico que, com suas medidas, somente pode retardar a inevitável morte de seu paciente.[25] Casos desse tipo, que não são raros, tampouco podem ser solucionados com a teoria da adequação, já que o curso causal que modifica o resultado é totalmente previsível para o autor e, muitas vezes, pretendido por ele. Entretanto, deve-se excluir a imputação do resultado porque seria absurdo proibir ações que não pioram, senão que melhoram o estado do bem jurídico protegido.[26] É certo que, segundo a doutrina tradicional, poderia solucionar-se os casos de redução ou diminuição de risco desde o ponto de vista da antijuridicidade, aceitando um estado de necessidade justificante. Mas isso pressupõe que se comece por considerar a redução do risco como lesão do bem jurídico típica de um delito e isso é precisamente o que falta.[27] Para Bacigalupo, aqueles autores que pensam que esses casos deveriam ser resolvidos no nível de justificação se vêem obrigados a estender o âmbito da tipicidade a

(22) JAKOBS, Günther. op. cit., p. 50.

(23) JAKOBS, Günther, op. cit., p. 50. Ademais, Jakobs coloca o seguinte exemplo: um motorista que dirige a uma velocidade de 69 quilômetros por hora por um lugar que está permitido e é adequado dirigir a 70 quilômetros por hora, não defrauda nenhuma expectativa, com independência da finalidade que persiga com sua viagem, mas o motorista de uma ambulância que circula pelo mesmo lugar a uma velocidade de 75 quilômetros por hora para dirigir-se ao lugar em que deve prestar seu serviço, necessita da situação de necessidade como contexto para que, de modo excepcional, seu comportamento seja tolerado (por causa do contexto).

(24) ROXIN, Claus. op. cit., p. 365; JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 389; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – Parte general*, 4. ed., PPU, 1996. p. 231 *et seq.*; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, p. 319.

(25) ROXIN, Claus. op. cit., p. 365.

(26) ROXIN, Claus. op. cit., p. 365-366.

(27) ROXIN, Claus. op. cit., p. 366; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, op. cit., p. 319.

extremos, formalmente possível, mas materialmente incompatível com o Direito Penal da liberdade.[28]

2.3 A exclusão da imputação se falta a criação do perigo

Roxin diz que se deve afastar a imputação ao tipo objetivo quando o autor certamente não diminuiu o risco de lesão ao bem jurídico, mas tampouco o aumentou de modo juridicamente considerável.[29] Para que se entenda essa hipótese, a doutrina coloca freqüentemente o mesmo exemplo, ou seja, um sobrinho, no momento que inicia uma tormenta e com a intenção de receber a herança de seu tio, envia este a um bosque com a esperança de que lhe mate um raio.[30] Nesse caso, como em outros como qualquer incitação a realizar atividades normais e juridicamente irrelevantes como passear por uma grande cidade, subir escadas, banhar-se, subir montanhas etc., não se imputa objetivamente o resultado. Inclusive, ainda que tais condutas em situações excepcionais possam dar lugar a um acidente, o Direito não toma em conta os mínimos riscos socialmente adequados que vão unidos a elas, por isso, de início, não é imputável uma causação do resultado produzida pelas mesmas. Como a provocação de uma conduta socialmente normal e geralmente não perigosa não pode estar proibida, não haverá uma ação homicida tipicamente delitiva, ainda que excepcionalmente tal atuação seja causal a respeito de uma lesão de um bem jurídico.[31]

2.4 O princípio da confiança

De acordo com esse princípio, não se imputarão objetivamente os resultados produzidos por quem obrou confiando que outros se manterão dentro dos limites do perigo permitido.[32] O princípio da confiança significa que, apesar da experiência de que outras pessoas cometem erros, se autoriza a confiar – numa medida ainda por determinar – em seu comportamento correto (entendendo-o não como acontecimento psíquico, senão como estar permitido confiar).[33] Exemplo: "A", conduzindo o seu carro, atravessa um cruzamento com o semáforo verde, sem tomar medida alguma de precaução para o caso de que algum automóvel que

(28) Op. cit., p. 191.

(29) ROXIN. op. cit., p. 366.

(30) JESCHECK, Hans-Heinrich. op. cit., p. 390.

(31) ROXIN, Claus. op. cit., p. 366-367.

(32) BACIGALUPO, Enrique. op. cit., p. 191; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, op. cit., p. 333 *et seq.*; CANCIO MELIÁ, Manuel. "La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima ("imputación a la víctima")." *Revista de derecho penal y criminologia*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2.ª época, n. 2, p. 49 *et seq.*

(33) JAKOBS, Günther. *Derecho penal.* p. 253.

circule na outra direção não respeite o semáforo vermelho que proíbe sua passagem. "B" desrespeita o semáforo vermelho e colide com o carro de "A", resultando a morte de "B". Esse resultado não se imputa a "A" objetivamente pelo efeito do princípio da confiança. Isso é assim porque não se pode imaginar que todo motorista tenha que dirigir seu carro pensando continuamente que o resto dos participantes no trânsito podem cometer imprudências ou que existem crianças ou idosos frente aos quais se deve observar um maior cuidado, se fosse assim, as vantagens que o tráfego rodado nos oferece seriam bastantes escassas. Não obstante, ainda que desenvolvido para o trânsito, o princípio de confiança pode-se aplicar em todas aquelas atividades em que concorrem distintas condutas perigosas numa mesma situação. O princípio da confiança manifesta sua eficácia naqueles casos em que com à atuação infratora de um sujeito se misturam outros participantes na atividade de que se trate, que se encontram imersos no mesmo perigo criado pela infração.[34]

2.5 A proibição de regresso

A teoria da proibição de regresso, de acordo com sua compreensão habitual, pretende recortar já no tipo objetivo (de autoria) as ampliações que a teoria da equivalência das condições introduziu no tipo objetivo dos delitos de resultado.[35] Conforme a teoria da proibição de regresso, deve-se renunciar aos resultados que se obtenham com a teoria da equivalência a respeito daquelas condições nas quais, para a produção do resultado, mediou a atuação dolosa e culpável de um terceiro. Ditas condições não cumprem nenhum tipo objetivo de autoria; por conseguinte, em caso de imprudência, sua criação é impune, e, havendo dolo, ficam abarcadas pelas ampliações do tipo de autoria: os preceitos relativos a participação.[36] Para que se entenda melhor, a teoria da proibição de regresso afirma que a intervenção culposa numa realização dolosa e plenamente responsável do tipo é impune: quem deixa um revólver carregado ou uma faca, não é responsável, segundo essa teoria, por homicídio culposo, se outra pessoa mata a um terceiro com esse elemento.[37] No Brasil, um sujeito que deixa ditos objetos, poderia responder como autor culposo do homicídio. A proibição de regresso é um critério para limitar a imputação de um resultado a certos comportamentos que podem ser causais, mas que estão fora do interesse do Direito Penal. Inicialmente sustentou-se que "não são causas as condições prévias de uma condição".

(34) CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente – Criterios de imputación del resultado*. PPU, 1989. p. 327.

(35) JAKOBS, Günther. *La prohibición de regreso en derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá, Universidade Externado de Colombia, p. 102.

(36) JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 103-104.

(37) ROXIN, Claus. *Observaciones sobre la prohibición de regreso*. Trad. Marcelo Sancinetti. *La prohibición de regreso en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, p. 151.

Em sua versão moderna, a teoria da proibição de regresso já não se formula como uma negação do caráter *causal* das "pré-condições de uma condição", dado que nesses casos a causalidade é inegável. Agora, trata-se de excluir a imputação naqueles casos em que a causa (ou a "pré-condição" no sentido de *Frank*) foi posta por alguém que não tem por que responder pelo resultado que produz diretamente um terceiro ou que é imputável a própria vítima.[38] Resumidamente, a teoria da proibição de regresso é um limite da participação criminal, ou seja, o comportamento doloso de um autor interromperia a imputação do resultado ao comportamento imprudente anterior unido causalmente com o resultado.

Os exemplos que surgem a respeito da proibição de regresso são os seguintes:

A imputação de um resultado exclui-se em relação as ações de um autor que são causais do mesmo por mediação de um terceiro *que não obra conjuntamente* com o autor. Exemplo: o vendedor legalmente autorizado de armas que vende ao autor o revólver que este utiliza para matar a outro, colocando uma condição do resultado sem a qual esse não se produziria (portanto, é causa do mesmo). Entretanto, na

(38) BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 192; para aprofundar, FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Límites de la participación criminal – Existe una "proibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?*, Comares, 1999; NAUCKE, Wolfang. *La prohibición de regreso en derecho penal*. Trad. de Manuel Cancio Meliá, Universidade Externado de Colombia, p. 15 *et seq.*, começa explicando a teoria da proibição de regresso com o seguinte exemplo extraído do Tribunal Supremo do Reich alemão (RGSt, T. 64, p. 370): um sujeito havia envenenado dolosamente a sua esposa. Havia recebido o veneno de sua amante. No processo não se pode provar contra a amante que tivesse determinado dolosamente ao marido levar a cabo o homicídio nem que lhe houvesse ajudado dolosamente na realização do mesmo. Nesse caso, a problemática da proibição de regresso praticamente se coloca por seu próprio peso. O marido deve ser condenado como autor de um homicídio doloso; segundo a lei, isto é inequívoco. Pelo contrário, é de difícil contestação a questão sobre qual é o tratamento jurídico-penal que corresponde à amante. Ela não é partícipe no fato do marido, pois os preceitos do StGB relativos a participação exigem todos eles dolo do partícipe; ela, entretanto, não atua de modo doloso. O Tribunal condenou a amante como autora de um homicídio imprudente. Essa solução é acorde a da doutrina dominante. Uma opinião divergente, entretanto, pronuncia-se contra essa condenação. Fundamentalmente, essa postura sustenta o seguinte: o decisivo é o homicídio doloso cometido pelo marido; não se pode recorrer ao atuar imprudente da amante, ainda que fosse esta quem fizesse possível o fato do esposo. Essa opinião divergente pode caracterizar-se de modo prático e breve com a palavra "proibição de regresso" introduzida por Frank. Portanto NAUCKE afirma que se está limitado a um determinado grupo de casos: parte-se do pressuposto que um autor imputável que atua dolosamente produz diretamente um resultado juridicamente proibido, utilizando ou aproveitando o comportamento imprudente de outro. O problema geral que oferece esse grupo de casos é o seguinte: o comportamento consistente em fazer possível em forma imprudente um fato doloso não é punível a título de participação; pode-se castigar esse fazer possível de modo imprudente um fato doloso como autoria imprudente?

medida em que não incumbia ao vendedor custodiar que os compradores das armas, cuja venda está autorizada, não cometam com isso delitos, *não é garante* e não cabe a imputação do resultado diretamente ocasionado por terceiro.[39]

Exemplo: alguém causa um acidente automobilístico por imprudência em que um terceiro resulta lesionado, de maneira que, no transcurso da cirurgia a que teve que se submeter, por negligência do cirurgião, morre a vítima. Aqui, ainda que o comportamento anterior seja imprudente, ficaria interrompida a imputação do resultado.[40]

Essa teoria é muito discutida e não há acordo na doutrina para a sua utilização.

3. A realização do risco não permitido

O segundo nível em que se trata a questão da imputação objetiva é o da exigência de que o risco (não permitido) criado pela ação seja o que se realiza no resultado.[41] Portanto, formam um segundo ponto essencial da discussão, característico da teoria atual da imputação, as questões em torno da realização do risco desaprovado.[42] Para a imputação de resultados típicos não basta, segundo a teoria da imputação, que alguém tenha provocado os resultados típicos de modo causal e que tenha criado, mediante sua conduta, um risco desaprovado de produção de tais resultados.[43] É necessário, ainda, que esses resultados se configurem como a realização de um risco desaprovado pelo autor.[44]

Nesse sentido, afirma Martínez Escamilla que, atualmente, praticamente toda doutrina afirma que para poder imputar um resultado a um autor não basta que sua conduta imprudente e o resultado estejam unidos por uma relação de causalidade, senão que deve existir um nexo específico entre ambos, de tal maneira que o resultado possa ser considerado a realização do risco penalmente relevante criado pelo autor, a realização que a norma infringida tinha por finalidade combater.[45]

3.1 A exclusão da imputação se falta a realização do perigo

A imputação ao tipo objetivo pressupõe que no resultado se realize precisamente o risco não permitido criado pelo autor. Por isso, está excluída a imputa-

(39) BACIGALUPO, Enrique. op. cit., p. 192.

(40) CUELLO CONTRERAS, Joaquin. op. cit., p. 474.

(41) BACIGALUPO, Enrique. op. cit., p. 195.

(42) FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. Trad. Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jáen Vallejo e Yesid Reyes Alvarado, Colex, 1995. p. 48-49.

(43) Idem, p. 49.

(44) Idem, p. 49.

(45) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. op. cit., p. 169.

ção, em primeiro lugar, se, ainda que o autor crie um perigo para o bem protegido, o resultado se produz não como efeito da realização desse perigo, senão só em conexão causal com o mesmo.[46] São os casos em que um delito doloso em um primeiro momento fica na fase da tentativa, mas, depois, acaba provocando o resultado como conseqüência de um curso causal imprevisível.[47] A doutrina coloca o seguinte exemplo: a vítima de uma tentativa de homicídio não morre no próprio atentado, mas num incêndio do hospital para o qual fora trasladada.[48] Nesse caso o autor criou certamente um perigo para a vida da vítima e também casou a sua morte; mas, como não se pode imputar a ele esse resultado porque esse não supõe a realização do perigo criado, só haverá cometido uma ação de tentativa de homicídio e não um homicídio consumado.[49] O exame de realização de perigo é prévio, de tal maneira que o curso dos fatos realmente produzido deve medir-se num segundo juízo de perigo que deve efetuar-se após a ação do autor. É dizer, que no caso do exemplo, devemos perguntar se o disparo efetuado pelo autor aumentou o perigo de uma morte num incêndio de modo juridicamente mensurável; e, a tal efeito, deve-se aplicar o mesmo critério que no primeiro juízo de perigo.[50] Pois bem, como a questão deve ser respondida negativamente – uma estância num hospital não fundamenta um perigo relevante de ser vítima de um incêndio acidental no mesmo –, deve negar-se a realização do perigo e a imputação do resultado.[51]

3.2 A exclusão da imputação se falta a realização do risco não permitido

Nos casos de risco permitido, a imputação ao tipo objetivo pressupõe que se ultrapasse o limite da autorização e com isso a criação de um perigo não permitido. Mas, assim como na criação usual de perigo, a consumação requer mais que a realização do perigo, e no caso de risco não permitido a imputabilidade do resultado depende adicionalmente de que no mesmo se realizou precisamente esse risco não permitido.[52] O caso relativamente mais simples é o de que a superação do risco permitido simplesmente não repercuta sobre o resultado em sua concreta configuração.

(46) ROXIN, Claus. op. cit., p. 373.

(47) Idem, ibidem.

(48) JAKOBS, Günther. *Derecho penal*, p. 274; ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 373.

(49) ROXIN, op. cit., p. 373.

(50) ROXIN, op. cit., p. 373-374. Para JAKOBS nesses casos a relação com o bem afetado é conforme ao Direito na medida que se expõe tais bens aos riscos usuais do tráfego viário ou da estância num edifício (hospital), pois tais riscos ou outros semelhantes não faltam inteiramente em nenhuma parte – salvo conservando os bens num museu.

(51) ROXIN, op. cit., p. 373.

(52) ROXIN, op. cit., p. 375.

Para Jakobs, tratam-se de casos em que um comportamento não é permitido sempre que não se ponha em marcha um curso causal prévio para diminuir o risco, ainda que esse curso causal não haveria surtido efeito no caso concreto.

Exemplo: o diretor de uma fábrica de pincéis subministra a suas trabalhadoras pelos de cabra chineses para a elaboração de pincéis, sem desinfetá-los previamente como estava previsto. Quatro trabalhadoras se infectam com bacilos de carbunco e morrem. Uma investigação posterior dá como resultado que o desinfetante prescrito seria ineficaz contra esse bacilo, não conhecido até esse momento na Europa.[53]

Nesse caso o autor, ao omitir a desinfeção, num juízo *ex ante* criou um grande perigo, mas o mesmo, como se comprovou posteriormente, não se realizou. Se imputássemos o resultado ao autor, castigaríamos a este por uma infração de um dever, cujo cumprimento havia sido inútil. E isso proíbe o princípio da igualdade; pois se o curso dos fatos coincide totalmente com o que se produziu mantendo-se dentro do risco permitido, tampouco se pode manejar de modo distinto a imputação do resultado. Portanto, se o fabricante tivesse dolo homicida, somente poderia ser castigado por tentativa; e no caso mais verossímil de mera imprudência se produziria a impunidade.[54]

Em outros casos, a infração do dever que ultrapassa o risco permitido certamente é causal para o resultado, mas o risco de produção do resultado não se aumentou pela superação ou excesso. Exemplo: o autor ultrapassa a velocidade máxima permitida, mas, pouco depois, volta a observar a velocidade prescrita. Então, atropela uma criança que saiu repentinamente detrás de um automóvel, colocando-se em frente ao seu carro; o acidente é objetivamente inevitável para o condutor.[55]

Em considerações como essa o acidente foi causado não só pela (permitida) condução do automóvel em si mesma, senão precisamente também por ultrapassar a velocidade máxima; pois, sem ela, o veículo não estaria nesse lugar preciso ao cruzar a criança pela rua e não sucederia nada. Pese a isso, nesse caso tampouco se realizou o risco específico que é imanente ao excesso de velocidade. Pois, por uma condução demasiadamente rápida não se aumenta o risco de que se produza um acidente numa condução novamente regular; desse modo também se pode evitar um posterior atropelamento, porque o carro passou já longe pelo potencial local do acidente. A proibição do excesso de velocidade não quer impedir que os automóveis passem num determinado momento por um determinado lugar. Portanto, o haver experimentado o risco proibido só por causalidade deu lugar ao acidente, de modo que se exclui a imputação do resultado e, para isso, não é preciso uma classe especial de comprovação da causalidade, o que muitas vezes quer a jurisprudência.[56]

O mesmo rege no caso de que se origine um acidente porque durante uma ultrapassagem proibida rompe-se uma roda do veículo que ultrapassava por cau-

(53) JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. p. 281; ROXIN, Claus. p. 375.

(54) ROXIN, Claus, op. cit., p. 375-376.

(55) ROXIN, Claus, op. cit., p. 376.

(56) ROXIN, Claus, p. 376.

sa de um defeito de material não conhecido (BGHSt 12, 79); pois nesse caso se realizou, não o perigo que radica na ultrapassagem proibida, senão uma circunstância fortuita (causal) para o motorista: ainda dirigindo corretamente, em qualquer momento a roda também poderia romper-se e causar um acidente.[57]

3.3 A exclusão da imputação em caso de resultados que não estão cobertos pelo fim de proteção da norma de cuidado

Também há casos em que a superação do risco permitido inicialmente aumentou claramente o perigo de um curso do fato que logo se produziu, mas, em que pese isso, não pôde ter lugar a imputação do resultado.[58]

Nesse passo, a imputação objetiva pode faltar, quando o *resultado fica fora do âmbito de proteção da norma* que o autor vulnerou mediante sua ação, já que em tal caso não se realiza no resultado o risco juridicamente desaprovado que criou o autor, senão outra classe de risco.[59] Afirma Luzon que para a imputação objetiva é preciso, ademais, que o resultado concretamente causado encaixe no fim de proteção ou evitação da norma, é dizer, que coincida com o tipo de causação de resultados que precisamente pretende evitar a norma proibitiva direta ou a norma de cuidado infringida; trata-se, pois, de um critério de interpretação teleológica do tipo.[60]

O critério do fim de proteção da norma pode configurar-se, em geral, como princípio regulador que pode operar em distintos níveis. Entretanto, encontra seu âmbito próprio de aplicação, como critério de imputação, na determinação da existência ou não da relação de risco.[61] A função mediata, ou última, do critério do fim de proteção da norma é a comum a todos os critérios de imputação, de raiz essencialmente de política criminal.[62] Trata-se de evitar que, pese a introdução no injusto da infração da norma de cuidado e pese a utilização de princípios reguladores, como o risco permitido, no juízo sobre o injusto típico, continuem existindo castigos que tenham claras conotações "versaristas".[63]

Jakobs menciona que são comportamentos sem procedimentos de segurança. São os casos em que o comportamento do autor não está permitido por haver

(57) ROXIN, Claus, p. 377.

(58) ROXIN, Claus, op. cit., p. 377.

(59) JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 390.

(60) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal – Parte general I.* Universitas, S.A., p. 382.

(61) CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente – criterios de imputación del resultado*, PPU, 1989. p. 571-572.

(62) Idem.

(63) Idem, ibidem.

omitido o processo de determinados procedimentos de segurança, quando, no caso concreto, sua adoção prévia não haveria incorporado, entretanto, segurança adicional alguma em razão de um defeito do próprio procedimento.[64]

A doutrina, para explicar esse caso, costuma colocar o seguinte exemplo: um dentista aplica anestesia geral a um paciente sem submetê-lo previamente ao reconhecimento de um médico, o que claramente estava indicado; por não tolerar a anestesia geral, o paciente morre; se houvesse sido consultado o médico, este também não tinha como diagnosticar a incompatibilidade existente.[65] Nesse caso, desde o princípio era reconhecível que a intervenção de um médico como mínimo retardaria os riscos de uma intervenção. Contudo, não tem sentido a imputação do resultado: o dever de consultar um médico não tem a finalidade de provocar um retardamento da intervenção e desse modo prolongar ao menos a curto prazo a vida do paciente.[66] Por isso, não se realizou o perigo que queria prevenir o preceito de cuidado infringido e aí fracassa a imputação do resultado.[67]

Roxin adverte que de todos os grupos de caso de falta de realização de risco não permitido ou, como também se formula, de falta de "nexo de risco" se pode inclusive dizer que o fim de proteção da norma não abarca a concreta forma de produção do resultado. Somente se deve ser consciente de que na realização do risco não permitido, trata-se sempre do *fim de proteção da norma de cuidado limitadora do risco permitido* (do mandato de iluminação, do dever de consultar um médico especialista etc.), e não do fim de proteção do tipo penal. Em compensação, os casos propriamente ditos de exclusão da imputação pelo fim de proteção do tipo são aqueles em que a norma típica (a proibição de matar, lesionar, danificar etc.) não abarca de antemão determinadas condutas e conseqüências. Esses casos, discutem-se aqui desde a perspectiva do "alcance do tipo", e, contra o que majoritariamente se faz, não deveriam misturar-se com os casos em que a imputação se exclui já porque o fim de proteção dos mandados de cuidado não cobre o resultado produzido.[68]

(64) JAKOBS, Günther. *Imputación*, p. 117.

(65) Idem, ibidem, ROXIN, Claus. *Derecho penal, com algumas modificações*, p. 377. Afirma-se, por exemplo, que as normas que proíbem aos condutores de automóveis executar perigosas manobras de ultrapassagem não tem como finalidade proteger aos demais condutores de infartos sofridos como conseqüência da alteração nervosa gerada por uma perigosa ultrapassagem; em conseqüência, ao condutor que de forma não regulamentar e perigosa ultrapassa a outro carro, não lhe é imputável a título de lesões pessoais o infarto que, pelo susto, sofre o condutor do veículo ultrapassado, cf. *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, volumen 2, Müchen und Berlin, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1959. p. 2320 y 2321, REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*, Temis, 1994. p. 204-205.

(66) ROXIN, Claus. p. 378.

(67) Idem, ibidem.

(68) ROXIN, Claus, op. cit., p. 378-379.

3.4 Conduta alternativa conforme ao direito e teoria do incremento do risco

Como recorda Reyes, as primeiras tentativas de trabalhar com cursos causais hipotéticos surgiram dentro da teoria da equivalência das condições por meio da fórmula da *conditio sino qua non*, mecanismo esse que foi criticado com razão, porque a multiplicidade de causas de sucessão que podiam hipoteticamente produzir o mesmo resultado, ainda quando a conduta do autor se suprimisse mentalmente, não permitiam obter resultados satisfatórios na maioria dos casos.[69] Entretanto, uma vez reconhecida amplamente a incapacidade da *conditio sino qua non*, e aceita a necessidade que o direito penal tem de diferenciar entre conceitos de causalidade e imputação, voltou a tomar importância a proposta de recorrer ao emprego de cursos causais hipotéticos, mas dessa vez como mecanismo de estabelecer se um risco desaprovado se realizou ou não no resultado; admitindo-se que não se trata já de indagar sobre um problema causal, propõe-se estabelecer uma limitação aos cursos causais hipotéticos que devem ser utilizados, de maneira tal que em lugar da conduta do acusado não teria que se incluir *qualquer outra forma* de comportamento, senão tão só aquela conduta que o autor deveria haver realizado de acordo com as exigências legais.[70]

Para Roxin o problema mais discutido em conexão com a idéia de risco se refere a questão de que se devemos imputar um resultado, quando mediante uma conduta alternativa, conforme ao Direito o mesmo seria evitado, não com segurança, senão só provavelmente ou possivelmente.[71]

A doutrina colaciona o exemplo da sentença do Tribunal Supremo Federal da Alemanha: o motorista de um caminhão quer ultrapassar a um ciclista, mas, ao fazê-lo, não guarda a distância de separação lateral regular, por acercar-se a uns 75 cm do mesmo. Durante a ultrapassagem o ciclista, que ia fortemente alcoolizado, gira a bicicleta à esquerda, por uma reação de curto-circuito provocada pelo álcool e cai sob as rodas traseiras do caminhão. Se comprova que provavelmente (variante: possivelmente) o acidente também se produziria, ainda que se houvesse guardado uma distância de separação lateral suficiente segundo as normas de trânsito.[72]

(69) REYES ALVARADO, Yesid, op. cit., p. 231.

(70) REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., p. 231-232; Cf. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. op. cit., p. 451, "o problema que estabelecem as "condutas alternativas adequadas ao direito" está intimamente relacionado com a relevância penal que se dê a evitabilidade do resultado. Esses casos foram tratados, tradicionalmente, sob a denominação de *cursos causais hipotéticos*. Comum a todos eles é a existência de uma conduta do autor que infringe o dever objetivo de cuidado junto a constatação da existência de relação causal, no sentido da teoria da equivalência das condições, entre essa conduta e o resultado. A peculiaridade de esses casos se estriba em que, *"ex post" se comprova que o resultado se produziria igualmente com uma conduta diligente do autor"*.

(71) ROXIN, Claus. p. 379; JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 391.

(72) ROXIN, Claus. *Derecho penal*. p. 379; JAKOBS. *Imputación*. p. 121.

Está amplamente aclarada a questão de que se exclui a imputação se a conduta alternativa, conforme ao Direito, conduzisse com segurança ao mesmo resultado; pois então não se realizou a superação do risco permitido no curso real do acontecimento. Em compensação, no caso do exemplo, segundo a concepção mantida por Roxin, é obrigada a imputação, porque uma condução correta haveria salvado a vida do ciclista, certo que não com segurança, mas possivelmente, e, portanto, a superação do risco por não guardar a distância de separação lateral incrementou de modo juridicamente relevante a possibilidade de um acidente mortal.[73]

Para referido autor, isso se baseia na seguinte reflexão: se, apesar de guardar a distância requerida, o ciclista morresse. Também se realizou nesse curso do fato um risco que sempre existe nas ultrapassagens; mas desse risco o motorista seria liberado pelo legislador que lhe autorizou (por guardar a distância requerida), por isso o resultado não lhe seria imputável. Se, ao contrário, o autor ultrapassa o risco permitido e se produz então o resultado como conseqüência do perigo existente na ultrapassagem, o mesmo é imputável como realização de um perigo proibido. Não existe nenhum motivo para liberar também aqui o autor do risco e absolvê-lo, pois o limite máximo de risco tolerável é traçado pela distância legal de separação lateral. E todo incremento desse risco faz recair as conseqüências sobre o autor.[74]

(73) ROXIN, Claus. p. 379.

(74) ROXIN. p. 379-380. Roxin advoga que ainda quando a conduta exigível tampouco houvesse podido evitar o resultado, esse deve ser imputado ao autor porque criou um risco que não é equiparável ao permitido, senão que o excede (ZStW 74, 1962, p. 434), em REYES ALVARADO, Yesed. Op. cit., p. 248. Dessa maneira se pretenderam solucionar casos como o do médico que havendo cometido um grave erro no desenvolvimento de uma operação, quisera defender-se com o argumento de que dada a complexidade do procedimento o paciente quiçá não sobreviveria, ainda quando a operação estivesse livre de erros; nesses casos, a tese de Roxin conduziria a condenação do médico, posto que se bem a conduta conforme ao direito provavelmente não evitaria a morte do paciente, sua conduta gerou um risco que não pode ser equiparável ao que normalmente emerge de uma intervenção cirúrgica, cf. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., p. 248. Essa afirmação de Roxin deu lugar a uma reprovação à teoria da elevação do risco já que viola o princípio do *in dubio pro reo*, enquanto propõe que quando não esteja demonstrado se a conduta conforme ao direito evitaria ou não o resultado se condene o acusado por haver estendido um risco maior que o permitido; com esse procedimento, afirma-se, estaríamos resolvendo toda a dúvida contra o acusado, cf. REYES ALVARADO, Yesid. op. cit., p. 248. Contra esta objeção, contestou-se que a proposta da teoria da elevação do risco contém dois aspectos que devem ser claramente diferenciados: de uma parte, exige-se por parte do juiz o absoluto convencimento de que a conduta do autor gerou um risco superior ao que deveria derivar-se de uma conduta conforme ao direito, de maneira que quando o funcionário judicial não possua certeza sobre a elevação do risco, deve resolver a dúvida em favor do acusado; mas, de outra parte, há oportunidades em que, estando demonstrada a elevação do risco, não existe certeza sobre se a conduta conforme ao direito evitaria com absoluta segurança a produção

O fundamento da teoria do incremento do risco baseia-se na afirmação de que a finalidade de proteção da norma de cuidado existe para reduzir o perigo de lesão do bem jurídico, quando a conduta ultrapassou a medida do risco permitido.[75] Contanto que a conduta que infringe o cuidado não produza, no caso concreto, nenhum risco maior que o que produziria a conduta adequada, com base no princípio da igualdade, afirma-se a impunidade do comportamento. Ao contrário, no caso de que a conduta infratora da norma de cuidado, em comparação com a conduta alternativa adequada aumente o risco, essa elevação não é compatível com a finalidade da norma.[76] Em conseqüência, o resultado produzido tem que ser imputado, quando possivelmente com a conduta alternativa se produziria um menor risco. Em outras palavras, para a teoria do risco haverá imputação quando a conduta imprudente, em relação com a cuidadosa, produzir um aumento do perigo para o objeto da ação.[77] Essa perspectiva, para a imputação do resultado, é suficiente para que o autor tivesse uma "reale Chance" de evitar o resultado e não o fez[78].

do resultado, sendo casos nos quais não se deve resolver em favor do acusado porque sua conduta foi geradora de um risco superior ao que normalmente deveria produzir-se. Com essa distinção, afirma-se que a teoria da elevação do risco aplica corretamente o *in dubio pro reo* aos problemas de índole pessoal, mas sem empregá-lo em campos que como o direito material são por completo alheios a dito postulado, cf. REYES ALVARADO, Yesid, op. cit., p. 248-249. Com esta resposta, surgem inevitavelmente dúvidas sobre se a teoria da elevação do risco é uma tese que busca explicar em forma autônoma a imputação objetiva, ou se refere-se tão só ao um de seus elementos, vale dizer, a criação ou a realização de um risco desaprovado. Com efeito, quando se afirma que se deve sancionar ao autor pelo fato de haver elevado o risco, independentemente de se o resultado se pudesse ou não evitar com segurança mediante uma conduta alternativa conforme ao direito, se está referindo a teoria da elevação do risco a simples criação de riscos juridicamente desaprovados, com absoluta independência da criação do risco, cf. JAKOBS, Günther, Lehrbuch, Rd 7/99, em REYES ALVARADO, Yesid. op. cit., p. 248; sobre isso não pode caber dúvida alguma, posto que se sanciona ao autor, ainda quando sua conduta conforme ao direito causasse o mesmo resultado, se está sancionando uma pessoa sem estar seguro de que foi sua conduta irregular a que gerou o resultado nocivo. E se isso é assim, se está violando claramente o princípio *in dubio pro reo*, porque se estaria imputando a alguém um resultado pelo fato de que quiçá sua conduta contrária ao direito pudesse evitá-lo, é dizer, porque talvez foi sua atuação a que produziu o resultado, cf. REYES ALVARADO, Yesid. p. 249-250.

(75) CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente – criterios de imputación del resultado*, PPU, 1989. p. 497.

(76) CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. op. cit., p. 497-498.

(77) ROXIN, ZStW 74, 1962. p. 411, em CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. op. cit., p. 498.

(78) CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. op. cit., p. 498; Cf. GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis Serrano. Teoría del delito imprudente, (Doctrina general y Regulación legal), Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1991. p. 94, "Com sua teoria

Porém, em que pese a argumentação exposta até o presente, uma parte da doutrina e da jurisprudência chega a outra conclusão. O Tribunal Supremo Federal (Alemanha) diz que: "Somente se pode aceitar que uma conduta infratora das regras de cuidado é causal a respeito de um resultado danoso se é seguro que com uma conduta correta no trânsito não se produziria o resultado". Em caso contrário, argumenta-se também na doutrina, "se não é seguro que se realizou o perigo não permitido e em virtude do princípio *in dubio pro reo* o autor deve ser absolvido".[79]

Ao aplicar-se o princípio *in dubio pro reo* a decisão é cristalina: o motorista (caso do exemplo citado) que leva a cabo a ultrapassagem, ao não manter a suficiente distância lateral, gera com seu comportamento um risco não permitido, entretanto, tal risco não está numa relação planificável com o sobressalto que por causo do ruído sofrem os ciclista ébrios, e tampouco está com o fato de que estes resultem atropelados se realizam um movimento excessivo para um dos lados; pode ser provável que as coisas ocorressem de outro modo, mas isso não está provado.[80] Por conseguinte, o motorista do caminhão não haveria de responder pela conseqüência sobrevinda, é dizer, pelo homicídio. Em favor do caminhoneiro, haveria que partir da base de que o ciclista deveria atribuir o acidente a si mesmo como conseqüência da infração de seus deveres de autoproteção: participar no trânsito apesar de sua incapacidade para conduzir.[81]

Para Roxin, as argumentações são incorretas, já que não é lícito dividir um risco em uma parte permitida e outra não permitida e averiguar separadamente para cada uma a realização do perigo. Se o autor ultrapassa o risco permitido e com isso segue incrementando o risco que precisamente ainda era tolerável, cria um risco em conjunto simplesmente proibido. E esse risco proibido em sua totalidade também se realiza se se produz o resultado; disso não cabe a menor dúvida, portanto não há campo de aplicação para o princípio *in dubio pro reo*.[82]

Para referido autor, não se pode descompor o risco num *quantum* permitido e outro proibido, e exigir uma comprovação da causalidade separada para cada um, pois é algo que se segue necessariamente do fim de proteção da norma de cuidado, que também é em outros casos tão importante para a questão de que se realizou um perigo não permitido. Com efeito, o legislador tem que insistir tam-

do incremento do risco Roxin acredita poder resolver o inconveniente que apresentava a doutrina contrária, consistente em ter que recorrer a processos causais hipotéticos (que levam em conta um comportamento alternativo correto), o que conduziria a impunidade na maioria dos delitos imprudentes, pois, com efeito, como resulta quase impossível averiguar com total segurança o que haveria ocorrido se o autor não houvesse realizado a ação contrária ao cuidado, aquele sempre poderia escudar-se em que quiçá se haveria produzido em todo caso a morte da vítima e haveria que absolvê-lo em virtude do princípio *in dubio pro reo*.

(79) ROXIN, Claus. p. 380.

(80) JAKOBS, Günther. *Imputación*. p. 121.

(81) Idem, ibidem.

(82) ROXIN, Claus. p. 380.

bém no cumprimento da norma de cuidado precisamente ali onde sua observância aumenta claramente a possibilidade de salvaguarda do bem jurídico, mas não a garante com absoluta segurança.[83]

Jakobs, criticando a teoria do incremento do risco, diz que é incorreta a tese fundamental segundo a qual não se pode fracionar um risco numa parte permitida e outra não permitida, senão que, ao contrário, o autor "cria um risco simplesmente proibido em seu conjunto" ao superar o risco permitido e "seguir incrementando o risco que justamente ainda era tolerável" (Roxin, AT, 11/74). Precisamente, essa perspectiva não é certa, e, se quiséssemos tomar como base, isso excluiria que se pudesse negar a responsabilidade do autor quando se provasse que foi o risco da vida que se realizou, pois se a superação do risco permitido criasse um "risco simplesmente proibido *em seu conjunto*", junto a esse risco não existiria nenhum tipo de risco da vida: essa seria a idéia do *versari in re illicita*. Frente a isso, a graça da orientação social atual está precisamente em que há uma distinção entre as conseqüências planificáveis de um comportamento e os meros traspasses de riscos vitais que excluem o planejamento e nada aportam para a orientação.[84]

Portanto, a conclusão de Jakobs é de que a necessária aplicação do princípio *in dubio pro reo* deve conduzir a absolvição inclusive nos casos limites de extrema falta de cuidado, sendo pouco provável a explicação por meio de outro risco; mas não porque não concorra um comportamento desaprovado, senão porque não está provado que o resultado possa ser atribuído ao comportamento.[85] Enquanto todas as tentativas culposas, ainda as extremamente descuidadas, permaneçam impunes, não há nenhuma razão de converter artificialmente esse âmbito em algo especial. O que pode resultar perturbador no âmbito da imprudência é a intensa dependência da punibilidade com o resultado, é dizer, com a consumação, mas essa dependência é um problema geral e não pode ser resolvida com um ponto de partida concreto; tendo em conta, ademais, que esse ponto de partida conduz simultaneamente, e de modo desbordante, a ter que castigar, inclusive em caso de ser mínima, a imprudência e provavelmente a explicação do resultado por meio de outro risco.[86]

(83) ROXIN, Claus. p. 380-381.

(84) JAKOBS, Günther. *Imputación*. p. 124-125.

(85) JAKOBS, Günther. *Imputación*. p. 125. No mesmo sentido, GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis Serrano, op. cit., p. 95, quando afirma que "a teoria do incremento do risco é criticável, ademais das razões processuais, já que vulnera o princípio *in dubio pro reo*, por razões de direito material: Que grau de probabilidade se requer para falar de um aumento do risco, em relação com o processo causal em que não houvesse descuido? Em realidade, somente se pode eleger entre duas possibilidades relevantes: ou há certeza de que a conduta correta haveria evitado o resultado ou não há, e em caso de dúvida o critério de favorecer ao acusado parece decisivo.

(86) JAKOBS, Günther. *Imputación*. p. 125; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, op. cit., p. 386, com uma posição similar afirma que o critério do incremento do risco não parece correto, pois o decisivo deve ser se o resultado encaixa ou não no fim da norma por realizar o risco típico inicial – maior por certo que o permitido – da ação; e se o concreto resultado não guarda relação com essa perigosidade inicial, que é

Com esse breve estudo, procuramos desenvolver alguns pontos que seguem sendo discutidos e aplicados na doutrina estrangeira. Porém, como se pode extrair do texto, em vários deles, não há acordo na doutrina. De qualquer modo, fica lançada a semente para que se comece a pensar nos novos parâmetros a que conduz essa teoria.

o que ocorrerá na maioria dos casos desses cursos causais hipotéticos, não haverá imputação objetiva. Por certo que será preciso que haja segurança ou ao menos uma grande probabilidade de que o resultado também se produziria com a conduta correta para poder afirmar, com certeza ou em virtude do *in dubio pro reo*, que o resultado não é precisamente a realização do perigo inerente à ação incorreta sem que baste uma certa possibilidade de que também o causaria a conduta correta.

2.4

DIREITO E SOFRIMENTO MENTAL*

DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR

Resumo: O artigo trata da legislação sobre a assistência aos portadores de distúrbios psiquiátricos. Traça o histórico do tratamento da questão, relata os avanços obtidos pela chamada luta antimanicomial, analisa a tramitação legislativa de projeto objetivando a reforma psiquiátrica em nível nacional e, por fim, preconiza mudanças na legislação civil (no que se refere à interdição), penal (quanto ao tratamento do inimputável ou semi imputável) e trabalhista (para que contemple regras sobre o trabalho do doente mental), no sentido de adequá-las aos *Princípios para a proteção de pessoas acometidas de transtorno mental e para a melhoria da assistência à saúde mental* da ONU.

Palavras-chave: Doente mental – Direitos humanos – Estabelecimento psiquiátrico – Reforma psiquiátrica – Interdição – Legislação penal – Manicômio judiciário – Medida de segurança.

As origens mais remotas da legislação sobre a loucura estão, certamente, vinculadas à idéia de segregação ou, mais precisamente, de autorização legal para que o Estado isolasse o portador de distúrbio mental.

Até a Revolução Francesa não havia ainda a conceituação do *louco* enquanto doente mental. É com a psiquiatria, no final do século XVIII, que a loucura ganha *status* de doença, em decorrência, sobretudo, de ter ela se tornado um problema social nas cidades da Europa, cada vez mais populosas.

A prática do isolamento já pode ser notada na época do Renascimento.

Havia, na Europa renascentista, o costume de se confinar os *loucos* num navio que vagava de porto em porto, sem destino. Nota-se o sentido simbólico disso: os insanos embarcavam numa viagem infindável, sem ponto de chegada; o exílio ritual; eram prisioneiros de sua própria partida.[1]

A "nau dos loucos" não encerrava só perturbados mentais, está claro. Nela havia lugar para os bêbados, os devassos, os desordeiros, os que "interpretavam mal as escrituras", os blasfemadores. A loucura era abordada a partir de um exclusivo sentido moral.

(*) Contribuição à mesa redonda sobre "Políticas públicas de saúde mental", do Seminário *A saúde mental do presidiário*, que teve lugar no auditório da Assembléia Legislativa do Estado de Goiás, em 14.06.1999.

(1) João Fraize-Pereira. *O que é loucura*. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 51.

Assim também foram os *hospitais gerais* criados na França por ordem do rei – a partir de 1656 com a fundação por decreto do *Hospital Geral de Paris* –, com o objetivo de aprisionar não apenas a loucura mas todos os pobres da cidade. Por isso, no dizer de Foucault, o *hospital geral* não tem caráter médico, senão de uma "estrutura semijurídica, uma espécie de entidade administrativa que, ao lado dos poderes já constituídos, e além dos tribunais, decide, julga e executa", dirigida por diretores nomeados para toda a vida: um poder estabelecido pelo rei entre a polícia e a justiça.[2]

Muitos antigos leprosários na Idade Média foram reativados, nessa época, pelo clero e por mando real, com o objetivo de *ordenar a miséria* que grassava pela Europa. Em muitos desses *hospitais gerais*, casos mais extremos de alienação mental eram tratados com confinamento em jaulas, relegando homens à condição de animais, como descrito em diversas obras literárias. A exploração da mão-de-obra em tais instituições era fato comum.

A Revolução Francesa procurou dar um caráter *científico* àquele isolamento, dentro do espírito do novo regime, desenvolvendo institutos jurídicos inspirados nos valores burgueses que se instalavam, sobretudo com base na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que estabelece a assistência pública como uma dívida sagrada.

O internamento ganha *valor terapêutico* e vira o *asilo* de Philippe Pinel, médico francês. Esse constrói em torno dos portadores de transtorno mental um círculo invisível de julgamentos morais: a observação para criar um rigoroso controle ético.

Entendia necessários ao tratamento: 1) o isolamento para romper com o foco permanente de influências incontroladas que é a vida social; 2) o estabelecimento da ordem asilar; 3) uma relação de autoridade entre o médico e seus auxiliares e o doente. Sob esses três princípios foi instituído o manicômio-hospitalar para tratamento mental.[3]

No mesmo período, na Inglaterra, Tuke dirigia experiência semelhante, calcada numa comunidade religiosa para submeter o internado a um controle simultaneamente social e moral.[4]

De fins do século passado a este século, significativas descobertas foram feitas a influírem no tratamento psiquiátrico: a psicanálise de Freud e a descoberta da psicofarmacoterapia.

(2) Como revela Foucault, "é sabido que o século XVII criou vastas casas de internamento; não é muito sabido que mais de um habitante em cada cem da cidade de Paris viu-se fechado numa delas, por alguns meses. É bem sabido que o poder absoluto fez uso das cartas régias e de medidas de prisão arbitrárias; é menos sabido qual a consciência jurídica que poderia animar essas práticas" (*História da loucura*, apud João Frayse-Pereira, op. cit., p. 62).

Sobre isto, também vide Hélio Lauar, "Pensando a Internação", *Lei Carlão em debate*, 1995. p. 49.

(3) Ana Maria Fernandes Pitta e Sueli Gandolfi Dallari, "A cidadania dos doentes mentais no sistema de saúde do Brasil". *Saúde em debate*, n. 36, 1992, p. 19).

(4) João Frayse-Pereira, op. cit., p. 83-86.

Mas, apesar disso, os estabelecimentos de internação pouco mudaram. A ética da exclusão social do enfermo mental ainda vigora. Tal exclusão implica: 1) exclusão jurídica (pela interdição); 2) exclusão nos assuntos do círculo familiar (os segredos, os pactos de dependência, a vergonha, a construção permanente de fracassos); 3) exclusão no trabalho (a aposentadoria por doença incapacitante, a noção de emprego *de favor*); 4) exclusão no processo educacional (o estigma das classes especiais ou do apontamento pelos colegas da situação de hipossuficiência); 5) exclusão terapêutica (hospitais psiquiátricos).

Os manicômios continuam sendo a ponta mais aguda do processo de exclusão. São uma estrutura de completo desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Os objetivos centrais do asilo pineliano continuam vivos, no Brasil, por força do velhíssimo Decreto 24.559/34, que ainda não foi revogado.

É uma legislação que procura marcar bem a diferença entre *normal* e *anormal*. A prática decorrente de sua aplicação tem sido a mesma da nau a que me referi: a internação constitui, para o enfermo mental, quase sempre, uma porta de entrada, nunca de saída.

Para que se tenha uma idéia do modelo sustentado pelo referido decreto, basta que se constate quantas vezes aparece em seu texto a palavra "estabelecimento psiquiátrico". Por ele, "a profilaxia mental, (...) assistência e proteção (...) dos psicopatas" – que é objetivo enunciado no preâmbulo – parece ter um só nome: "estabelecimento psiquiátrico".[5]

Especialistas que preconizam uma nova ética sobre a doença mental têm denunciado, a par do isolamento físico dos internados, o uso abusivo dos psicotrópicos e a atuação exclusiva na doença em detrimento de outras dimensões do ser humano, que o portador de transtorno mental não as perde.

Não são poucos os casos de pessoas que, internadas por sofrerem de doenças como epilepsia, enxaqueca, podem ter "enlouquecido" mesmo é no hospício.

Há dados avaliativos reveladores de que apenas aproximadamente 12% dos internados deveriam permanecer nas instituições.

Isso é grave em termos de desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa.

Essa aniquilação do indivíduo e do cidadão, em seus mais elementares direitos, gerou o questionamento do modelo tradicional, em nível técnico, à luz da experiência científica contemporânea, e deu origem ao movimento pela reforma da legislação psiquiátrica.

(5) Segundo o Decreto 24.559/34, do governo provisório de Getúlio Vargas, dentre outras coisas, "Sempre que, por qualquer motivo, for inconveniente a conservação do psicopata em domicílio, será o mesmo removido para estabelecimento psiquiátrico" (artigo 9.º). Dele consta também que "O psicopata ou o indivíduo suspeito de atentar contra a própria vida ou a de outrem, perturbar a ordem ou ofender a moral pública, deverá ser recolhido a estabelecimento psiquiátrico" (artigo 10).

Pretende-se com isso nada mais que respeitar os direitos humanos do doente mental, submetendo-o a um novo complexo de intervenções em que a preocupação com a *pessoa humana* dele é o foco central.

Há em tramitação legislativa, um projeto com o propósito de reformar significativamente a assistência psiquiátrica, em nível nacional. O projeto do deputado Paulo Delgado (PL 8/91), que já havia sido aprovado na Câmara dos Deputados, era mais abrangente e adequado à luta antimanicomial. Foi substituído no Senado por texto do senador Sebastião Rocha, com base em diversas emendas, já aprovado em janeiro de 1999, e que traz avanços, na linha alternativa à internação hospitalar, apesar de abrir brechas para a construção de novos hospitais psiquiátricos e dificultar a alta para pacientes crônicos. Tal texto deve ser apreciado agora pela Câmara dos Deputados.

Em diversos Estados, a legislação sobre o assunto avançou. Em São Paulo, os princípios básicos da reforma psiquiátrica já estão no artigo 33 do Código de Saúde do Estado (Lei Complementar à Constituição Paulista). Há no *caput* do referido artigo a diretriz de superação gradativa do procedimento de internação hospitalar, no tocante à saúde mental. Outras inovações relacionadas com o pleito por reformas antimanicomiais estão nos incisos III (a previsão de tratamento em ambiente menos restritivo possível e o consentimento informado), IV (a internação com último recurso terapêutico) e VI (a vigilância dos direitos indisponíveis do indivíduo assistido de forma articulada com a autoridade sanitária e o Ministério Público).

Em Minas Gerais, a Lei 11.802/95, chamada *Lei Carlão*, tratou adequadamente a promoção da saúde do portador de sofrimento mental, incorporando dispositivos do direito internacional (*Princípios para a proteção de pessoas acometidas de transtorno mental e para a melhoria da assistência à saúde mental*, da ONU, de 1991) e recomendações do *Relatório final da 2.ª Conferência Nacional de Saúde Mental*, realizada em 1994.

A lei mineira, dentre outras inovações[6]: 1) dá ênfase ao *direito ao tratamento* para reinserção social (artigo 1.º), considerando, quando possível, a vontade do paciente (artigo 4.º, IV)[7]; 2) bane o modelo centrado na exclusão, inclusive no ensino (artigo 16), e resgata, como fator auxiliar do tratamento, a reinserção na família, no trabalho e na comunidade[8]; 3) prevê serviços de saúde mental substitutivos dos hospitais psiquiátricos, a serem gradativamente extintos (arti-

(6) Todas também constantes do projeto paulista – Projeto de Lei 366 –, em tramitação desde 1992.

(7) Trata-se, aqui, de incorporação do 11.º dos *Princípios para a proteção de pessoas acometidas de transtorno mental e para a melhoria da assistência à saúde mental*, da ONU, de 1991, que prevê o consentimento informado e as formas de supri-lo em casos excepcionais.

(8) O direito à vida e ao trabalho em comunidade, sempre que possível, é destacado no princípio n. 3 do referido instrumento internacional. O princípio n. 7 fala, ainda, do papel de comunidade e da cultura no tratamento.

go 21); 4) vincula os poderes públicos estadual e municipais à implementação de um novo sistema alternativo aos hospitais psiquiátricos: ambulatórios, serviços de emergência psiquiátrica em pronto-socorros gerais e centros de referência, leitos em hospitais gerais, serviços de hospital-dia e hospital-noite, centros de referência em saúde mental, centros de conveniência, lares e pensões protegidas (artigos 2.° e 3.°); 5) bane procedimentos desumanos como a camisa-de-força, cela-forte e outros (artigo 5.°) e regulamenta minuciosamente as práticas terapêuticas psiquiátricas biológicas (artigo 4.°, parágrafo único), nas quais se incluem a eletroconvulsoterapia, o choque cardiazólico e o choque insulínico, tidos como de aplicação abusiva, até aqui[9]; 6) proíbe as psicocirurgias e quaisquer procedimentos que impliquem efeitos orgânicos irreversíveis a título de tratamento da enfermidade mental[10] (artigo 6.°); 7) prevê a internação como último recurso (artigo 9.°), vinculando-a à existência de laudo médico especializado com diagnóstico, autorização da família ou paciente e previsão de tempo de tratamento (artigo 10.°); 8) prevê a separação dos portadores de síndrome de dependência alcoólica em leito de clínica médica em hospitais gerais ou pronto-socorros gerais (artigo 9.°, § 2.°) e a intervenção necessária do Ministério Público e da autoridade sanitária local (artigos 12 e 13).

É claro que uma lei não faz milagres. O processo de *desinstitucionalização* deve apoiar-se em condições específicas de capacitação profissional e material. E deve ter o apoio da sociedade.

Mas também não se pode falar que a lei não muda a realidade pois, hoje, o direito tem também um sentido promocional e não apenas declarativo.

Pode servir para provocar mudanças institucionais e sociais.

Se aprovada uma lei que melhore o tratamento do doente mental no país, diante da perspectiva que ora temos, há intervenções que podem ser feitas para cobrar as políticas públicas tendentes à sua perfeita aplicação, sobretudo por meio da ação civil pública para a tutela de interesse coletivo.

Outra questão que convém abordar, além da mais específica da reforma psiquiátrica ou da legislação sobre estabelecimentos psiquiátricos, é a das conseqüências do distúrbio mental, na situação jurídica dos envolvidos, sob os enfoques das legislações civil, penal e trabalhista.

Segundo o Código Civil, dentre os absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil estão os *loucos de todo o gênero*, expressão esta que tem merecido críticas.

A declaração da incapacidade corresponde à chamada interdição.

O que é preciso entender, contudo, é que tal interdição visa a proteger o doente mental e não destruir seus direitos, como ocorre com freqüência.

[9] A forma de preservar o respeito à dignidade da pessoa acometida de transtorno mental está no princípio n. 11 daquele documento.

[10] A limitação radical da psicocirurgia está no item 14 do princípio n. 11 do documento.

O Decreto 24.559/34 modificou parcialmente a disciplina, possibilitando ao juiz a limitação da interdição a determinados atos, incluindo o portador do distúrbio como relativamente incapaz conforme o nível no comprometimento de sua psique.

De qualquer forma, a legislação ainda deixa a desejar no que se refere à cidadania do doente mental. É preciso adequá-la ao que prevêem os *Princípios para a proteção de pessoas acometidas de transtorno mental e para a melhoria da assistência à saúde mental*, da ONU: a satisfação de necessidades compatíveis com a vida e dignidade e o perfeito acompanhamento jurídico do interditado.

A lei penal também é falha.

Os portadores de problemas mentais podem ser tidos como: 1) inimputáveis ou 2) semi-responsáveis.

Os inimputáveis não respondem juridicamente porque não têm capacidade para sofrer juízo de censurabilidade. São isentos de pena.

Os *semi-responsáveis*, por sua vez, são imputáveis, ou seja, respondem pelo fato. Mas sofrem diminuição na pena (de um a dois terços) por terem sua capacidade de discernimento diminuída.

Quais as conseqüências, para o agente, nas duas hipóteses?

A reforma penal de 1984 adotou o sistema chamado *vicariante* ou *unitário* (em oposição ao sistema do *duplo binário* anterior). Aplica-se a pena *ou* medida de segurança. Um caminho exclui o outro.

No caso de inimputável, a solução é sempre a aplicação de *medida de segurança,* que pode ser: 1) *internação* em hospital de custódia e tratamento ou 2) *tratamento ambulatorial* (artigo 96 do Código Penal).

No caso do semi-responsável, o juiz pode optar entre: 1) *diminuir a pena* (artigo 26, parágrafo único, do Código Penal) ou 2) *substituí-la por uma daquelas duas medidas de segurança*, se o condenado necessitar de *especial tratamento curativo* (artigo 98 do Código Penal).

Um dos problema é que a inimputabilidade acaba tendo, em razão da lei, um tratamento muito mais penal que terapêutico.

Se os estabelecimentos psiquiátricos já são ruins, calcule-se os manicômios judiciários.

Há mais. Segundo a lei, se o fato for apenado com reclusão, a medida de segurança será sempre de *internação*. Ora, e se ela for desnecessária?

Nesse ponto, não se teve em conta o ser humano mas o fato que ele praticou (mais grave ou menos grave), o que choca com as exigências de internação como último recurso. Por isso, já há tempos a jurisprudência dos tribunais paulistas vem admitindo o tratamento ambulatorial, por exceção, no caso de indicação de suficiência desse no laudo que afirma a insanidade mental.[11]

(11) *JTACrim*, 93/181 e 98/203; *RT* 634/272.

Outro problema reside no tempo da internação ou do tratamento ambulatorial. A lei fala em *tempo indeterminado* e prazo mínimo de três anos (artigo 97, § 1.º).[12] Mas dentro da própria dogmática penal, parte da doutrina vem denunciando tal sistema como violador dos princípios constitucionais da legalidade e da igualdade. De fato, não pode haver submissão de pessoa a constrangimento – que a internação não deixa de ser – além da pena máxima prevista para o delito.[13]

A inadequação não para aí: a disposição se choca com os *Princípios para a proteção de pessoas acometidas de transtorno mental e para a melhoria da assistência à saúde mental*, da ONU. O item 6 do princípio 17 diz que "Se, a qualquer momento, o profissional de saúde mental responsável pelo caso estiver convencido de que aquelas condições para a retenção de uma pessoa como paciente involuntário não são mais aplicáveis, este deverá determinar a alta dessa pessoa da condição de paciente involuntário".

Tais princípios se aplicam também "a pessoa cumprindo sentenças de prisão por crimes [...] e nas quais tenha sido determinada a presença de transtorno mental" (item 1 do princípio 20).

Daí a necessidade de adequação da lei penal a eles.

Por fim, é de se destacar a inexistência de legislação trabalhista versando sobre a questão do doente mental.

Sabe-se que o trabalho é um fator importante no tratamento dos distúrbios mentais. O reconhecimento da aptidão que o doente tenha para um determinado trabalho dá-lhe autoconfiança. Mas a perspectiva de autonomia financeira mínima, que deveria corresponder à aptidão, pode ficar prejudicada pela falta de legislação específica que não torna possível a realização de contratos de trabalho com ele.

Como se vê, há muita coisa a ser feita para o aprimoramento da legislação sobre saúde mental. O assunto interessa a todos. Afinal, como dizia o grande escritor espanhol Miguel de Unamuno: "Cada um tem seu método, como cada um tem sua loucura; apenas estimamos cordato aquele cuja loucura coincide com a da maioria".

(12) Essa previsão – assim como a origem da medida de segurança – tem por base o conceito de *temibilidade* ou *periculosidade* do delinqüente com problemas mentais, no sentido de uma certa perversidade constante e ativa dele, formulado por Garofalo, penalista italiano do final do século XIX, que projetou para o Direito Penal concepções antropológicas e sociológicas do positivismo (*Di um critério positivo della penalità* – 1880; *Criminologia* – 1885).

(13) Luiz Flávio Gomes, "Medidas de segurança e seus limites". *RBCCrim*, 2, 1993, p. 64.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

A CRIMINALIDADE CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA NO UNIVERSO DO DIREITO ECONÔMICO

LEÔNIDAS RIBEIRO SCHOLZ

1. Direito econômico e direito tributário na órbita do direito penal: 1.1 Definição conceitual; 1.2 Natureza da relação entre o Direito Penal Econômico e o Direito Penal Tributário – 2. Os crimes tributários: 2.1 Os diplomas legais anterior e atual e a dicotomia crime material – crime formal; 2.2 O tributo devido como elementar do tipo; 2.3 A questão do tributo devido e a ação penal por crime contra a ordem tributária.

Resumo: Após a inserção do direito penal tributário, assim como o direito penal financeiro, como espécie do gênero direito penal econômico, passa-se à análise da natureza da relação entre direito penal econômico e tributário, destacando-se suas especificações e, a um só tempo, realçando suas convergências rumo à proteção global da ordem econômica. Aponta, em seguida, o caráter material dos crimes tributários previstos na Lei 8.137/90 e, neste ponto, ressalta-se que o tributo devido é elementar do tipo e portanto, é imperioso que ocorra a efetiva supressão ou redução do tributo para que esteja caracterizada a tipicidade. Por fim, conclui que o preceito contido no artigo 83 da Lei 9.430/96 não encerra questão de prejudicialidade mas atina com a falta de justa causa para a ação penal diante da ausência da tipicidade.

Palavras-chave: Direito penal econômico – Crimes tributários – Tipicidade – Momento consumativo – Ação penal.

1. Direito econômico e direito tributário na órbita do direito penal

1.1 Definição conceitual

Terreno jurídico dos mais áridos é aquele em que se deve buscar – *e fazê-lo sobreleva como verdadeiro pressuposto lógico da igualmente árdua tarefa de bem situar o direito penal tributário* – o conceito de direito penal econômico.

De fato, e como pontualmente adverte Renê Ariel Dotti, "as tentativas em precisar conceitualmente a natureza, o objeto e os fins da disciplina traduzem esforços permanentes da doutrina e ainda *não* exauridos."[1]

(1) *Reforma penal brasileira.* Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 204.

A começar, porquanto sequer "(...) existe uniformidade entre os escritores a propósito da denominação da disciplina. Direito penal econômico é uma designação de trânsito correntio na doutrina brasileira. Mas também são utilizadas expressões como: a) direito penal da *economia*; b) *Wirtschaffsstrafrecht* (direito penal econômico) na República Federal Alemã; c) *Volkswirtschaft* (crimes contra a economia popular) na República Democrática alemã; d) *droit pénal économique* ou então *droit pénal des affaires*, na França; e) *White collar criminality*, *occupation-crime* e corporate-crime, nos EUA."[2]

Entre nós, Manoel Pedro Pimentel, saudoso expoente das letras jurídico-penais, depois de definir o Direito Penal Econômico como "(...) o conjunto de normas que têm por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes",[3] reconhece, todavia, "(...) que *não* é uniforme o pensamento dos autores."[4]

E, assinala: "Para Santiago Sabas Arias, o Direito Penal econômico é "el agregado de preceptos provistos de sanciones penales y dirigidos a procurar al Estado los medios económicos requeridos para atender a las necesidades publicas", repetindo a fórmula enunciada por Luis E. Mesa.

Mirando Gallino não o conceitua propriamente, mas afirma que "el Derecho penal no protege o tutela la realización del fenómeno económico como hecho em sí, sino que protege la integridad del ordem, que se estima necesario para el cumplimiento de esse hecho, de manera que puedan producirse así los fines propuestos. Resulta así clato que cualquier conducta que produzca la ruptura de este orden (concebido a manera de equilibrio indispensable en las manifestaciones económicas) trae como consecuencia una necesaria sanción."

Fontán Balestra entende que esse ramo do direito está, juntamente com o Direito Penal financeiro, abarcado pelo Direito penal fiscal. Jiménez de Asua também não o define, limitando-se a dizer que "en los países de régimen autoritario, e incluso en aquellos de economía 'dirigida' o 'encauzad', por el Estado, há surgido la idea de reunir todos los preceptos penales que a esse objetivo se refieren, bajo el título de Derecho penal económico, formado – en el sentir de Siegert – en parte por principios especiales y en parte por disposiciones de Derecho penal común."[5]

Já para Sutherland, citado, entre tantos, por Renê Ariel Dotti,[6] "(...) o *white collar crime* constitui uma violação da norma penal por pessoas de elevado estatuto sócioeconômico, no exercício abusivo de uma profissão lícita. Como exemplos podem ser referidas as violações de lei antimonopólio e de forma geral as leis que procuram defender a livre concorrência; os abusos no campo da publicidade e da

(2) Op. cit., p. 202.

(3) *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 1973. p. 10.

(4) Idem, Ibidem.

(5) Idem, Ibidem, p. 10 e 11.

(6) Op. cit., p. 203.

espionagem industrial; a deterioração e a sonegação de alimentos, medicamentos e cosméticos, os ilícitos fiscais e alfandegários: a obtenção ilegítima de fundos no setor de subvenções (agricultura, comércio exterior); as fraudes nas oficinas (de automóveis, de relógios, etc.); as múltiplas formas de insolvência como particulares modalidades da criminalidade econômica e financeira."

Imprecisa, entretanto, nos parece a concepção de Sutherland, na exata medida em que "(...) o caminho de se recorrer a um tipologia de agente para definir o direito penal econômico esquece que toda a legislação criminal, num Estado social de direito, há de passar, fundamentalmente, pela definição dos bens jurídicos ou valores que pretende proteger e pela descrição do *modus operandi* que os viola ou põe em perigo: – não poderá ser, pois, um simples direito penal de 'agentes'."[7]

Inteira procedência guarda, pensamos, a supracitada crítica. Colocadas em linha de conta as inafastáveis premissas – primeira – de que "(...) o nosso direito penal, assentado sobre princípios básicos do estado de direito (...), apóia-se nos dogmas da reserva legal, do bem jurídico, da ação e da culpabilidade (...)",[8] e – segunda – de que "a pesquisa do bem jurídico delimita as zonas de ilícito e do lícito, ensejando certeza para o magistrado e segurança para o cidadão. Deve ser defendido e mantido pelo direito penal contemporâneo, *cuja parte especial é sistematizada conforme o critério da objetividade jurídica dos delitos* (...)",[9] axiomática irrompe a conclusão de que a definição do conceito de Direito Penal Econômico, assim como a de qualquer outra "espécie" do Direito Penal, deve construir-se, mais do que necessária, prioritariamente na esteira da precisa identificação da natureza, do caráter e das particularidades do bem jurídico, em cuja proteção residem a *ratio essendi* e o próprio escopo primordial do direito penal civilizado.

Nesse lineamento, *a ordem econômica*, "(...) que possui caráter supra-individual e se destina a garantir um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais (...)"[10] na trilha dos valores e vetores a propósito consagrados pelo artigo 170 da Constituição da República, *constitui, enquanto bem jurídico para cuja tutela ineludivelmente convoca o texto constitucional o Direito Penal,*[11] *não apenas inarredável determinante do reconhecimento da existência do Direito Penal Econômico como espécie do gênero, mas também, e em linha de conseqüência, o ponto fulcral de toda e qualquer conceituação que se lhe queira em boa técnica imprimir.*

(7) Eduardo Correa, em passagem reproduzida por Renê Ariel Dotti na supracitada obra, p. 203-204.

(8) Everardo da Cunha Luna. *Capítulos de direito penal – Parte geral.* São Paulo: Saraiva, 1985. p. 30.

(9) Idem, Ibidem.

(10) João Marcello de Araujo Júnior. *Dos crimes contra a ordem econômica.* São Paulo: RT, 1995. p. 36.

(11) Veja, por exemplo, o teor do preceitos inscritos nos parágrafos 3.º e 4.º do artigo 173 da Constituição da República, abstraindo-se, porém e porquanto estranha ao objeto do presente trabalho, da questão concernente à instituição ou não, pelo último, da chamada responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Em recente, abalizada e profícua abordagem do tema, o mestre peruano Raul Penã Cabrera demonstra cifrar-se, sim, na ordem econômica o epicentro da atual concepção doutrinária do conceito de Direito Penal Econômico.

Depois de averbar, com Klauss Tiedemann, que "en suma el Derecho Penal Económico és un derecho interdisciplinario punitivo que protege el orden económico como última ratio, es decir, el último recurso há utilizar por el Estado y luego de haber echado mano de todos los demás instrumentos de política económica o de control de que dispone, para una eficaz lucha contra las diversas formas de criminalidad económica. Las graves disfunciones y crisis socioeconómicas justificam la intervención del Estado en materia económica y recurrir al Derecho Penal para resolverlos y asegurar el bienestar común",[12] à colação chama o magistério de alguns dos mais acatados penalistas alemães para evidenciar não haver, entre eles, qualquer divergência digna de nota quanto a ser o Direito Penal Econômico "(...) la rama del derecho que le compete tutelar primordialmente el bien constituido por el ordenamiento jurídico estatal en su conjunto y, en consecuencia el curso normal de la economía em sua organicidad, es decir, *la economía nacional* (...)"[13]

E é exatamente a indiscutível proeminência da ordem econômica na composição conceitual do Direito Penal Econômico que a um só tempo produz e evidencia o atrelar-se a ele o Direito Penal Tributário, que "(...) se caracteriza pela sua finalidade de defender os interesses do Estado ligados à arrecadação dos tributos, quando houver ofensa grave a tais interesses (...)"[14]

1.2 Natureza da relação entre o Direito Penal Econômico e o Direito Penal Tributário

Conquanto correta a advertência de que "O direito penal econômico *não* se confunde com o Direito penal financeiro e com o Direito penal tributário (...) São ramos distintos (...)",[15] irrecusável se nos apresenta a intelecção de que o Direito Tributário é expressão do Direito Econômico, do Direito Público Econômico, que "(...) reunindo a Política Econômica do Estado, visa ao interesse público. Compreende o Direito Tributário disciplinador da arrecadação dos tributos. O bem jurídico, em conseqüência, é bifronte: de um lado, compreende o interesse público de o Estado obter os meios para a realização de suas atividades; de outro, avulta o interesse do Tesouro, patrimonial, relacionado com a receita do Estado. Assim, o bem jurídico não traduz apenas interesse patrimonial. Alcança também os limites da política econômica, o que faz aumentar o significado do delito tributário. Quem, ilustrativamente, sonega o tributo não afeta apenas o patrimônio público, repercutindo na arrecadação. Vai além. Atinge a Economia. Ocasionando, com isso, reflexo nas atividades do Estado."

(12) "El bien juridico en los delitos económicos". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 3, n. 11, julho/setembro de 1995, p. 36-49 (42, a do trecho coligido).

(13) Idem, p. 43.

(14) Manoel Pedro Pimentel, obra e edição anteriormente citadas.

(15) Idem, p. 17.

"Esse pormenor não é de interesse meramente literário. Em sendo característica do fato-infração penal, confere-lhe identidade normativa. Integra-se à unidade, do Direito, submetendo-se, logicamente, ao sistema."[16]

Por outras, "(...) a ordem econômica *não* é, ontologicamente, *distinta* da tributária e da financeira. As duas últimas são, apenas, espécie de um mesmo gênero jurídico mais amplo, a "ordem econômica". Nessa, *incluem-se* aspectos fiscais; cambiais; falimentares; financeiros (...)"[17]

Entre Direito Penal Econômico e Direito Penal Tributário há, pois, manifesta correlação. A ordem tributária que se busca tutelar por intermédio da incriminação de condutas e resultados cujas reprovabilidade e gravidade reclamem, em valoração levada a efeito nos domínios da política criminal, a cominação de sanção penal, interessa, tanto quanto a financeira, à elaboração, condução e preservação da ordem econômica, máxime no que diz com a concretização, *entre outros*, do respectivo imperativo constitucional da "redução das desigualdades sociais e regionais", tarefa em prol da qual preponderante papel desempenha a arrecadação de tributos.

Por via de conseqüência, mas também porque – supérfluo não é realçar – "(...) as áreas jurídicas não são estanques (...)", "(...) o Direito é sistema cujas normas intercomunicam-se (...)",[18] Direito Econômico e Direito Tributário, embora distintos no que pertine à *especificação* dos bens e interesses jurídicos tutelados por normas penais incriminadoras, *interligam-se* ao convergirem rumo à proteção global da ordem econômica enquanto complexo conjunto de valores, regras, objetivos, fatos e condutas que guardam entre si permanentes e sucessivas relações de causa e efeito.

Cada qual, dada a diversidade do objeto imediato da tutela jurídico-penal, conserva, é verdade, peculiaridades normativas, postulados próprios. Ambos, porém, como, de resto, todas as demais vertentes do magistério punitivo do Estado, submetem-se aos princípios gerais do Direito Penal.

2. Os crimes tributários

2.1 Os diplomas legais anterior e atual e a dicotomia crime material – crime formal

À vista da dicção dos preceitos incriminadores insculpidos na Lei 4.729/65, derrogada[19] pela Lei 8.137/90, os então denominados delitos de sonegação fis-

(16) Luiz Vicente Cernicchiaro. "Direito Penal Tributário – Observações de aspectos da Teoria Geral do Direito Penal". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 3, n. 11, julho/setembro de 1995, p. 175-183. As passagens transcritas situam-se nas páginas 177 e 179.

(17) João Marcello de Araujo Júnior, obra e edição anteriormente mencionadas, p. 39.

(18) Luiz Vicente Cernicchiaro, trabalho, obra e edição anteriormente citados, p. 175, 178 e 179.

(19) "A afirmação de mera derrogação, e não de ab-rogação ou revogação integral, é feita apenas porque ficou mantido o art. 5.°, que substituiu os parágrafos 1.° e 2.° do

cal, em suas genuínas modalidades (incisos I a IV do artigo 1.°), caracterizavam-se e se consumavam pela simples realização das condutas descritas, *independentemente* da produção de qualquer resultado material lesivo ao Fisco.

Dizendo-se de outro modo, "o eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento do tributo" *não* figurava em sobreditas normas incriminadoras como evento factual constitutivo do núcleo das respectivas infrações penais, mas apenas na condição do que se convencionou denominar "elemento subjetivo do injusto" ou, para outros, "especial fim de agir."

Numa palavra, componente psicológico, e não material, dos tipos delituosos. Crimes, portanto, meramente formais, para cuja perfeita configuração *bastava*, por exemplo, "prestar declaração falsa a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno (...) com a *intenção* de eximir-se, total ou parcialmente do tributo (...)", *nada* importando o *não* se eximir concretamente o agente do pagamento de qualquer tributo.

Com o advento da Lei 8.137/90, à tonalização dos delitos previstos em seu artigo 1.°, que reproduz, em linhas gerais, as condutas arroladas pelo diploma legal anterior, "(...) já *não* basta a ação ou omissão enunciada nos incisos. É mister que dessa conduta decorra o resultado estabelecido no *caput*. Impõe-se ocorra a *efetiva* supressão ou redução do tributo *(rectius*: a sonegação fiscal, total ou parcial).[20]

O repousar o tipo penal, em sua essência, no enunciado de que "constitui crime contra a ordem tributária *suprimir ou reduzir* tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas (...)", põe de manifesto tratar-se, já agora, de crime por natureza e excelência material, tipificado que fora com a expressa exigência da ocorrência de resultado *exterior* à ação e "(...) que se destaca lógica e cronologicamente da conduta (...)".[21]

Conseguintemente, "(...) *sem* que ocorra efetiva sonegação, parcial ou total, ou como diz a lei, supressão ou redução de tributo, *não* haverá conduta típica, *não* se configurando o crime."[22]

art. 334 do Código Penal, que tipifica o crime de contrabando e descaminho, inatingido pela Lei revogadora" (Alberto Silva Franco e outros, *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 6. ed. 1997. v. 2, p. 2.079).

(20) Rui Stocco. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, editora, edição e volume anteriormente citados, p. 2.101.

(21) Idem, Ibidem, p. 2.102.

(22) Autor, obra, edição, editora, volume e página citados nas duas últimas notas. Registre-de, a propósito, já haver o colendo Supremo Tribunal Federal, em julgado da lavra do eminente Min. Sepúlveda Pertence, proclamado que "(...) ao *contrário* do que sucedia no tipo similar da Lei 4.729/65, à consumação é *essencial* que, da omissão da informação devida ou da prestação da informação falsa, haja resultado de efetiva supressão ou redução do tributo, circunstância elementar (...)" (HC 75.945-2/DF j. 02.12.1997, votação unânime, *DJU* de 13.02.1998, p. 4).

2.2 O tributo devido como elementar do tipo

À concreta configuração do delito de que ora se cuida exige-se, outrossim, seja *devido* o tributo cuja supressão ou redução decorra de qualquer das condutas enumeradas nos incisos que completam o respectivo preceito incriminador.

O que se pretende afirmar, e já agora na trilha do sempre apropriado magistério de Hugo de Brito Machado, é que "em qualquer hipótese, o tipo penal, tanto o descrito no art. 1.°, como o descrito no art. 2.°, *somente* se configura se houver um tributo *devido*. As diversas ações descritas nos incisos I a V, do art. 1.°, para que configurem o tipo penal em questão, devem ter uma finalidade específica, que é a de suprimir ou reduzir tributo. E esse tributo há de ser aquele que é *devido*, nos termos da lei a ele concernente. Da mesma forma, as diversas ações descritas nos incisos I e II, do art. 2.°, referem-se a tributo devido. Não havendo tributo devido, porque inocorrente o fato que, nos termos da lei aplicável, faz nascer a obrigação tributária correspondente, não se configura qualquer dos crimes em referência. Mesmo que se entenda ser o resultado, eximir-se total ou parcialmente, de pagamento de tributo, aludido no art. 2.°, inciso I, desnecessário à integração do tipo penal ali descrito, ainda assim tem-se de entender que o tributo, de cujo pagamento pretendeu o agente eximir-se, é tributo *devido*.

"Em qualquer caso, o tributo de que se cuida há de ser *devido*. Deve existir relação tributária juridicamente válida. Assim, a questão pertinente à legalidade ou à constitucionalidade do tributo é de grande relevância. Se qualquer das ações descritas, nos dispositivos legais acima referidos, destina-se a suprimir ou reduzir tributo, cuja exigência é ilegal ou inconstitucional, *não* se consubstancia o tipo penal em questão."[23]

Na mesma linha, entre outras, a igualmente precisa preleção do tributarista e professor Agostinho Toffoli Tavolaro, para quem "(...) em outras palavras, *não* se cogita, no tipo penal, *somente* de tributo ou contribuição, mas sim de tributo ou contribuição *exigível*, aquele que se reveste dos atributos de constitucionalidade e legalidade indispensáveis.

"Não basta apenas que sejam tributos ou contribuições, por nomeação de norma; necessário, sim, que sejam *devidos*.

"A falta dessa qualidade, indevido o tributo, seja por desconformidade à Constituição ou à lei complementar, faltará o elemento material do tipo, tornando, assim, inexistente o delito."[24]

[23] Obra anteriormente citada, p. 59. Nossos os destaques gráficos.

[24] "Sonegação fiscal. O tributo devido como elemento do tipo: especialização da jurisdição penal e as questões cíveis", trabalho publicado na já citada coletânea *Direito Penal Tributário Contemporâneo – Estudos de especialistas*, p. 25-32. Igualmente nossos os realces gráficos.

2.3 A questão do tributo devido *e a ação penal por crime contra a ordem tributária*[25]

Partindo-se da premissa – e o fazemos por reputá-la tecnicamente irreprochável – de que o aperfeiçoamento da tipicidade da infração penal em apreço pressupõe a aferição de que *legalmente devido* é o tributo de cuja supressão ou redução a propósito de cogite, indeclinável, então e conseguintemente, afigura-se convir *faltar* justa causa à ação penal que se intente à mingua da necessária declaração de exigibilidade do tributo.

E, como, nos termos do Código Tributário Nacional, "compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível",[26] enquanto não proferida, na órbita administrativo-fiscal, a decisão declaratória da exigibilidade do tributo com o qual se relacione a conduta subsumível a tal ou qual modelo legal de infração penal contra a ordem tributária, *não* se completa, sequer em tese, o respectivo tipo delituoso.

Essa, fora de dúvida, a equação projetada pela norma vazada no artigo 83 da Lei 9.430/96. Tanto que, muito mais do que exigir, para a propositura da ação penal, o prévio pronunciamento administrativo acerca da exigibilidade do tributo, *obsta* o simples encaminhamento ao Ministério Público da "representação fiscal para fins penais", *mera delatio criminis*, antes de proferida, na esfera administrativa, decisão final sobre a exigência do crédito tributário correspondente.

E intuitiva, a par de indefectível, é a *ratio essendi* da norma. Enquanto não decretada a exigibilidade do tributo, nem mesmo em tese se completa a "relação de adequação entre a ação do homem e a descrição legal".[27] E à falta de tipicidade, pressuposto primeiro da eficácia processual das normas penais incriminadoras, *inadmissíveis* sobrelevam não apenas a *persecutio criminis in judicio*, mas também, e antes dela, a própria apresentação de qualquer *notitia criminis*, bem como a instauração de procedimento investigatório.

Afinal, e como já advertia, por todos, Frederico Marques, "no genitivo *criminis* ou *delicti* da designação jurídica de vários institutos da persecução penal está cristalizado o princípio de que *não* pode haver atuação persecutória do Estado sem *tipicidade*. Assim é que, para a existência da investigação (que é uma *informatio*

(25) Ressalva-se corresponder o tópico em referência, em boa parte, ao trabalho elaborado e já publicado, sob o título "Crimes contra a ordem tributária e persecução penal". *RT* 739/487-494.

(26) Hugo de Brito Machado. "Algumas questões relativas aos crimes contra a ordem tributária". *RT* 751/453-466.

(27) Professor Everardo da Cunha Luna referindo-se a tipicidade penal, em: *Capítulos de direito penal – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 117.

delicti), torna-se imprescindível a *notitia criminis*, isto é, a comunicação ou conhecimento de conduta configurada como fato típico. A suspeita de crime, ou *opinio delicti*, base e fundamento da acusação, consiste sobretudo na possibilidade de existência de crime decorrente da prática presumível de fato *típico*."[28]

A despeito de condicionar, destarte, toda e qualquer atuação estatal persecutória – a ação penal propriamente dita e, outrossim, qualquer espécie de *informatio delicti* –, ostentando, assim, relevante projeção processual, a exigibilidade do crédito tributário – aspecto cuja existência jurídica depende, a teor dos precisos e inequívocos termos da norma legal em pauta, de decisão final no âmbito administrativo – é fato jurídico que, integrando o próprio conteúdo dos tipos delitivos sob exame, geneticamente pertence aos domínios do direito penal substantivo.

E, nessa linha, *não* se confunde com as outrora denominadas condições específicas da ação penal ou, se preferir, condições de procedibilidade, "requisitos especiais exigidos por lei para que seja admissível a acusação."[29]

Simplesmente, porque condições de procedibilidade consubstanciam-se em fatos que em nada interferem com a configuração do tipo penal, com o fenômeno jurídico da subsunção do fato ao preceito incriminador, com a tipicidade, enfim. Assim, por exemplo, a licença da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para o processo criminal contra seus membros;[30] a decretação judicial da quebra para a ação penal por crimes falimentares (embora alguns a vejam como condição de punibilidade); a representação do ofendido ou de seu representante legal nas hipóteses de ação penal pública condicionada; a autorização da Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros, para a instauração de processo contra o presidente e o vice-presidente da República e os ministros de Estado;[31] a exibição de exemplar do jornal ou periódico em que publicado o escrito incriminado para a ação penal por crime de imprensa[32] e outras.

Sob a ótica do direito processual penal, a exigibilidade do crédito tributário correspondente à conduta que em tese se amolde a qualquer dos tipos em que definidos os crimes contra a ordem tributária diz, portanto, com o primeiro e mais importante componente da noção de justa causa para a ação penal, a tipicidade, ainda que apenas em tese, mas, nessa perspectiva, necessariamente completa e acabada, do fato constitutivo da *causa petendi* da intenção punitiva estatal.

Imperfeita, mesmo que pela ausência de um único elemento típico, a reprodução da realidade abstrata pela tessitura factual supostamente concreta, à persecução

(28) *Apud*: *Processo Penal – O Direito de Defesa: repercussão, amplitude e limites*, de Fernando de Almeida Pedroso. São Paulo: RT, São Paulo, 1994. 2. ed., p. 62. Destaques gráficos da reprodução.

(29) Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 10. ed., 1987. v. I, p. 298.

(30) Art. 53, § 1.º, última parte, da Constituição da República.

(31) Art. 51, I, da Constituição da República.

(32) Art. 43 da Lei 5.250, de 09.02.1967.

penal falece condição genérica básica, impondo-se rejeitar a exordial acusatória eventualmente aforada – e indevidamente aforada, diga-se – em hipótese tal.

Noutros termos, à inevitável interação entre a regra vazada no focalizado artigo 83 da Lei 9.430/96 e as normas inscritas no artigo 43 do código de processo penal, a conclusão de que ação penal por crime contra a ordem tributária deflagrada *antes* do pronunciamento administrativo acerca da exigência do crédito tributário é ação penal cujo suporte factual, porque desprovido da necessária tipicidade penal, ao mesmo tempo em que não lhe outorga condição elementar de admissibilidade, atrai a incidência do preceito a teor do qual "a denúncia ou queixa será rejeitada (...)" "quando o fato narrado evidentemente não constituir crime."

Sem embargo, poder-se-ia aduzir cunhar a decisão administrativa de exigibilidade do crédito tributário, questão *prejudicial* ao reconhecimento da existência da correspondente infração penal para, em imediata seqüência, sustentar-se a aplicabilidade da regra inserta no artigo 93 do código de processo penal e, consequentemente, não a inadmissibilidade da propositura da ação penal enquanto não proferida aquela, mas apenas a suspensão do respectivo processo.[33]

Tecnicamente correta, entretanto, *não* nos parece a formulação. É que, adstringindo-se a contemplar a hipótese de "o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do cível, e se neste houver sido proposta *ação* para resolvê-la (...)", nem remotamente alcança o supracitado artigo 93 do diploma processual penal a previsão, radicalmente distinta, de caber à administração pública, independentemente do ajuizamento de qualquer ação judicial, pronunciar-se sobre a exigência do crédito tributário relacionado a comportamento virtualmente dotado de tipicidade penal.

Mesmo porque o que a Lei 9.430/96 exige para, aperfeiçoando-se o tipo penal, viabilizar-se a veiculação, pela administração, de *notitia criminis* ao Ministério Público – "representação fiscal para fins penais" – é apenas o ato decisório *administrativo* de exigibilidade do crédito tributário correspondente e *não* decisão judicial de natureza extrapenal acerca da questão.

E mais. Seja embora irrecusável convir o afetar-se – a mais não poder, aliás – a qualificação jurídico-penal do fato eventualmente constitutivo de crime contra a ordem tributária pela "decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência do crédito tributário correspondente" – fenômeno este em que radicada, como sublinha Tourinho Filho, "a pedra-de-toque das prejudicialidades" –, pressupostos outros, mas obviamente por igual indispensáveis, antepõem-se à caracterização da prejudicial de que trata o artigo 93 do CPP: "b) que seja da competência do *juízo* cível (...); c) que a ação *já* tenha sido proposta no cível. É preciso que as partes, antes de suscitada a prejudicial, já estejam no *juízo* cível, à procura da sua solução, isto é, já deve ter sido proposta no cível a ação competente para dirimir

(33) Tese defendida, entre outros, por Eduardo Reale Ferrari em "A prejudicialidade e os crimes tributários" – artigo publicado no Boletim 50, janeiro de 1997, do Instituto de Ciências Criminais, p. 6.

a controvérsia. Aqui, o Juiz penal não remete as partes ao cível, como acontece na hipótese do art. 92. As partes já devem estar ali (...)"[34]

Demais – ocioso não é realçar –, à administração pública, e *não* ao juízo cível, ao menos para efeito do reconhecimento da existência, em tese, de infração penal contra a ordem tributária, é que cabe, por força de expressa disposição legal, qual a vazada no já tantas vezes referido artigo 83 da Lei 9.430/96, manifestar-se, ainda que em caráter provisório,[35] mas já agora imprescindivelmente, sobre a exigência fiscal do crédito tributário portador de relevância jurídico-penal.

Logo, a prejudicialidade ínsita na questão da exigibilidade do tributo, longe de gerar a incidência do preceito contido no artigo 93 do código de processo penal, a autorizar a mera suspensão do processo, há de estar previamente resolvida, em sentido afirmativo, na esfera administrativa, sob pena de faltar à eventual – e, nesse caso, manifestamente açodada – atuação persecutória criminal, pela declarada ausência de tipicidade penal, o indispensável selo da justa causa.

Mas, *quid juris*, e as ações penais por crimes contra a ordem tributária propostas, antes do advento da Lei 9.430/96, à mingua de decisão administrativa sobre a exigência do crédito tributário correspondente?

Aplica-se-lhes, em nosso pensar, exatamente o mesmo tratamento jurídico a ser dispensado às futuras ações penais por transgressões penalmente relevantes da ordem tributária. Corresponde, pois, a asseverar também *faltar* justa causa, ainda que supervenientemente, para as persecuções penais que, desencadeadas antes da vigência do diploma legal em apreço, o tenham sido sem que a administração pública haja proferido decisão afirmativa da exigibilidade do crédito tributário atinente às condutas constitutivas das respectivas imputações.

À evidência, porque a norma legal sob análise, embora, para muitos, aparentemente processual, máxime por cuidar de "representação fiscal para fins penais", na realidade, porém, mergulha raízes no direito *material*. Quando menos por atrelar a formulação da representação a que alude à "exigência fiscal do crédito tributário correspondente", a qual, por seu turno, integra, com a nota da essencialidade, ao demais, a própria estrutura típica dos crimes contra a ordem tributária.

O produzir referida norma efeitos visivelmente processuais *não* lhe subtrai o caráter de preceito substancialmente material. Antes e ao contrário, em larga medida o avulta, notadamente em face da inevitável aferição de que "diferentemente do que se passa com outros ramos do direito, há entre o direito penal e o processo penal uma verdadeira relação de mútua complementaridade funcional, podendo mesmo dizer-se relação de interdependência ou de implicação biunívoca: o processo penal – tal como qualquer processo – pressupõe o direito penal e o direito penal – *diferentemente* do que acontece com os ramos dos direito não

(34) Fernando da Costa Tourinho Filho, obra e edição anteriormente citadas, v. 2, p. 467.

(35) "A lei não excluirá da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça a direito", Constituição da República, art. 5.º, XXXV.

sancionatório – só se concretiza através do processo penal. O processo penal é, em rigor, o *modus existendi* do direito penal."[36]

Em decorrência, e como exegeticamente assinala Oreste Dominioni em escólio coligido por Frederico Marques, há elementos que "(...) pertencentes, por sua natureza, à área do tema substancial, passam a fazer parte do Tatbestand de situações de índole processual. E casos desse gênero, como escreveu T.Delogu, "no processo penal são freqüentes (...)"[37]

Precisamente essa é a tessitura da norma insculpida no artigo da Lei 9.430/96. A exigibilidade do crédito tributário que encerre virtual relevância jurídico-penal, pressupondo prévio reconhecimento na esfera administrativa, é componente fulcral dos tipos delitivos modelados pelos artigos 1.º e 2.º da Lei 8.137/90 – "tema substancial" – e, como tal, requisito da respectiva tipicidade, cuja corporificação, ao menos em tese, integra, por seu turno, o *tatbestand* da justa causa, "situação de índole processual" em que se agitam as denominadas condições da ação penal.

Espaço não encontra, pois, qualquer hesitação quanto a revestir-se a norma legal em foco de caráter, senão exclusiva, por certo preponderantemente material, alinhando-se, na pior das hipóteses, entre aquelas que Cappelleti, distinguindo das técnico-processuais (normas formal e substancialmente processuais), classifica como "normas de garantia"[38] – conceitualmente equivalentes as por outros denominadas "normas processuais penais materiais"[39] – ou normas processuais substancialmente materiais – sobre as quais irretorquivelmente incide, dada a inegável acentuada carga de direito material que encerram, o postulado constitucional da irretroatividade desfavorável e da retroatividade benéfica aos supostos autores de infrações penais.

Assim e colocada em linha de consideração, ainda, a premissa de que, por exigir, para a mera apresentação de *notitia criminis*, a prévia declaração, em terreno administrativo, da exigência fiscal do crédito tributário – suprimindo, dessarte, a insólita possibilidade de que o cidadão seja arrastado para as gravosas e vexatórias malhas de uma persecução penal sem que sequer em tese se possa vislumbrar a tipicidade penal do fato imputado –, institui a norma legal em questão significativa proteção para os supostos autores de eventuais delitos contra o sistema tributário, irrecusável é concluir aplicar-se ela a toda e qualquer hipótese de crime contra a ordem tributária, seja anterior ou posterior o delito, já esteja ou não em curso o processo criminal.

A propósito, ainda, da retroatividade do preceito legal em estudo, duas derradeiras observações. Versando igualmente sobre a representação do ofendido, ineludivelmente consagra o artigo 91 da Lei 9.099/95, com o dispor que "nos

(36) Americo A. Taipa de Carvalho. *Sucessão de leis penais*. Portugal : Coimbra, 1990. p. 212.

(37) *Tratado de direito processual penal*. São Paulo : Saraiva, 1980. v. II, p. 78.

(38) Preleção citada por Americo Taipa de Carvalho na obra antes referida, p. 220.

(39) Apud: idem, Ibidem.

casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência", a aplicação da norma também aos casos alusivos a fatos delituosos ocorridos precedentemente à sua vigência. *Retroativamente*, portanto, mesmo porque a representação "(...) possui natureza dúplice: é processual e penal. Sendo instituto de natureza *penal* e benéfico (porque pode causar a extinção da punibilidade pela renúncia ou decadência), é evidente que retroage para alcançar fatos ocorridos antes da lei. Mesmo que não tivéssemos o art. 91, não existe a menor dúvida de que o art. 88 seria aplicado retroativamente."[40]

Como retroativamente aplicado fora o artigo 83 da Lei 9.430/96, pelo eminente juiz Newton de Lucca, do egrégio Tribunal Regional Federal da 3.ª Região. Em decisão, muito provavelmente pioneira, exarada relativamente a pedido de liminar formulado em *habeas corpus* impetrado com vistas ao trancamento, por falta de justa causa, de ação penal por crime contra a ordem tributária, *anterior* à sua vigência, concedendo-a, judiciosamente afirmou Sua Excelência, "(...) plenamente aplicável ao caso (...)", "pela aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (...)", o "art. 83 da novel Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996 (...)"[41]

Artigo 83, ademais, cuja interpretação *sistemática*[42] – registre-se, por derradeiro – recentemente conduziu o mesmo Tribunal Regional Federal da 3.ª Região a decidir, embora por votação majoritária, "que a materialidade delitiva a que se refere o crime imputado ao paciente *somente* pode ser constada com o *término* definitivo do processo administrativo-fiscal. *Inexiste* justa causa para a ação penal enquanto *não* cumprida a exigência do art. 83 da Lei 9.430/96."[43]

(40) *Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995*, de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes. São Paulo : RT, 1995. p. 182.

(41) Ordem de HC 97.03.001571-9-SP, despacho proferido em 20.01.1997.

(42) Destaque, quanto ao ponto, para o judicioso voto formulado pela Juíza Suzana Camargo.

(43) HC 97.03.038827-2, Rel. (designado) Juiz Pedro Rotta, j. 15.09.1997.

4. INFÂNCIA E JUVENTUDE

4.1

O JOVEM: CONFLITOS COM A LEI. A LEI: CONFLITOS COM A PRÁTICA

KARYNA SPOSATO

Resumo: O Estatuto tem um enfoque educativo-pedagógico e não repressivo-punitivo, no entanto, nosso olhar sobre o jovem que transgride se dá pela responsabilidade penal, ou seja, trata-se de "menor"porque é menor de 18 anos, sendo inimputável, e portanto não responsabilizável tal qual os adultos por atos socialmente reprováveis ou juridicamente ilícitos.

Parece-me que muitos dos dilemas nesta questão do jovem infrator reside neste aspecto da responsabilidade e do objetivo da medida sócio-educativa prevista pelo Estatuto.

Palavras-chave: Adolescente infrator – Medidas Sócio-Educativas – Estatuto da Criança e do Adolescente – Delinqüência juvenil – Criminalidade – Inimputabilidade penal – Rebaixamento da idade penal.

Quando o tema é o jovem em conflito com a lei, é preciso ter clareza de que juventude estamos falando. Certamente nenhuma reflexão sobre a delinqüência juvenil pode se furtar da trajetória marcada pela vivência de rua, pela exploração de trabalho precoce, maus tratos familiares, doenças que seriam facilmente evitáveis, e uma exclusão escolar da qual as taxas de evasão são bastante significativas.

Basta verificar os dados sobre escolaridade dos adolescentes internados na Febem/SP, que demonstram que 91% dos jovens não terminaram o primeiro grau. E em todo o país, apenas 3,96% dos adolescentes que cumprem uma medida socioeducativa concluíram o ensino fundamental.

Temos, portanto, que enfrentar um contexto irremediavelmente carente em políticas públicas. Sendo que, em diversas situações é nesse mesmo contexto que surge o argumento do "melhor interesse da criança", para justificar que o adulto decida o destino daquele que ainda é chamado e rotulado de "menor".

A própria denominação e estigmatização dos adolescentes em conflito com a lei, como menores, deriva da ainda difícil implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente, mesmo após quase 10 anos de vigência.

O Estatuto tem um enfoque educativo-pedagógico e não repressivo-punitivo, no entanto, nosso olhar sobre o jovem que transgride se dá pela responsabilidade penal, ou seja, trata-se de "menor" porque é menor de 18 anos, sendo inimputável, e portanto não responsabilizado tal qual os adultos por atos socialmente reprováveis ou juridicamente ilícitos.

Parece-me que muitos dos dilemas nesta questão do jovem infrator reside nesse aspecto da responsabilidade e do objetivo da medida socioeducativa prevista pelo Estatuto.

Em primeiro lugar, cabe uma reflexão mais apurada acerca do que significa responsabilizar diferentemente um jovem de 17 anos e outro de 18 anos por atos praticamente idênticos do ponto de vista da tipicidade penal. Trata-se, a meu ver, de uma opção de política criminal consistente, que ao estabelecer um limite para a imputação penal, oferece uma oportunidade diferenciada para a juventude delinqüente.

O critério de 18 anos para a imputabilidade penal não se relaciona com a capacidade ou incapacidade de entendimento dos jovens abaixo dessa idade, e sim como uma opção acerca da conveniência em não submetê-los ao sistema reservado aos adultos como forma mais eficiente para prevenir essa modalidade de criminalidade.

Uma política sistemática de encarceramento significaria comprometer a segurança das gerações futuras, pois vivemos num período de transição, em que os empregos são escassos e a concorrência desigual, especialmente para os jovens.

Além disso, ocorre que, diferentemente do que a mídia propala e a população em geral repete, a participação de jovens em crimes violentos não é tão significativa comparativamente aos crimes praticados por adultos. Na cidade de São Paulo, por exemplo, 90% dos homicídios são praticados por adultos. E essa é a mesma tendência nacional, a delinqüência juvenil não ultrapassa 10% de toda a criminalidade no Brasil.

E ainda, tomando por base os adolescentes sentenciados hoje em todo o país, grande parte está sendo responsabilizada por crimes contra o patrimônio, o que corresponde a 73,8% das infrações cometidas. Dessas infrações, 50% são furtos, ou seja não ofereceram sequer ameaça à vítima. Os crimes praticados por adolescentes contra a vida representam 8,46% do universo das infrações.[1]

Crimes violentos perpetrados por jovens são exceção. Quando ocorrem geram muita indignação e forte repercussão, dando a impressão de que fazem parte do cotidiano, entretanto é sua ocorrência esporádica que causa o alarme. Se os crimes graves praticados por adolescentes acontecessem costumeiramente, já fariam parte do noticiário policial, quando ainda, ocupam as manchetes e matérias especiais. Exemplos recentes são os casos que temos assistido de violência nas escolas aqui em São Paulo e o caso do Colorado nos EUA, onde dois jovens causaram 25 mortes e depois se suicidaram.

Faz sentido refletir que se a prisão e uma lei, como é a dos adultos, para os jovens representassem realmente uma garantia, não teríamos criminosos adultos. Hoje a prisão, não só no Brasil como em todo o mundo, tornou-se um dos maiores mecanismos de propulsão da criminalidade.

(1) *Caderno 01* - DCA - SNDH/MJ, Série Idéias e Resultados. Atendimento ao adolescente em conflito com a lei: reflexões para uma prática qualificada. Brasília, 1998.

A falência pedagógica e recuperadora do sistema carcerário já motivou especialistas e penalistas a buscarem uma substituição do cárcere por penas alternativas aos adultos, com mais eficácia, custos e índices de reincidência menores. Desse modo, não seria coerente do ponto de vista da política criminal encaminhar jovens a tal sistema reconhecidamente falido – o que ocasionaria a reprodução e o aumento da violência, lançando jovens de 16 anos definitivamente na delinqüência violenta.

Outro aspecto refere-se ao fato de que remeter os 10% de adolescentes infratores ao sistema penitenciário implicaria também engrossar a lista dos que aguardam vaga nos presídios, haja vista a quantidade de mandados de prisão a serem cumpridos.

O segundo ponto refere-se ao bem tutelado. Há que se questionar se quando uma sentença de internação é aplicada a um adolescente não estamos apenas tutelando o interesse social da segurança pública e da prevenção e repressão da delinqüência.

Tal reflexão é bastante provocativa porque interroga-nos se a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente ainda não está se dando com base em princípios e paradigmas dos adultos, ou ainda repressivos?

Nesses termos, as críticas ao Estatuto não podem se dar isoladas da verificação contundente do funcionamento das instituições responsáveis pela aplicação e execução das medidas socioeducativas.

O descompasso entre a previsão legal e as práticas institucionais parece ser a principal causa da perplexidade da sociedade e especialmente das autoridades responsáveis pela proteção e defesa dos direitos da juventude.

Apesar da adoção de uma legislação garantista, as práticas institucionais e mesmo a aplicação da lei por parte dos operadores do direito ainda se dão nos moldes da doutrina da situação irregular, em desconsideração com a Proteção Integral adotada pelo Estatuto.

Basicamente, por influência da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente de 1989 e a correspondente prioridade absoluta no estabelecimento de políticas públicas concedida às crianças e adolescentes pela Constituição Federal de 1988, a nova lei superou o que se denominava de Doutrina da Situação Irregular, instaurando a Doutrina da Proteção Integral.

Pode-se dizer que nossa Constituição antecipou tal abordagem, especialmente por meio do disposto em seu artigo 227 e em seguida, dois anos depois, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) instrumentalizou essa doutrina, prevendo garantias substanciais e processuais destinadas a assegurar os direitos consagrados, quanto à institucionalização da participação comunitária no controle da elaboração e execução das políticas públicas.[2]

(2) GARCIA MENDEZ, Emilio. *Das necessidades aos Direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 76.

Na América Latina, após a ratificação da Convenção dos Direitos da Criança da ONU, somente o Brasil e o Peru alteraram totalmente seus ordenamentos jurídicos, distinguindo os programas para crianças e adolescentes vítimas, dos programas para crianças e adolescentes vitimadores (infratores), adotando assim integralmente os princípios da Convenção.

Equador, El Salvador, República Dominicana e Bolívia procederam alterações, mas no entanto continuam misturando programas de proteção com programas socioeducativos sem muito rigor. Já a Argentina, Paraguai, Uruguai, Chile, Venezuela, Colômbia, México, Cuba, Guatemala, Nicarágua, Panamá, Costa Rica e Honduras ainda não se adaptaram minimamente à Convenção.

A primeira questão que emerge desta análise é saber exatamente o quê preconiza esse instrumento internacional que sem dúvida é o tratado de maior aceitação por toda comunidade internacional, tendo sido ratificado por 191 países, exceto Estados Unidos e Etiópia. E especialmente analisar seu impacto no direito brasileiro.

A Convenção Internacional da ONU contém elementos da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, mas extrapolou a mera declaração de direitos, prevendo elementos de defesa efetiva da cidadania. Chamada por Edson Sêda como a Lei das leis, a Convenção consolida um corpo de legislação internacional denominado "Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral da Infância".

Esse corpo legal é formado pela própria Convenção, pelas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, pelas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens privados de Liberdade e pelas Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinqüência Juvenil.

Todas essas regras, compõem o que poderíamos chamar de Nova Gramática do Direito da Criança, uma vez que deslegitimam por completo o velho direito de menores, ou ainda a antiga doutrina da situação irregular.

A gramática instaurada pela Convenção pode ser definida a partir dos seguintes pontos:

1. As legislações se destinam para o conjunto da categoria Infância;

2. Definição e hierarquização da função judicial: ao juiz cabe dirimir conflitos de natureza jurídica, é prevista a presença obrigatória de advogado e ao Ministério Público cabe a função de controle e contrapeso;

3. A situação irregular recai sobre a pessoa ou instituição que se omitiu de alguma forma em relação à criança e ao adolescente;

4. Previsão jurídica do princípio de igualdade perante a lei;

5. A internação somente é cabível nos casos de delitos ou contravenções;

6. A Infância é concebida como sujeito pleno de direitos;

7. Incorporação dos princípios constitucionais de proteção à pessoa;

8. Eliminação dos eufemismos. Exemplo: a internação constitui-se em real privação de liberdade.

Em consonância a esses princípios, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê seis modalidades de medida que procuram conjugar uma resposta às infra-

ções e conforme o caso, proteger, educar e até punir, melhor prevenindo práticas anti-sociais.

Dentre as medidas socioeducativas, que possuem um caráter predominantemente pedagógico, o Estatuto privilegia as medidas restritivas de direitos, reservando a privação de liberdade para os casos de maior gravidade. Por essa razão, o artigo 121 do ECA é taxativo ao estabelecer a medida de internação em sujeição aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Também não deixa de prescrever no parágrafo 2.º do artigo 122, que a internação somente será aplicada diante da impossibilidade de outra medida.

No entanto, nos últimos três anos temos assistido a um aumento de aproximadamente 50% no número de internações no Estado de São Paulo, segundo dados da Febem/SP.

No mundo todo são mais de 1,5 milhões de jovens que se encontram detidos. Países que optaram por uma política de aprisionamento como foi o caso dos Estados Unidos, ao invés de resolveram o problema da violência, apenas o ampliaram. O único resultado dessa opção é o aumento da criminalidade violenta e a conseqüente ampliação da população carcerária no futuro.

Ademais a prática em nosso país vem demonstrando grande ausência do papel da Justiça após a internação, não há um prosseguimento aos procedimentos de proteção. E em geral, as instituições de privação de liberdade não têm curso formal que desperte o interesse dos jovens, os cursos profissionalizantes não têm utilidade para suas vidas ou exigem um nível de escolaridade que os jovens ainda não atingiram. Aspectos que efetivamente não justificam a aplicação da medida, que em 60% dos casos no Estado de São Paulo corresponde a primeira internação.

As demais medidas socioeducativas, especialmente em meio aberto, oferecem condições para que o jovem supere a prática de infrações, a partir de seu compromisso pessoal, que deve contar também com o compromisso do Poder Público, da comunidade e de sua família.

Experiências bem-sucedidas de 11 Estados brasileiros foram identificadas pelo Prêmio Sócio-Educando* e comprovam a eficácia dessas medidas em meio aberto, com custos menores que a internação e índices muito mais baixos de reincidência. Em todas as experiências selecionadas, a marca é a criatividade, o envolvimento da família, da comunidade, das autoridades e o reconhecimento de que o jovem em conflito com a lei é uma pessoa em desenvolvimento e que poderá superar a prática

(*) O Prêmio Sócio-Educando é uma iniciativa do ILANUD, do UNICEF, da ANDI (Agência de Notícias do Direito da Infância) e da Fundação Educar D. Paschoal, que tem por objetivo fortalecer o Estatuto da Criança e do Adolescente, revitalizando a cultura jurídica no que se refere à aplicação de medidas socioeducativas em meio aberto, demonstrando sua viabilidade e eficácia em consonância com a Constituição Federal de 1988 e toda normativa internacional de proteção dos direitos da Criança e do Adolescente.

de infrações se lhe forem assegurados os meios adequados.

Fica demonstrado que, muitas vezes no contexto da infração, o Estado terá a possibilidade de suprir e corrigir suas próprias falhas e omissões, do contrário estaremos e por que não dizer, estamos, diante da criminalização da pobreza, da prisionização e da formação de uma identidade criminosa nos jovens brasileiros.

Bibliografia

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. *Estatuto, o novo direito da criança e do adolescente e a justiça da infância e da juventude.* Florianópolis: Diretoria de Doc. e Publicações, 1996.

———. *Imputabilidade penal aos 16 anos. Uma solução?* Florianópolis: ABMP, Ed. El Shaddai, 1999.

DEPARTAMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – SNDH/MJ – *Caderno 01* – Série Idéias e Resultados. Atendimento ao adolescente em conflito com a lei: Reflexões para uma prática qualificada. Brasília, 1998.

GARCIA MENDEZ, Emilio. "Adolescentes infratores graves: Sistema de justiça e política de atendimento". *Desenvolvimento Social e Ação Educativa* – MODUS FACIENDI Publicações e Serviços Ltda. Rio de Janeiro: Universitária Santa Úrsula, 1993.

———. *Das necessidades aos direitos.* São Paulo: Malheiros, 1994.

INESC. *A implementação das medidas sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.* Assembléia Ampliada sobre o Ato Infracional e as Medidas Sócio-Educativas. Brasília, 1996.

SILVA, Maria Dulce. *Infância (des)assistida e política de proteção especial.* Teresina: EDUFPI, 1997.

SILVA, Roberto da. *Os filhos do governo – A formação da identidade criminosa em crianças órfãs e abandonadas.* Série Fundamentos. São Paulo: Ática, 1997.

UNICRI – United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute. *Rromani Youths: The Pathways of Juvenile Justice.* Publication 59. Rome: United Nations Publication, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. "O princípio da reciprocidade e o adolescente autor de ato infracional". *Políticas Públicas e estratégias de atendimento sócio-educativo ao adolescente em conflito com a lei.* Coleção Garantias de Direitos, série Subsídios, t. II.

VOLPI, Mário. *Os adolescentes e a lei: o direito dos adolescentes, a prática de atos infracionais e sua responsabilização.* Mário Volpi e João Batista Costa Saraiva. Brasília: ILANUD, 1998.

4. INFÂNCIA E JUVENTUDE

4.2

300 ANOS DE CONSTRUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

ROBERTO DA SILVA

SUMÁRIO: 1. A Construção do Direito do Menor – 2. A Doutrina da Situação Irregular – 3. A Doutrina da Proteção Integral – Bibliografia.

Resumo: O texto apresenta uma visão panorâmica da construção dos direitos da criança e do adolescente no Brasil, historiando as práticas do abandono de crianças, as primeiras obras assistenciais centralizadas nas Santas Casas de Misericórdia, introduzindo no Brasil o modelo vigente em Portugal, as primeiras legislações que mostram a preocupação do Poder Público com o tema e sua migração por várias instâncias do Executivo até centralizar-se no Poder Judiciário, com a edição sucessivamente, dos códigos de menores de 1927 e 1979. É sob a tutela do Judiciário que se ordena todo o processo judicial e os procedimentos das instituições de atendimento, sendo posteriormente essa atribuição compartilhada com a sociedade civil por meio da criação dos conselhos dos direitos da criança e do adolescente e dos conselhos tutelares pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Palavras-chave: Abandono – Criança e adolescente – Infância, Políticas públicas – Febem.

Dada a necessidade de um melhor entendimento do contexto sociopolítico e cultural em que se constituiu a tradição de concubinato, de geração de filhos tidos como ilegítimos, de delinqüência infanto-juvenil, de constituição da família brasileira, e como conseqüência de tudo isso, do abandono de crianças, na presente conferência abordarei a evolução da construção jurídica por meio da qual o Estado brasileiro pretendeu normatizar a política de assistência à criança carente, órfã e/ou abandonada.

Os cursos jurídicos ensinam que as fontes do direito são a natureza, a tradição e os hábitos e costumes social e culturalmente consagrados. Tendo em mente também que as leis são formuladas, na sua origem, para assegurar os direitos de um protótipo de homem, que no caso brasileiro apresentava-se, no início do século, como homem, branco, letrado e cristão, a mulher e a criança tornaram-se tributários desses direitos apenas a partir da relação de parentesco e de consangüinidade com o varão.

Com essas premissas, teremos oportunidade de ver que se os conceitos ontológicos fundamentam o capítulo referente à família no Código Civil Brasileiro, dando origem a um ramo das ciências jurídicas, que é o Direito de Família, os hábitos e os costumes social e culturalmente aceitos no Brasil fundamentaram

uma legislação paralela, o Direito do Menor, destinada a legislar sobre aqueles que não se enquadravam dentro do protótipo familiar concebido pelas elites intelectuais e jurídicas.

Iniciarei este texto comentando o Código de Menores de 1927 e o de 1979, ressaltando o tratamento diferenciado reservado à família desestruturada e precária, incidindo de modo particular sobre os direitos de pátrio poder, de tutela, de legitimação dos filhos ilegítimos e os instrumentos pelos quais legitimou-se a figura do juiz como o fiel a normatizar e intermediar as relações desses pais e de seus filhos com o Estado.

Em seguida, abordarei o Estatuto da Criança e do Adolescente, tido como uma das mais avançadas legislação de proteção à criança, e darei ênfase à fundamentação que ele recebeu das convenções e dos tratados internacionais, já na perspectiva de proteção dos direitos humanos, constituindo-se em um instrumento pelo qual pode se dar a transição, gradativamente, da tutela da criança e da família em situação de risco pessoal e social, da figura do juiz para o educador social.

Apresentarei também um breve panorama do estágio atual de implantação do ECA no país, relatando as principais conquistas e as principais dificuldades na sua efetivação.

1. A Construção do Direito do Menor

Desde 1916, o Brasil possui, ainda em pleno vigor, um Código Civil, que basicamente regula os direitos individuais, o direito de propriedade e o Direito de Família.

Na parte referente ao Direito de Família estão especificadas as obrigações dos pais em relação aos seus filhos, desde o nascimento até a idade de 21 anos. Dentre tais obrigações estão o direito de filiação, a sucessão no nome e na herança, a alimentação, a educação e a saúde, entrando o Estado apenas a título complementar, se faltar a proteção familiar.

O Código de Menores de 1927, que consolidou toda a legislação sobre crianças até então emanada por Portugal, pelo Império e pela República, consagrou um sistema dual no atendimento à criança, atuando especificamente sobre os chamados efeitos da ausência, que atribui ao Estado a tutela sobre o órfão, o abandonado e os pais presumidos como ausentes, tornando disponível os seus direitos de pátrio poder. Os chamados direitos civis, entendido como os direitos pertinentes à criança inserida em uma família padrão, em moldes socialmente aceitáveis, continuou merecendo a proteção do Código Civil Brasileiro, sem alterações substanciais.

No que se refere à família, as mais significativa das poucas alterações ocorridas de 1916 para cá foram a normatização do desquite e da separação judicial, com a aprovação da Lei do Divórcio 6.515/77, aprovada em 1977, da lavra do senador Nelson Carneiro e a que regulamentou a investigação de paternidade (8.560/1992), com o claro propósito de assegurar os mesmos direitos de filhos legítimos aos

filhos concebidos fora do casamento, ambas significando a consagração em lei de uma prática social culturalmente aceita e amplamente difundida.

O descumprimento de quaisquer das obrigações estipuladas aos pais pelo Código Civil, bem como a "conduta anti-social" por parte da criança passou a justificar a transferência da sua tutela dos pais para o juiz, e conseqüentemente, do Código Civil para o Código de Menores.

O Código de Menores de 1927 destinava-se a especificamente a legislar sobre as crianças de 0 a 18 anos, em estado de abandono, quando não possuíssem moradia certa, tivessem os pais falecidos, fossem ignorados ou desaparecidos, tivessem sido declarados incapazes, estivessem presos há mais de dois anos, fossem qualificados como vagabundos, mendigos, de maus costumes, exercessem trabalhos proibidos, fossem prostitutos ou economicamente incapazes de suprir as necessidades de sua prole.

O Código denominou essas crianças de "expostos" (as menores de 7 anos), "abandonados" (as menores de 18 anos), "vadios" (os atuais meninos de rua), "mendigos" (os que pedem esmolas ou vendem coisas nas ruas) e "libertinos" (que freqüentam prostíbulos).

O mesmo Código estabeleceu que os processos de internação dessas crianças e o processo de destituição do pátrio poder seriam gratuitos e deveriam correr em segredo de justiça, sem possibilidades de veiculação pública de seus dados, de suas fotos ou de acesso aos seus processos por parte de terceiros.

O Código de Menores também instituiu o intervencionismo oficial no âmbito da família, dando poderes aos juizes e aos comissários de menores, pelo Artigo 131, para vistoriarem suas casas e quaisquer instituições que se ocupassem das crianças já caracterizadas como "menores".

Como resultado das negociações para erradicar o Sistema da Roda e a Casa dos Expostos, garantiu-se também o segredo de justiça, reservando-se às entidades de acolhimento de menores e aos cartórios de registro de pessoas naturais o sigilo em relação aos genitores que quisessem abandonar os seus filhos, garantindo-se em particular o sigilo da mãe quanto ao seu estado civil e as condições em que foram gerada a criança.

Pelo seu Artigo 55, o Código de 27 conferiu também ao juiz plenos poderes para devolver a criança aos pais, colocá-la sob guarda de outra família, determinar-lhe a internação até os 18 anos de idade e determinar qualquer outra medida que achasse conveniente.

Apenas no Artigo 68, o Código ocupou-se do já então denominado "menor delinqüente", fazendo a diferenciação entre os menores de 14 anos e os de 14 completos a 18 anos incompletos, sempre deixando clara a competência do juiz para determinar todos os procedimentos em relação a eles e aos seus pais. Estabeleceu-se também a obrigatoriedade da separação dos "menores delinqüentes" dos condenados adultos, mas em 1940 foi promulgado o Código Penal Brasileiro (Decreto-lei 2.848/40), consagrando a inimputabilidade criminal do menor de 18 anos de idade, depois regulamentada pelo Decreto-lei 3.914/41 e até hoje em vigor.

Aos delinqüentes maiores de 16 anos instituiu-se a possibilidade da "liberdade vigiada", pela qual a família ou os tutores deveriam responsabilizar-se pelo

processo de regeneração do menor, com as obrigações de reparação dos danos causados e de apresentação mensal do menor em juízo.

O Código de Menores estendeu a autoridade do juiz sobre os jovens de 18 a 21 anos de idade, condescendendo-lhes atenuantes frente ao Código Penal, mas determinando o recolhimento em Colônias Correcionais dos vadios e dos jogadores de capoeira pelo prazo de um até cinco anos.

O Código de 27 estabeleceu como impedimento para o recebimento ou manutenção dessas crianças em casa o fato de qualquer pessoa da família ter sido condenada pelos Artigos 285 a 293, 298, 300 a 302 do Código Penal, por ser perigosa ou anti-higiênica, se o número de habitantes fosse excessivo, e se, por negligência, ignorância, embriaguez, imoralidade ou maus costumes, fosse incapaz de se encarregar da criança.

O Artigo 48 estabeleceu que passados trinta dias após a notificação do recolhimento da criança, sem que o pai, a mãe ou tutores se manifestassem, qualquer pessoa idônea poderia requerer diante do juiz os direitos de pátrio poder sobre a criança.

No caso de crianças que tivessem sido encaminhadas à famílias substitutas, foi concedida a possibilidade da legitimação adotiva por cônjuges casados há mais de cinco anos, por casais que não pudessem ter filhos ou por viúvos e viúvas, ocasião em que a criança passaria a ter todos os direitos de filho legítimo e passaria então a reger-se a sua tutela pelo Código Civil e não mais pelo Código de Menores, isto é, a inclusão em uma família legalmente constituída e julgada moralmente capaz tinha o poder de fazer cessar sobre ela a jurisdição do juiz.

O Código Penal, que data de 1940 e também está ainda em vigor, estabeleceu penas de detenção de seis meses a três anos ao genitor que abandonasse crianças, aumentou-a para pena de reclusão de um a cinco anos, se do abandono resultassem lesões corporais de natureza grave, e se o abandono causasse a morte da criança, a pena era de quatro a doze anos, agravada se o abandono ocorresse em lugar ermo onde não fosse possível o socorro à criança.

A situação acima retratada caracterizou o que convencionou-se chamar "Doutrina do Direito do Menor", ao mesmo tempo uma derivação do Direito de Família e uma nova especialização dentro das ciências jurídicas, que até 1990 chamou-se Direito do Menor e tanto constituiu-se em cadeiras específicas nos cursos de direito como orientou a organização da magistratura brasileira, com a criação do Juízo Privativo de Menores (Lei 2.059/25), do Conselho de Assistência e Proteção do Menor (Decreto 3.228/25), do Serviço Social de Menores (1938) do Serviço de Colocação Familiar (Lei 560/49), da figura do Juiz de Menores, do Comissariado de Menores, do Serviço de Assistência ao Menor, sendo que os procedimentos de internação foram disciplinados por provimentos dos Conselhos Superiores da Magistratura em cada Estado brasileiro

2. A Doutrina da Situação Irregular

A Doutrina da Situação Irregular, que substituiu a Doutrina do Direito do Menor, ao ser aprovado o Código de Menores de 1979, é uma construção doutri-

nária oriunda do Instituto Interamericano del Niño, órgão da OEA, do qual o Brasil participa, juntamente com os Estados Unidos, Canadá e os demais países das Américas. Sua formulação teórica é atribuída ao jurista argentino Ubaldino Calvento e teve como maior propagador no Brasil o juiz de menores do Rio de Janeiro, Alyrio Cavalieri.

A Associação Brasileira de Juízes de Menores incorporou tal conceito a partir do seu XIV Congresso, realizado no Chile em 1973, sob a justificativa de que se adequava à tradição legislativa brasileira, de só tomar conhecimento da problemática da criança a partir do momento em que se configurasse estar ela em "situação irregular" junto à família. De fato, as alterações promovidas no Código de 27 ao longo dos anos, particularmente pelas leis 4.655/65, 5.258/67 e 4.439/68, foram todas no sentido de especificar a natureza do tratamento necessário ao "menor infrator", distinguindo-o do órfão e do abandonado, ainda que todos fossem caracterizados como em "situação irregular".

Alyrio Cavalieri foi quem propôs e fez aprovar no Código de Menores de 79 a substituição das diferentes terminologias pelas quais se designava a criança, exposto, abandonado, delinqüente, transviado, infrator, vadio, libertino, etc., reunindo-os todos sob a mesma condição de "situação irregular".

Sob essa categoria o Código de Menores de 1979 passou a designar as crianças privadas das condições essenciais de sobrevivência, mesmo que eventuais, as vítimas de maus tratos e castigos imoderados, as que se encontrassem em perigo moral, entendidas como as que viviam em ambientes contrários aos bons costumes e as vítimas de exploração por parte de terceiros, as privadas de representação legal pela ausência dos pais, mesmo que eventual, as que apresentassem desvios de conduta e as autoras de atos infracionais.

A transição entre os Códigos de 27 e de 79 ocorreu efetivamente com a criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, em dezembro de 1964, que modelou a criação das Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor, ainda hoje existente em alguns Estados brasileiros.

A criação da Funabem implicou a formulação de uma Política Nacional do Bem-Estar do Menor, à que teve que se subordinar todas as entidades públicas e particulares que prestavam atendimento à criança e ao adolescente.

Concebida para ter autonomia financeira e administrativa, a Funabem incorporou toda a estrutura do Serviço de Assistência ao Menor existente nos Estados, incluindo o atendimento tanto aos carentes e abandonados quanto aos infratores.

É preciso entender que a Funabem e as Febens Estaduais foram concebidas no bojo de uma ampla reforma, entendida como conquista da Revolução de 64, que incluiu a outorga de uma nova Constituição em setembro do mesmo ano, a decretação de vários atos institucionais, como o AI-5, e por orientação do governo e das agências americanas, a reforma do sistema educacional brasileiro a partir dos acordos MEC/USAID, e posteriormente, a reforma do ensino universitário em 1968, com o objetivo deliberado de constituir barreiras ideológicas, culturais e institucionais à expansão da ideologia marxista, que então estava em voga em todo o continente sul-americano.

A questão do menor passou a ser tratada no âmbito da doutrina de Segurança Nacional, cuja matriz brasileira foi a Escola Superior de Guerra e teve como matriz americana o National College War e a sua National Security Act, de 1947.

A criação de uma fundação nacional foi um projeto cultivado desde a realização da 1ª Semana de Estudos dos Problemas de Menores, que se sucederam depois pelos anos de 49, 50, 51, 52, 53, 56, 57, 59, 70, 71 e 73 sob o patrocínio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o que ocorreu também no Rio de Janeiro a partir de 1955.

Submetida à Câmara dos Deputados em 1961, a proposta foi rejeitada. Em 1964, um filho do então ministro da justiça Milton Campos, foi barbaramente assassinado por adolescentes moradores nos morros do Rio de Janeiro, e o próprio ministro, juntamente com outros juristas do Rio de Janeiro, convenceram o presidente general Humberto Castelo Branco a criar, por decreto, a almejada fundação nacional.

Esboçada dentro do espírito da Doutrina da Segurança Nacional, a formulação teórica da Escola Superior de Guerra, que se constituiu no norteador das ações dos governos militares, a Funabem propunha-se a resolver um problema nacional, pois nas palavras de seu primeiro presidente, o médico Mário Altefender, "cada vez mais se acentuava a necessidade da elaboração de uma nova política, cuja execução fosse entregue a um órgão federal, fazendo desaparecer a idéia de que cada um pode resolver seus problemas locais, estanques, quase pessoais, sem pensar na Nação, como que ignorando a existência de 22 Estados e territórios e que tudo se chama Brasil" (*Anais da XI semana de estudos sobre problemas de menores*, São Paulo, 1971:476).

A tônica do seu discurso insistia em que "o problema do menor, diretamente ligado ao problema da família, tendo como agravantes fatores que todos nós conhecemos [...] como a explosão demográfica, o problema da saúde, a deficiente alimentação, a migração, o subemprego, a falta de religião, o desrespeito à autoridade, a ignorância da pátria, o problema do menor não pode ser solucionado com a idéia ingênua de construir abrigos. Infelizmente ainda se percebe no Brasil a influência dessa detestável política. Questões como mendicância, abandono de menores, delinqüência, ainda são tomados como existentes porque os Juizes de Menores e a polícia são ineficientes" (idem).

Com essa percepção quanto à problemática, o menor passou a figurar em lugar de destaque na Doutrina da Segurança Nacional, passando a ser efetivamente tratado como um problema de ordem estratégica, saindo da esfera de competência do Poder Judiciário e passando diretamente à esfera de competência do Poder Executivo.

A concepção arquitetônica e pedagógica das unidades da Funabem e das Febens inspirou-se, como parecia óbvio naquele momento, no modelo americano desenvolvido, dentre outros, por Donald W. Winnicott, para atendimento de crianças evacuadas ou tornadas órfãs em virtude da Segunda Guerra Mundial.

Segundo esse psiquiatra e psicanalista inglês "essas crianças [nossos menores] em tempos de paz, podem ser classificadas em duas amplas categorias: crianças cujos lares não existem ou cujos pais não conseguem estabelecer uma base para

o desenvolvimento delas, e crianças que têm um lar mas, nele, um pai ou uma mãe mentalmente doente. Crianças como essas apresentam-se em nossas clínicas em tempos de paz, e verificamos que necessitam justamente do que precisavam as crianças que, durante a guerra, eram difíceis de alojar. Seu ambiente familiar as frustrara. Digamos que o que essas crianças precisam é de estabilidade ambiental, cuidados individuais e continuidade desses cuidados. Estamos pressupondo um padrão comum de cuidados físicos"

Orientado por esse pensamento, instituiu-se o sistema de internação de carentes e abandonados até os 18 anos, e no tratamento dos infratores substituiu-se a "política dos portões abertos" pela "política dos muros retentores", sob a justificativa, apresentada pelo Grupo de Trabalho do Tribunal de Justiça de São Paulo, que propôs a criação das unidades de infratores, de que *era necessário tranqüilidade para o trabalho dos técnicos e dos especialistas das várias modalidades profissionais*. Para possibilitar isso, o mesmo GT recomendou que para essas unidades *fossem contratados inspetores de alunos, monitores ou atendentes jovens e vigorosos (com um mínimo de escolaridade), a presença de guarda permanente (reedição do sistema penitenciário), correlacionamento policial perfeito (o mesmo tratamento para menores e adultos), que houvesse compreensão política (para justificar a necessidade de isolamento das instituições totais) e, sobretudo, confiança social (para que não houvesse ingerência no que acontecia dentro dos muros das instituições).*

Ao mesmo tempo que o sistema educacional brasileiro foi afetado pela Doutrina da Segurança Nacional, com a introdução de elementos curriculares que reforçassem os sentimentos de patriotismo e de nacionalismo, a educação das crianças e adolescentes sob a tutela da Funabem/Febem passou a ser feita segundo os preceitos do militarismo, com ênfase na segurança, na disciplina e na obediência.

É importante ressaltar que os princípios da Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, de 1924, não teve nenhuma repercussão na redação final do Código de Menores de 1927. Da mesma forma, os legisladores brasileiros não foram sensíveis aos princípios já consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948 e no Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, que obrigou os países signatários a adotarem em seu direito interno os princípios da Convenção, figurando ali a proteção à família e os direitos da criança, assim como a Declaração sobre os Direitos da Criança, adotada pela ONU em 20 de novembro de 1959, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais acima citados, ambos de 1966, não tiveram nenhuma influência significativa na redação final do Código de Menores de 1979, ainda que o Brasil fosse sensível à agenda de discussões da Organização dos Estados Americanos, como ficou patente na adoção da doutrina da Proteção Integral.

É que entre as décadas de 20 e 70 formava-se no Brasil, sobretudo dentro do Poder Judiciário, uma "escola menorista", que dialogava com os países sul-americanos e mostrava-se sensível apenas às discussões travadas no âmbito da Organização dos Estados Americanos.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, não obstante ter sido aprovado pela ONU em 16 de dezembro de 1966, só foi ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, quando o Estatuto da Criança e do Adolescente, já aprovado, passou a incorporar as regras previstas nos artigos 2.°, 14, 17, 23 e 24 do Pacto, que condenavam o tratamento diferenciado para crianças em razão da forma como fora concebida, de sua origem social ou de sua condição econômica, preceitos esses presentes no sistema dual enunciado pela subordinação de crianças ora ao Código Civil ora ao Código de Menores, segundo a sua composição familiar e origem social.

As mesmas objeções existiam em relação ao artigo 10.° do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, também só ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, portanto depois da aprovação do ECA, é o mais completo tratado internacional sobre os direitos da criança, colocando-a, ao longo de seus 54 artigos, em posição de absoluta prioridade na formulação de políticas sociais e na destinação de recursos públicos.

3. A Doutrina da Proteção Integral

A Doutrina da Proteção Integral do Menor foi enunciada inicialmente na Declaração dos Direitos da Criança, em 1959, mas o 8.° Congresso da Associação Internacional de Juízes de Menores, (Genebra, 1959) posicionou-se no sentido de que não era função do Poder Judiciário assegurar à criança direitos tão amplos como o direito ao nome, à nacionalidade, à saúde, à educação, ao lazer e ao tratamento médico dos deficientes.

A posição majoritária, defendida por Alyrio Cavalieri, e que redundou na adoção da Doutrina da Situação Irregular, era no sentido de a Justiça de Menores limitar-se à aplicação do Direito do Menor, relegando os Direitos da Criança para a competência do Poder Executivo.

Nas décadas de 60 e 70, Juizados de Menores como o de São Paulo atuaram hegemonicamente na área da criança, legislando, normatizando e criando as estruturas de atendimento. No Rio de Janeiro, o Juizado não assumia as funções executivas e em todos os Estados brasileiros havia essa indefinição quanto ao que era da competência do Direito da Criança e do Direito do Menor, misturando-se nos juizados as funções executivas e judiciárias.

A criação da Funabem e das Febens estaduais deslindou apenas uma das questões: o Juizado de Menores passou a ocupar-se exclusivamente do Direito do Menor, com ênfase nos infratores, e as fundações assumiram os encargos de formulação e execução das políticas de atendimento. Antes dessa definição a política de atendimento ao menor era, de acordo com o Estado, centralizada ora na Secretaria da Justiça, na Secretaria da Segurança Pública ou na Secretaria da Promoção Social, até que, no início da década de 80, com a grande vitória eleitoral do PMDB, fomentou-se a criação de uma Secretaria do Menor ou algo equivalente nos Estados.

Continuava indefinida ainda as competências quanto aos Direitos da Criança e aos Direitos do Menor, sem o quê não seria possível a adoção da Doutrina da Proteção Integral.

Foi a conjuntura interna do país, na segunda metade da década de 80, mais do que todas as Declarações e Convenções internacionais, que sinalizou as condições propícias à adoção da Doutrina da Proteção Integral.

O grande movimento pela democratização do país colocou na ordem do dia a pauta dos direitos humanos, que basicamente significava um veemente repúdio a tudo o que advinha do Regime Militar.

O reordenamento jurídico do país deu-se pelo Movimento Nacional Constituinte e pela promulgação de uma Constituição Federal em 1988. A marca do reordenamento jurídico foi a "remoção do entulho autoritário", a preocupação que norteou os constituintes e as pressões dos movimentos populares e da sociedade organizada no sentido de assegurar a inclusão, aprovação e manutenção de diversos dispositivos que colocassem o cidadão a salvo das arbitrariedades do Estado e dos Governos.

O Artigo 226 incorporou todos os preceitos das Cartas Internacionais de 45, 48, 51, 59, 66, 68, 69 e 79, no que se refere à proteção à mulher e à família, mas foi o Artigo 227, ao exigir uma lei específica que o regulamentasse, que possibilitou, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, finalmente aprovado em 13 de julho de 1990, que o constituinte incorpasse como obrigação da família, da sociedade e do Estado, assegurar, com absoluta prioridade, os direitos da criança e do adolescente.

Criança, até 12 anos, e adolescente, até 18, são então definidos como "pessoas em fase de desenvolvimento", eliminou-se a rotulação de "menor", "infrator", "carente", "abandonado", etc., classificando-os todos como crianças e adolescentes em situação de risco.

A legislação específica (o ECA), depois normatizou a atuação do Poder Judiciário na defesa desses direitos, atribuiu ao Ministério Público e aos Conselhos Tutelares a promoção e a fiscalização dos mesmos direitos e aos Conselhos Nacional, Estaduais e Municipais a atribuição de formularem as políticas nacional, estaduais e municipais para a criança e o adolescente.

Mesmo no ECA, a Justiça da Infância e da Juventude e o juiz continuaram com a possibilidade de intervenção junto à família e à criança nos casos típicos de Direito Processual Civil e Direito Processual Penal, como a guarda, tutela, adoção, investigação de paternidade e maus-tratos.

O juiz passou a ser obrigatoriamente assessorado por uma equipe interprofissional, que no Código de 79 ficava ao seu arbítrio consultar ou não. A equipe técnica (normalmente composta por um psicólogo e um assistente social, no mínimo), tem o mesmo *status* científico, pois tanto o juiz quanto o psicólogo e o assistente social são bacharéis, mas o ECA ainda fez uma concessão ao Poder Judiciário, atribuindo maior autoridade ao juiz, quando eu entendo que ali está configurado um conselho de sentença que impediria definitivamente que as decisões relativas à criança fossem tomadas por uma única pessoa.

Farei a seguir uma breve exposição do estágio atual da implantação do ECA, dos Conselhos Tutelares e Municipais no Brasil, situando as suas conquistas e dificuldades.

É preciso entender que o ECA, como a Constituição e os demais dispositivos de garantia das liberdades individuais dela derivados, possui um certo ranço revanchista em relação à cultura autoritária que o Brasil viveu sob o regime militar.

O ECA inaugurou uma nova ordem jurídica e institucional para o trato das questões da criança e do adolescente, estabelecendo limites à ação do Estado, do juiz, da Polícia, das Empresas, dos adultos e mesmo dos pais, mas não foi capaz ainda de alterar significativamente a realidade da criança e do adolescente. A mudança de nomenclatura, substituindo os rótulos pejorativos de "menor", "infrator", "abandonado" etc., estabeleceu a cultura do "politicamente correto", mas quem estava nas ruas ou nas instituições antes do ECA, hoje, se adulto, está no Sistema Penitenciário ou continua sendo portador das marcas e dos estigmas incorporados durante a infância.

Parcela significativa da sociedade brasileira cultiva o sentimento de que o ECA, ao estabelecer limites ao exercício da autoridade familiar, jurídica, institucional e policial sobre a criança e o adolescente, reforçou também a impunidade aos delitos cometidos por eles.

Nesse sentido, as distorções mais visíveis na interpretação e aplicação do ECA é o uso que adultos, quadrilhas criminosas e o tráfico organizado passaram a fazer da criança e do adolescente, iniciando-os precocemente nas lides delinqüenciais. Crianças e adolescentes são recrutados por adultos e por quadrilhas para fazerem os seus trabalhos sujos, como ser o portador da droga e das armas ou exercer a vigilância armada nos locais de tráfico. O resultado dessa distorção foi o recrudescimento do extermínio de crianças e de adolescentes por parte da polícia e dos grupos de justiceiros, geralmente composto por policiais pagos por comerciantes das periferias das grandes cidades e os clamores da sociedade no sentido de redução da maioridade penal para os 16 anos.

O Código Civil Brasileiro define a maioridade civil aos 18 anos e a maioridade jurídica aos 21. A maioridade eleitoral é estabelecida, opcionalmente, aos 16 anos, a maioridade trabalhista aos 14 anos e o Código Penal Brasileiro estipula a maioridade penal também aos 18 anos. Às crianças menores de 12 anos autoras de ato infracional, de qualquer tipo, o ECA manda o Conselho Tutelar aplicar medidas de proteção e aos maiores de 14 até 18 anos, o juiz pode aplicar medidas de internação pelo período máximo de três anos, liberdade assistida e semiliberdade. Os mesmos crimes, se praticados por adolescentes ou por adultos, podem receber penas de 3 ou 30 anos, e é nesse sentido que dá-se a distorção quanto à utilização de adolescentes por parte de adultos, de quadrilhas e de *gangs*.

Esse é, em síntese, o quadro atual do pensamento jurídico-assistencial brasileiro no que se refere à criança e ao adolescente órfãos, abandonados ou que cometem atos infracionais.

Bibliografia

CAVALIERI, Alyrio. *Direito do menor*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

MARTINS, Roberto R. *Segurança nacional*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

OLIVEIRA, Juarez. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

SILVA, Roberto da. *Os filhos do governo: a formação da identidade criminosa em crianças órfãs e abandonadas*. São Paulo: Ática, 1997.

TEIXEIRA, Antonio L. Meireles. *Código civil*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 1995.

WINNICOTT, Donald W. *Privação e delinqüência*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: IMESP, 1994.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: PGE, 1996.

SENADO FEDERAL. *Código de menores*. 2. ed. Brasília: Senado, 1984.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Anais da X semana de estudos sobre problemas de menores*. São Paulo: TJ, 1971.

———. *Anais da XI semana de estudos sobre problemas de menores*. São Paulo: TJ, 1972.

5. CRIMINOLOGIA

5.1

PRIVAÇÃO E DELINQÜÊNCIA

ALVINO AUGUSTO DE SÁ

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Alguns aspectos da mente infantil: 2.1 Amor e ódio; 2.2 A agressividade; 2.3 A "confiabilidade" do lar – 3. Sentimento de culpa e capacidade de envolvimento: 3.1 Conceitos; 3.2 Origem e desenvolvimento da capacidade de envolvimento; 3.3 Capacidade construtiva – 4. Privação: 4.1 Natureza da privação; 4.2 Conseqüências da privação – 5. A delinqüência: 5.1 Algumas possíveis "vias de solução" da privação emocional; 5.2 A delinqüência, como "via de solução" da privação emocional – 6. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O trabalho faz reflexões em torno da relação entre a privação emocional e a delinqüência. Parte da análise de alguns aspectos profundos da mente infantil (amor e ódio, agressividade e confiabilidade do lar), aborda, dentro do pensamento de Winnicott, o sentimento de culpa e a capacidade de envolvimento. Analisa o conceito de privação, e, considerando suas fases, faz considerações sobre suas conseqüências, mostrando, ao final, em que sentido essas se voltam para a delinqüência, que é tida como uma das "vias de solução" da privação.

Palavras-chave: Privação – Violência – Delinqüência – "Confiabilidade" do lar.

1. Introdução

O presente trabalho analisa a relação entre a privação e a conduta delinqüente, buscando compreender sob que aspectos a conduta delinqüente da criança, ou, futuramente, do adolescente e do adulto vincula-se às privações por ela sofridas. A abordagem é psicológica, tomando-se cuidado, no entanto, para que a linguagem, ainda que hipoteticamente algo estranha a estudantes e profissionais não familiarizados com as análises psicológicas, possa ser acessível a eles, já que o trabalho se destina também a profissionais operadores do Direito.

Por óbvio, em assunto de delinqüência, não se descarta a importância fundamental dos fatores econômicos e da privação econômica. Entretanto, o foco de análise será a privação emocional, mormente a privação emocional ocorrida nos primeiros anos de vida. No rol das privações, a emocional, ocorrida nos primeiros anos de vida, é a que atinge mais profundamente o ser humano. Dependendo de sua intensidade e modalidade o indivíduo moldará seu padrão de reações às demais e futuras privações. A privação emocional deixa suas marcas mais profun-

das ou menos profundas. São "feridas" que podem reabrir-se a qualquer momento, dependendo da intensidade da nova privação. Mas há certas marcas que, por sua profundidade, tornam-se "feridas" permanentemente abertas. A saúde mental do indivíduo, sua adaptação social e sua sintonia com o ordenamento social, sua capacidade de sintonizar seus desejos com os desejos dos outros são diretamente dependentes da ausência ou presença de privações emocionais, de sua natureza e intensidade.

Toma-se aqui delinqüência, não como sinônimo de crime, mas como um fenômeno mais abrangente. A delinqüência supõe uma relação, uma atitude de confronto, antagonismo e oposição frente à sociedade, às suas normas e costumes, atitude essa que pode ter suas formas embrionárias de manifestação já nos primeiros anos de vida da criança. No caso do jovem ou adulto criminoso, importa saber se a conduta criminosa é resultado preponderantemente de contingências ambientais e/ou de um padrão de conduta adquirido e desenvolvido a partir de experiências relativamente recentes, ou se as raízes dessa conduta se assentam sobre uma base historicamente delinqüente.

Este trabalho inspirou-se principalmente no livro *Privação e Delinqüência* (em sua segunda parte, sobretudo), de D. W. Winnicott (Martins Fontes, 1987) e no livro *Cuidados Maternos e Saúde Mental* (em suas partes I e III), de J. Bowlby (Martins Fontes, 1995). O primeiro reúne trabalhos de Winnicott, em sua maioria, das décadas de 50 e 60. O segundo traz a síntese de um amplo relatório que Bowlby fez, a pedido da Organização Mundial da Saúde, sobre os estudos e pesquisas acerca da privação e seus efeitos, tendo passado cinco meses em visita a diversos países da Europa e nos EUA. Sua obra teve uma primeira edição em 1952 e uma segunda em 1964.

2. Alguns aspectos da mente infantil

A nossa vida psíquica, em sua maior parte, está mergulhada no inconsciente, conforme o postulado psicanalítico. O homem não tem acesso direto às camadas inconscientes de seu psiquismo, pese o fato delas serem atuantes e decisivas na definição de suas metas de conduta. Em se tratando da mente infantil, do bebê e da criança em seus primeiros anos de vida, as dificuldades de acesso às mesmas são maiores, pois, principalmente no caso dos bebês, a experiência clínica é praticamente nula. Fica nesse caso o conhecimento da mente infantil por conta de cuidadosas observações e estudos dos comportamentos, gestos e reações dos bebês e crianças. Sua exploração, contudo, é de suma importância, pois nela já se encontram as energias instintuais que, sob condições favoráveis, vão se diferenciar, desenvolver-se e constituir-se nas energias básicas de conduta do adulto.

2.1 Amor e ódio

Amor e ódio são dois sentimentos básicos, fundamentais, primários, sempre presentes na vida psíquica do homem, reprimidos ou explícitos, amadurecidos

ou primitivos, diferenciados ou fundidos. Não há por que se negar sua presença na mente infantil. Segundo Winnicott, a intensidade das experiências de amor e ódio não é de se esperar que seja maior no adulto do que na criança. Só que, na mente infantil, o amor e ódio (instinto libidinal e instinto agressivo) encontram-se em sua forma primitiva, fundidos, indiferenciados e são vividos e experimentados primeiramente e mais intensamente na relação com o objeto que é mais próximo à criança, ou seja, a mãe, ou, no caso do bebê, o próprio seio da mãe. O amor primitivo está mesclado com impulsos agressivos e destrutivos. Estes últimos manifestam-se já por meio das mordidas do bebê no seio da mãe, de seus movimentos bruscos (necessidade de motilidade) e, aos poucos, pelas birras e acessos de raiva e ira. O objetivo do bebê não é agredir a mãe, mas unicamente dar vazão às suas energias instintuais, satisfazer a sua "voracidade" e conquistar a "paz do corpo e de espírito", segundo palavras de Winnicott. Importante frisar que, como diz o citado autor, o bebê morde o seio quando está excitado e não quando está frustrado. Seria o caso de se dizer que, no bebê, os verbos "amar" e "odiar" são intransitivos, não têm complemento; ele simplesmente ama e odeia, como pura descarga de energias. O "objeto" (seio, mãe) está fundido sensualmente no próprio bebê, pois ele ainda não é capaz de senti-lo como algo distinto de si.

No começo, tudo para a criança é muito instável, indiferenciado, conflitivo (seu amor tem propósitos destrutivos) e desconhecido. Aliás, ela mesma não se sente diferenciada do meio-ambiente, mas sente-o como um prolongamento seu, sente o objeto (mãe, seio materno) como parte sua, através do que, em Freud, em "O Mal-estar na Cultura" (1930), vem denominado de "sentimento oceânico". E é de se entender, arrisco-me a afirmar, essa experiência de fusão que o bebê tem entre ele e o ambiente a partir do fato de que ele não desenvolveu a noção de profundidade (pela qual consegue perceber a distância que as coisas têm de si), a noção de constância (pela qual adquire a consciência da existência das coisas para além de seu campo perceptual e sensual) e a noção de tempo. O bebê está, assim, totalmente envolto por suas sensações, ele e o ambiente definem-se unicamente a partir de suas sensações, a elas se reduzem, fundindo-se como que numa só realidade.

Por conseguinte, o desenvolvimento da criança supõe, primeiramente, sua capacidade de diferenciar de si o objeto, de diferenciar e conhecer os próprios impulsos. Ela terá que desenvolver um quadro de referência de si mesma. E a figura fundamental, primordial, na qual ela encontrará os parâmetros para toda essa diferenciação, para emergir e abstrair desse emaranhado sensual primitivo, é a materna. É na relação emocional profunda e satisfatória, para ambas as partes, entre a criança e sua mãe (ou mãe substituta) que se encontram as raízes de seu processo maturacional, de sua capacidade futura de intercambiar suas necessidades e os desejos dos outros. Por aí já se pode vislumbrar as graves conseqüências das privações emocionais.

2.2 A agressividade

É de estranhar falar-se em agressividade na mente infantil, ou, sobretudo, nos padrões de conduta do bebê. No entanto, para se entenderem as primeiras mani-

festações agressivas, temos que nos desvencilhar dos esquemas de entendimento da agressividade do adulto. A agressividade, além de significar uma reação à frustração, constitui-se também numa fonte de energia, de energia motora, que se manifesta inclusive nos movimentos bruscos da criança; não tem primeiramente o objetivo de ferir, mas de explorar o ambiente, ligando-se à motilidade. O próprio adulto extravasa sua agressividade por meio dos esportes, dos exercícios físicos. "A agressão está sempre ligada, desta maneira, ao estabelecimento de uma distinção entre o que é e o que não é eu" (Winnicott, p. 98).

Com o tempo, a agressão da criança volta-se de fato contra o mundo e emergem nela impulsos destrutivos contra o ambiente, contra o objeto (mãe). Tais impulsos surgem inicialmente no "pensamento mágico" da criança, diz Winnicott, por meio do qual ela crê ser capaz de destruir o ambiente, constituindo-se numa espécie de destruição mágica, associada à descoberta por parte da criança de que o objeto não faz parte dela. Eu diria que essa é uma das primeiras descobertas mais dolorosas que a criança faz, e não deixa de ser uma experiência de perda do objeto, a que se refere Freud em "Luto e Melancolia" (1915). Na melancolia, diz Freud, o indivíduo entra num processo autodestrutivo, dirigindo contra si mesmo os impulsos destrutivos que, inconscientemente, ele estaria dirigindo contra o objeto amado e perdido. Tal concepção fornece um suporte teórico para se analisar e compreender essa destruição mágica da criança. Como diz Winnicott, havendo, nessa experiência de perda, participação deficiente por parte da mãe, as mudanças tornam-se bruscas e imprevisíveis para a criança. Havendo uma participação eficiente da mãe, a criança torna-se capaz de lidar concretamente com sua destrutividade, com seu ódio, de forma positiva e civilizada, no lugar de aniquilar magicamente o mundo. A forma como a mãe e o ambiente acolhem a agressividade da criança e lidam com ela vai influenciar diretamente a forma como a própria criança vai interpretá-la e administrá-la. Ela poderá tornar-se uma criança espontânea no uso de sua hostilidade, descobrindo seus limites, sua verdadeira dimensão, descobrindo o autocontrole e o respeito pelos outros, ainda que possam ocorrer explosões de raiva e reações perversas esporádicas, na medida em que persistir nela algum sistema tensional, não resolvido. Ou, frente a um ambiente menos acolhedor, torna-se tímida, temendo sua agressividade e, por conseqüência, temendo ter que se defrontar a qualquer momento com a agressividade do meio ambiente. Fica numa atitude de expectativa, no aguardo de dificuldades, pelo que podem irromper nela reações agressivas, dentro de um padrão de conduta autodefensiva. Como muito bem diz Winnicott, a agressão pode ser um sintoma de medo e, no caso de reprimida, tornar-se um perigo em potencial, decorrendo daí os delineamentos de uma conduta anti-social e delinqüente.

2.3 A "confiabilidade" do lar

Ao se referir à atitude de compreensão, carinho e orientação com que a mãe, o lar, a família, o ambiente acolhem as manifestações instintuais da criança, Winncott usa com muita propriedade o termo confiabilidade. Nada melhor e mais saudável do que o pequeno ser em desenvolvimento encontrar confiabilidade na mãe e no lar, sentindo-se conseqüentemente confiante e seguro.

A criança tem extrema necessidade de se reassegurar quanto à estabilidade e confiabilidade de seu lar, pois só assim ela poderá se reassegurar quanto aos seus impulsos de ataque e destruição, e, conseqüentemente, "poderá sentir-se livre para as suas coisas e brincar". A criança tem fantasias boas e más, construtivas e destrutivas, todas muito pouco diferenciadas nos primórdios da vida. Manifestar as próprias fantasias más e destrutivas é a única forma que ela tem para entrar em contato com as mesmas, dimensioná-las e descobrir os limites que lhes devem ser impostos. Ao manifestar no ambiente sua agressividade, a criança está buscando nele um controle para a mesma, uma autoridade benigna, confiável, confiante e legítima. Autoridade legítima é aquela cujo exercício consiste em proporcionar oportunidade de crescimento aos que a ela se reportam. A criança busca, portanto, primeiramente o controle externo, a fim de, nele, encontrar quadros de referência para, aos poucos, desenvolver um controle interno que não seja paralisante e que não empobreça sua vida psíquica. O desenvolvimento da criança e do adolescente vai se pautar por sua capacidade crescente de prescindir dessa autoridade e desse controle externo. Tudo depende inicialmente da confiabilidade da mãe e do lar.

Por conseguinte, sérias privações de confiabilidade da mãe e do lar constituem riscos para a criança de sérios prejuízos em sua capacidade de administrar os próprios impulsos destrutivos, os quais, ou passariam a se manifestar livremente, ao arrepio dos interesses e direitos das demais pessoas, ou ficariam represados, sob o poder opressor de um terrível super-ego. Ora, o super-ego severo, no lugar de inibir, pode, ao lado de uma forte ansiedade (à qual se associa), alimentar o desenvolvimento da conduta anti-social, conforme assevera M. Klein (1927, 1933 e 1934).

3. Sentimento de culpa e capacidade de envolvimento

3.1 Conceitos

Winnicott propõe, como uma espécie de versão positiva do conceito de sentimento de culpa, o conceito de envolvimento, que, nas suas palavras, cobriria positivamente o fenômeno que é coberto negativamente pela "culpa". O sentimento de culpa, se mantido dentro de limites plenamente suportáveis, é indispensável ao desenvolvimento do autocontrole e à maturidade psíquica. No entanto, principalmente na hipótese de se intensificar e tornar-se implacável, ele envolve angústia, ambivalência, uma vez que implica a representação de um objeto bom e, concomitantemente, impulsos destrutivos dirigidos contra o mesmo objeto.

Se o sentimento de culpa, proveniente de um super-ego flexível, apresenta-se plenamente suportável, ele conduz à reparação. No entanto, se, proveniente de um super-ego severo e fazendo-se acompanhar de forte ansiedade, acarreta à vida interior do indivíduo ataques insuportáveis à própria conduta, ele inviabiliza a reparação, conduzindo pelo contrário ao acirramento dos processos destrutivos, que podem se dirigir contra o próprio indivíduo ou contra o ambiente.

Já o envolvimento, diz Winnicott, é a capacidade do indivíduo se responsabilizar pessoalmente pela destrutividade que existe dentro dele. Envolve maior integração dos impulsos contraditórios, maior desenvolvimento do senso de responsabilidade, e não há se falar em angústia ou ansiedade. De fato, "sentir-se culpado por" tem uma conotação diversa de "sentir-se responsável por". "Sentir-se responsável por" sugere capacidade de se envolver, de se colocar no comando dos próprios atos. O envolvimento tem sempre uma conotação positiva. Não oferece o risco de, com sua intensificação, realimentar impulsos autodestrutivos ou heterodestrutivos. Está mais diretamente voltado para um processo de revisão do padrão de conduta, consoante com a orientação do senso ético. Não se pode negar a importância do sentimento de culpa. Ele é necessário para que se desenvolva a capacidade de envolvimento e o próprio senso ético-valorativo.

3.2 Origem e desenvolvimento da capacidade de envolvimento

A capacidade de envolvimento emerge no começo do desenvolvimento emocional, no contexto das relações mãe – bebê enquanto duas unidades já distintas, e continua a desenvolver-se até a vida adulta. Os processos maturacionais que possibilitam o desenvolvimento emocional dependem estritamente dos cuidados maternos. Dos seis meses aos dois anos, a criança desenvolve a percepção e o reconhecimento da mãe como pessoa distinta dela, desenvolve a capacidade de relacionar-se com ela enquanto tal e, por extensão, com objetos sentidos cada vez mais como distintos dela. A criança conquista a fundamental descoberta do "eu" (ela mesma) e da mãe como dois objetos distintos e independentes. Descobre sua própria realidade psíquica (eu interno). A descoberta de si mesmo como ser distinto, independente é a base para a origem e desenvolvimento da capacidade de envolvimento. Constituir-se-á em fator de crescimento na medida em que a criança contar com cuidados maternos eficientes, conforme se verá sucintamente a seguir, com base em idéias já anteriormente expostas.

A criança é dotada de amor e ódio, de impulsos destrutivos, mas também de impulsos construtivos, de desejo de construir e contribuir. Em função disso, ela necessita de uma mãe que, embora vá sendo descoberta por ela como pessoa distinta dela, continue plenamente disponível e acessível, que seja plenamente confiável. A criança terá assim oportunidade de, apesar de sua destrutividade, manifestar seu desejo de construir e contribuir, pelo que se sentirá mais segura frente à mãe, não temerá que essa a rejeite por conta de seus impulsos agressivos e se permitirá desenvolver um sentimento de culpa tolerável, que leva à reparação. Como conseqüência saudável, ela se tornará mais autoconfiante e mais audaciosa na vivência de suas pulsões instintivas, passando a conhecê-las melhor e a dimensioná-las. A criança terá a confiança e a coragem de reconhecer suas pulsões instintivas como autenticamente suas, ou seja, começará a aceitar responsabilizar-se por elas. Começa a desenvolver-se a capacidade de envolvimento.

Importante frisar que o envolvimento não significa simplesmente capacidade de se responsabilizar pelos atos praticados, no sentido estrito de assumir a autoria

dos mesmos. É antes de tudo a capacidade de assumir a responsabilidade pelas pulsões instintivas que os motivaram. Não se trata unicamente de assumir a responsabilidade pela autoria do ataque feito ao outro, ou do furto, mas de assumir a responsabilidade pelo ódio subjacente ao ataque, pela voracidade subjacente ao furto, à guisa de exemplos.

3.3 Capacidade construtiva

O bebê, a criança, tal como o adulto, traz dentro de si um manancial de impulsos, fantasias e desejos, mais mesclados e fundidos, quanto mais primitivo é o estágio de desenvolvimento. Associada ao instinto agressivo, emerge a destrutividade. Por outro lado porém (coisa a que comumente não se dá a devida atenção), associada ao instinto libidinal emerge a capacidade construtiva, ou, o desejo de construção, de contribuir. Segundo Winnicott, "(...) ninguém compreende que a criança tenha necessidade de dar, mais ainda do que receber" (1987, p. 101). Se a criança tem mais necessidade de dar do que de receber, se ela tem necessidade de construir, de contribuir, por que o adulto também não teria? Por que o delinqüente também não teria? Em que condições emerge e se desenvolve a capacidade construtiva? Em que condições ela pode vir a ser sufocada?

Para responder a essa questão, vale recorrer a uma analogia. Se uma pessoa muito íntima e muito querida nossa não é aceita num ambiente, num grupo social, nós também não nos sentiremos à vontade ali. Se uma característica nossa, um traço de personalidade, um hábito ou um posicionamento que temos é mal visto, criticado e rejeitado num grupo social, nós nos sentimos rejeitados como pessoas, isto é, na totalidade de nosso ser. O inverso é verdadeiro. Na medida em que nossos entes queridos são aceitos, sentimo-nos igualmente aceitos. Na medida em que o ambiente tolera e compreende nossas falhas, nossos pontos de divergências, nós nos sentimos igualmente aceitos e reconfortados.

Pois bem, com o ser em desenvolvimento ocorre o mesmo, no que diz respeito ao interjogo, à dialética entre sua capacidade destrutiva e sua capacidade construtiva. O amor primitivo contém impulsos destrutivos. Para sua plena manifestação, a criança necessita de confiabilidade da mãe e do lar, a saber, de tolerância e compreensão para com seus impulsos destrutivos presentes nesse amor primitivo. A partir dessa confiabilidade, ela mesma se permitirá aceitá-los e desenvolver um sentimento de culpa plenamente tolerável em relação a eles, o qual se converte em reparação, tornando-se num sentimento de culpa "adormecido", na expressão de Winnicott. Sentindo-se aceita, reconfortada e autoconfiante, a criança terá condições e capacidade de desfrutar de todo seu manancial de idéias, fantasias e desejos, ainda que contenham destruição, e das excitações corporais que as acompanham. Conseqüentemente, será capaz de se responsabilizar por suas fantasias, desejos e impulsos, por meio da capacidade de envolvimento. A partir daí, sentir-se-á livre e estimulada a manifestar e desenvolver sua capacidade construtiva, sua necessidade de contribuir com a mãe e com o lar. A oportunidade para construir, para contribuir será de fundamental importância, e a construção será vivida pela criança como autêntica, sem falsidades, já que se assenta sobre uma base de

tolerância da destrutividade e de reparação. O indivíduo que, ao atuar construtivamente, não sentir espaço e tolerância para sua destrutividade, experimentará sua conduta construtiva como falsa e hipócrita. Trata-se, no fundo, de uma obediência a um preceito moral da infância e adolescência: o da autenticidade. "Sê verdadeiro para com teu próprio eu" (Winnicott, 1987, p. 157).

A capacidade de conjugar, integrar e harmonizar construtividade e destrutividade é a conquista de um equilíbrio importantíssimo para a saúde mental e adaptação social da criança, conquista essa que deve se tornar permanente. O adolescente igualmente necessita experimentar a necessidade de construir, de contribuir e, como ele, também o adulto e todo profissional. Por conseguinte, as privações que a criança por ventura venha a sofrer quanto às oportunidades para construir e contribuir poderão trazer conseqüências muito danosas ao seu desenvolvimento e adaptação social. Quando não se dão tais oportunidades, a criança está sujeita a desenvolver uma sensação de impotência, de inutilidade, e a manifestar reações de franca agressão e destrutividade. Além disso, como ela não tem oportunidade para descobrir e experimentar sua construtividade, ela não se sentirá suficientemente segura e autoconfiante para reconhecer sua destrutividade e por ela responsabilizar-se, com todas as conseqüências em termos de prejuízos para o desenvolvimento do senso ético-valorativo.

4. Privação

Em assunto de privação emocional, de privação dos cuidados maternos, o autor que reconhecidamente é grande autoridade, conforme acentua Winnicott, é J. Bowlby, cuja leitura é indispensável. Bowlby fez um amplo levantamento das pesquisas feitas em diversos países da Europa e nos EUA sobre privação e suas conseqüências, além de abordar teoricamente a questão. Este tópico inspira-se fundamentalmente em sua obra *Cuidados Maternos e Saúde Mental* (1995).

4.1 Natureza da privação

É essencial à saúde mental da criança, diz Bowlby, a vivência de uma relação amorosa, íntima e contínua com sua mãe (ou sua mãe substituta), com satisfação e prazer mútuos, enriquecidas pelas relações com o pai e toda a família. "Privação da mãe" é a ausência desse tipo de relação, seja pela a ausência física da mãe (ou sua substituta), seja pela incapacidade ou omissão da mãe em proporcioná-la à criança. Constata-se uma variação desde um grau suave até um grau severo de privação, desde uma privação parcial, até uma privação quase total. Observa-se também uma variação ainda em função da idade e, conseqüentemente, das experiências relacionais positivas que a criança já teve anteriormente à sua ocorrência e do grau com que a criança suporta a ausência da mãe. Conseqüentemente, variarão seus efeitos perniciosos: desde angústia, forte necessidade de amor, fortes sentimentos de vingança e, conseqüentemente, culpa e depressão, até uma total mutilação da capacidade de estabelecer contacto com outras pessoas. A

angústia decorrente de relações primitivas insatisfatórias predispõe a criança a reagir futuramente de forma anti-social, conforme pesquisa com 102 infratores reincidentes, relatada por Bowlby.

Ainsworth (*apud* Bowlby, 1995) classifica as privações dos cuidados maternos em três grupos: a) por relações insuficientes; b) por relações descontínuas; c) por relações distorcidas. No primeiro grupo, relações insuficientes, a criança recebe cuidados maternais insuficientes, insatisfatórios, seja vivendo com sua própria mãe ou mãe substituta, seja vivendo num hospital ou instituição onde não dispõe de mãe substituta. No segundo grupo (relações descontínuas), o que se tem concretamente é a separação mãe-filho, por períodos menores ou maiores ou até mesmo em definitivo (internação hospitalar por períodos curtos ou longos, internação em instituições, morte da mãe, trocas de lar, trocas de mãe). No terceiro grupo (relações distorcidas), têm-se todos os outros tipos de interação mãe-filho que possam ter efeito negativo: rejeição, hostilidade, crueldade, indulgência excessiva, controle repressivo, falta de afeto. Portanto, a privação da mãe ou dos cuidados maternos não implica unicamente a separação mãe-filho, a perda da presença física da mãe; pode se dar também pelo comprometimento da qualidade da relação mãe-filho.

As relações distorcidas merecem uma observação à parte. Elas estão imbuídas, com maior probabilidade, comparativamente com as demais, de um caráter de violência. Violência entendida segundo concepção de Costa (1986), como agressividade permeada de desejo, pressupondo-se no entanto, não somente o ato por parte do agente, mas a representação que dele tem aquele a quem ele se dirige. Uma atitude da mãe para com o filho, embora manifestamente tenha uma boa intenção educativa, poderá ser movida, ainda que inconscientemente, por uma motivação hostil, destrutiva ou de rejeição, entre outras. Ora, o inconsciente da criança tende a captar essa motivação latente ou inconsciente da mãe. Assim, embora a mãe não tenha conhecimento ou plena consciência, seu filho poderá estar sofrendo sérias privações emocionais. Inversamente, pergunta-se: a criança poderia representar, perceber como movidas por motivações hostis, destrutivas ou de rejeição, atitudes da mãe que, na realidade, não o são? Tal hipótese torna-se plausível nos casos de crianças tomadas por impulsos destrutivos muito fortes, excessivamente intensos, em relação às quais diz Winnicott ser difícil desenvolver a reparação. Essas crianças tendem, com maior facilidade, a projetar as suas "coisas más", as suas fantasias intensamente destrutivas no ambiente, na mãe, pelo que passariam a representar, a vivenciar, como movidas por motivações de hostilidade e destrutividade, atitudes maternais que, na realidade, não têm tais motivações. Ou seja, elas sofreriam sérias privações emocionais por relações distorcidas, as quais não condizem com a realidade objetiva das atitudes maternais, ocorrendo graves conseqüências que viriam agravar o seu quadro psicológico, já bastante comprometido, tornando-se bastante ruim o seu prognóstico.

4.2 Conseqüências da privação

À medida que nossa personalidade se desenvolve, ficamos cada vez mais independentes do meio, tornando-nos aptos a escolher, planejar e criar nosso ambiente.

Isso se conquista com a capacidade de pensar, abstrair e de imaginar, de se desprender das sensações e desejos imediatos. "Este é o processo pelo qual o indivíduo se liberta da escravidão de seus instintos e da ânsia pelo prazer imediato, desenvolvendo processos mentais mais adequados às exigências do meio ambiente" (Winnicott, 1987, p. 57-58). Aprendemos a administrar nossos desejos, a organizá-los, a harmonizá-los com a realidade e com os desejos das outras pessoas. Trata-se da implantação das bases para o desenvolvimento da capacidade de planejamento, do processo de socialização, de capital importância para a prevenção da delinqüência. Ora, no começo da vida, é a mãe que assume pelo filho esse papel de administração e harmonização dos desejos e de planejamento por meio de suas primeiras relações com o filho. A mãe, na expressão de Winnicott, é o primeiro "organizador psíquico" da criança.

As perturbações dessas relações vão afetar a criança e os danos causados estarão associados à fase em que elas se deram. Bowlby (1995), no cap. 5, distingue três fases. Primeira fase (05 ou 06 meses): a criança está a caminho de estabelecer relação com uma pessoa que ela é capaz de identificar claramente – a mãe. Segunda fase (até os 03 anos): a criança necessita da presença constante da mãe. Terceira fase (acima dos 03 anos): a criança começa a ser capaz de manter relação com a mãe, mesmo quando ela está ausente; aos 04-05 anos: por poucos dias ou semanas; após 07-08 anos: por um ano ou mais, embora não sem tensões.

A mãe é organizadora da mente da criança, diz Winnicott, e sua ação se faz sentir em cada uma dessas fases. A privação da mãe vai consistir primeiramente na privação de um paradigma de administração dos desejos e de planejamento do futuro, principalmente se ocorrer na primeira fase. Daí as conseqüências da privação ocorrida sobretudo na primeira fase: dificuldades de se abstrair do presente, do imediato e de pensar no futuro, imediatismo, instabilidade. Ora, dificuldades de planejamento, imediatismo e instabilidade são reconhecidamente três características básicas da delinqüência (Vd. Sá, 1987). Acrescente-se que o raciocínio abstrato associa-se ao desenvolvimento do senso moral (idem). Compreende-se esse dano que a privação acarreta se se pensar que, nos primeiros meses (na primeira fase, portanto), a mãe funciona como a personalidade e a consciência da criança. Uma criança em instituição desde a primeira fase nunca teve esta experiência de se relacionar com uma figura materna claramente definida, que lhe sirva de referencial para sua personalidade e sua consciência.

Já durante a segunda fase (dos seis meses aos três anos), o quadro de uma criança que teve uma boa relação com a mãe durante uns dois anos e depois sofre privação pode ser muito diferente. Conseqüências possíveis: perda das capacidades já adquiridas, regressão, atitude de hostilidade (birras, violências). Essa hostilidade gera conflitos, angústia, depressão e também obstáculos à aprendizagem futura, levando a criança a condutas delinqüentes, ou, "em última análise, ao suicídio, como uma alternativa ao assassinato dos pais" (Bowlby, p. 63). Crianças que passaram por privações dessa natureza tornam-se pessoas que relutam em se entregar a novas relações de amor, reprimem o amor, entregam-se a relações sexuais promíscuas, a furtos, desenvolvem sentimento de vingança, que levam a outros atos anti-sociais, às vezes muito violentos.

A privação na terceira fase não tem os mesmos efeitos destrutivos sobre a capacidade de raciocínio abstrato e o desenvolvimento da personalidade. Efeitos: intensa necessidade de afeto, exagerados impulsos de vingança, provocando agudo conflito interno e atitudes sociais muito negativas.

Mesmo as crianças que estão na segunda e terceira fases ainda não têm boa noção de tempo, pelo que suas dificuldades se complicam, pois, aquilo que para o adulto objetivamente durou pouco, para elas pode ter durado muito.

Associada à variável idade e dela dependente, uma outra variável tem-se revelado muito importante nas pesquisas relatadas por Bowlby sobre as conseqüências da privação emocional. Trata-se do fato da criança já ter tido ou não relações gratificantes e amorosas, quando da ocorrência da privação.

Assim, observa Bowlby, as conseqüências drásticas para o desenvolvimento ocorrem geralmente em bebês que tiveram um bom relacionamento com suas mães até os seis ou nove meses e, subitamente, são separados delas, não recebendo mãe substituta. O sofrimento tem-se mostrado maior nas crianças que gozaram de um relacionamento mais íntimo com a mãe. Bowlby discute as diferenças dos resultados encontrados na pesquisa de Goldfarb, realizada em N. York, e a dele próprio, realizada em Londres, sobre crianças que sofreram privação: as crianças da primeira pesquisa não manifestaram tendência ao roubo, contrariamente do que se deu com as outras. Ocorre que as crianças da segunda pesquisa, que haviam manifestado tendência ao roubo, justamente tinham tido experiências, ainda que esparsas e interrompidas, de relacionamento amoroso com a mãe. "É provável que seus roubos fossem uma tentativa de garantir o amor e a gratificação, restabelecendo dessa maneira a relação amorosa que haviam perdido, enquanto que os casos de Goldfarb, nunca tendo experimentado qualquer coisa desse tipo, nada tinham para restabelecer. Certamente, poderia parecer que, quanto mais completa a privação nos primeiros anos, mais indiferente à sociedade e isolada uma criança se torna, enquanto que, quanto mais sua privação for intercalada por momentos de relações amorosas, mais ela se volta contra a sociedade e padece de sentimentos conflitantes de amor e ódio pelas mesmas pessoas" (Bowlby, 1995, p. 43).

Em crianças com mais idade, acima de 7-8 anos, os danos psíquicos da separação da mãe serão menores, quando a relação com a mãe tiver sido melhor, contrariamente do que ocorre com as crianças menores, que serão mais afetadas, justamente na medida em tiverem tido melhor interação com a mãe. Torna-se compreensível essa diferença a partir das três fases de interação com a mãe, propostas por Bowlby. Na primeira ou segunda, a criança ainda necessita da presença física da mãe, para com ela manter uma interação. Já na terceira fase, sobretudo a partir dos oito anos, a criança é capaz de se relacionar com a mãe, ainda que ausente.

5. A delinqüência

5.1 Algumas possíveis "vias de solução" da privação emocional

Nos primórdios da vida, na época em que as coisas corriam bem para a criança, ela gozava da posse tranqüila e plena do objeto-mãe e sentia na mãe e no lar a

plena confiabilidade. Portanto, sentia-se plenamente segura em manifestar seu amor e, mesclados com ele, seus impulsos agressivos. Sentia-se plenamente segura em manifestar sua destrutividade, bem como sua capacidade construtiva, já que a mãe e o ambiente correspondiam ao seu amor, acolhiam e valorizavam sua capacidade construtiva e sabiam suportar e conter sua destrutividade e garantir-lhe os limites. Em uma dada situação, porém, as coisas, por algum motivo, desandaram. O ambiente, que era estável e indestrutível, desestabilizou-se; a mãe, por um motivo ou outro, começou a faltar com seus cuidados; houve um rompimento brusco, definitivo ou temporário, na convivência com a mãe ou com o pai. Enfim, de uma forma ou de outra, com maior ou menor intensidade, houve perda do objeto e da confiabilidade, seguida de suas conseqüências, mais graves ou menos graves. De um lado, a criança sente o vazio interior da ausência do objeto. De outro lado, é tomada de ansiedade, medo, já que, agora, é ela própria que terá de conter seus impulsos destrutivos e não dispõe mais de um continente para eles. Tendo que "esconder" sua destrutividade, não encontrando mais no ambiente segurança para manifestá-la, ela também não encontra mais os caminhos para expandir sua capacidade construtiva e seu desejo de contribuir. Instala-se o quadro típico da privação emocional, da privação primordial, o qual, basicamente, consiste em perda da posse do objeto e perda de um quadro de referência e de continência para a administração e controle dos próprios impulsos. Noutros termos, é a perda da oportunidade da criança ser ela mesma.

Urge buscar uma solução a partir da própria infância, na adolescência e ao longo da vida. Inicialmente, a criança poderá conter seus impulsos e manter-se numa posição neutra, posição essa que, para os adultos, parecerá normal e sem riscos. Essa posição, porém, de neutralidade ou de indiferença é meramente aparente. Na verdade, trata-se de uma atitude de exploração e de expectativa frente à nova realidade, uma atitude transitória, pois a criança não pode permanecer neutra e indiferente frente a um quadro de privação e, consequentemente, de ansiedade que nela se instalou. A criança vai tentar, de uma forma ou de outra, reconquistar a posse do objeto e a confiabilidade, vai buscar a segurança, a continência e os limites para sua destrutividade. A não ser que opte pelo caminho do "luto" ou da "melancolia". Dependendo de sua história, da gravidade da privação, da profundidade da "ferida psíquica" e dos suprimentos ambientais que venha a encontrar, adotará soluções que levam à maturidade, ou que possibilitem graus menores de ajustamento, ou ainda que levem ao agravamento do quadro e/ou à desadaptação social. A teoria das "séries complementares", de Freud, em "Lições Introdutórias à Psicanálise" (1915-1916), presta-se à análise e compreensão desse interjogo entre as privações passadas e as frustrações presentes, ao propor que: a) para fixações (conflitos não resolvidos, privações) passadas muito intensas, bastarão frustrações atuais pouco intensas para que o resultado seja a regressão; b) para fixações passadas pouco intensas, serão necessárias frustrações atuais muito intensas, para que o resultado seja a regressão. Simon (1977) acrescenta o que ele chama de "séries complementares positivas", para realçar a importância das experiências positivas, que, entre outras coisas, incluiriam os suprimentos ambientais. Assim, quanto às possíveis soluções a serem adotas, a criança poderá elaborar psiquicamente sua perda, "cicatrizar" a "ferida psíquica" e adquirir aptidão para

novas relações. Ou, ainda que sem cicatrizar totalmente sua ferida psíquica, poderá reconfortar-se e conquistar um satisfatório equilíbrio por meio da posse de outros objetos, objetos saudáveis, os quais, de certa forma, vêm desempenhar o papel do objeto primordial perdido. Dependendo, porém, de algumas experiências que o indivíduo venha a ter na vida, suas "feridas psíquicas" poderão se reabrir e ele sofrer novas recaídas. Como uma terceira via de solução, o indivíduo poderá escolher o caminho que leva a "objetos substitutivos", e ele viverá uma busca incansável (jamais satisfeita) de objetos substitutivos, ainda que de forma socializada, objetos tais como dinheiro, bens materiais, poder, prestígio, atividades intelectuais ou a própria profissão, entre outros. O que caracteriza essa via de solução é a obsessividade com que a pessoa busca o objeto substitutivo, nunca se sentindo feliz e realizado com sua posse, mas, pelo contrário, sempre se deixando tomar por uma ansiedade, que o empurra a prosseguir na caminhada. Por meio dessa busca obsessiva, o indivíduo acaba, como defesa, isolando seu verdadeiro problema e evitando entrar em contato com o mesmo.

Como "vias de solução" das privações que podem implicar sérios desajustes psicológicos, sem necessariamente nenhuma conotação anti-social, ocorrem o "luto" e a "melancolia". Pelo "luto", a vida perde seu colorido, o indivíduo tem dificuldades em investir afeto em pessoas, em projetos, resiste a estabelecer novos relacionamentos amorosos. Há, no entanto, uma melhor chance, comparativamente com a "melancolia", de que a criança consiga "re-elaborar" psiquicamente seu "luto" e se reabrir à vida e a novos relacionamentos. Na "melancolia", o quadro é mais grave. O próprio "caminhar" perde o sentido, desenvolvendo-se no indivíduo um processo autodestrutivo, o qual, inconscientemete, representa uma busca de destruição do objeto amado e perdido.

Entrando agora nas categorias das soluções que levam ao desajustamento e/ou à desadaptação social, surge o caminho das drogas. Levando em conta a classificação das drogas em psicolépticas (soníferos, tranqüilizantes), psicoanalépticas (estimulantes) e psicodislépticas (despersonalizantes) (ver Greco Filho, 1991), entende-se que o usuário, por meio delas, poderia estar procurando satisfazer a uma ou mais entre três motivações básicas. Por meio das psicolépticas, ele busca a conquista da "paz", da tranqüilidade, a extinção do medo e da ansiedade. Por meio das psicoanalépticas, o estímulo, a excitação, a vida, a coragem, a expansividade de seus impulsos. Por meio das psicodislépticas, ele busca propriamente a fuga à realidade, as "ilusões perdidas", outras formas de ser, certamente na tentativa de reencontrar sua forma primordial de ser, quando da privação primordial. Tais motivações básicas podem perfeitamente ligar-se às perdas fundamentais associadas à privação primordial: perda do objeto (simbolizado pela própria droga), perda da confiabilidade, segurança e autoconfiança para lidar com os próprios impulsos destrutivos; perda da oportunidade do indivíduo ser "ele mesmo", em sua autenticidade, com todo seu amor, seus impulsos construtivos e destrutivos. A criança e o adolescente, diz Winnicott, têm como primeiro preceito moral não abrir mão de sua autenticidade. O caminho das drogas com relativa facilidade conduz ao caminho do crime. Mas, mesmo que não conduza, ele, em si mesmo, freqüentemente não deixa de ser um caminho da delinqüência.

Por fim, um dos caminhos a ser percorrido pela criança, na busca de solução para suas privações, poderá ser a delinqüência propriamente dita, a delinqüência em primeiro plano.

5.2 A delinqüência, como "via de solução" da privação emocional

A delinqüência é uma busca de soluções da privação primordial, não por meio da elaboração psíquica da mesma, nem por meio da reconquista do equilíbrio pela posse de novos objetos, nem da busca obsessiva e incansável, ainda que socialmente adaptada, de objetos substitutivos, nem muito menos por meio do luto e da melancolia. A delinqüência é uma busca de solução por meio de uma tentativa de retorno à época em que as coisas corriam bem, para voltar a usufruir da posse do objeto primordial, de sua confiabilidade e reconquistar a segurança e autoconfiança, graças às quais a criança podia manifestar sua destrutividade. Por meio de sua conduta delinqüente, diz Winnicott, é como se a criança estivesse compelindo a sociedade a retroceder com ela à época primordial e a testemunhar e reconhecer suas grandes perdas. A criança, segundo o referido autor, antes de se preocupar em não fumar, não vagar pelas ruas, não fazer isto ou aquilo, preocupa-se em não trair seu próprio eu – essa é sua moralidade precoce. E o seu "eu" inclui seus impulsos primitivos, construtivos e destrutivos.

Winnicott reconhece na tendência anti-social duas direções ou motivações básicas, que não necessariamente se excluem: para o furto e para a destrutividade. Na motivação para o furto (na qual poderíamos incluir os delitos contra o patrimônio ou que visam a posse de objetos, de dinheiro, de bens materiais), o que se tem é a procura obsessiva de "algo", de forma insaciável, de "algo" que nunca se encontra e que é exatamente o objeto primordial perdido. Tem-se aí a compulsão libidinal. O furto expressa a privação do objeto. Na destrutividade, por outro lado (na qual poderíamos incluir os crimes contra a vida, contra a integridade física e moral, contra o ambiente, os atos de vandalismo) o que se tem é a procura dos limites, do controle externo, da continência dos próprios impulsos, já que a criança, por si própria, não está sabendo como lidar com eles, como contê-los, como administrá-los. É a procura do ambiente estável e indestrutível (que ela perdeu um dia) que suporte sua tensão, sua mobilidade e excitação. E, conforme a criança ou o adolescente vai se frustrando nessa procura, ela continua buscando um suprimento ambiental cada vez mais amplo (compulsão agressiva). Ou seja, dos pais para o lar, do lar para os parentes próximos, dos parentes próximos para a escola, da escola para sociedade. A destrutividade é a expressão da privação do controle. Winnicott retoma essa questão dos diferentes significados do furto e da destrutividade em sua palestra "A delinqüência como sinal de esperança" (1967), publicada no livro *Tudo Começa em Casa* (1996). Diz ele, nesse trabalho, que a criança, por meio do roubo, busca, não somente o objeto, mas também a capacidade para procurá-lo criativamente. E, por meio de sua conduta anti-social destrutiva, ela busca o controle ambiental, para reconquistar sua segurança e resolver sua ansiedade. "A criança anti-social está simplesmente olhando um pouco mais longe, recorrendo à sociedade em vez de recorrer à família ou à escola para lhe fornecer a estabilidade de

que necessita a fim de transpor os primeiros e essenciais estágios de seu crescimento emocional" (Winnicott, 1987, p. 122).

6. Conclusão

Ao final, cabe-nos concluir, com Winnicott, que a delinqüência é sinal de esperança. Ao menos na criança. No adulto, é bom e oportuno acreditar que ainda o seja. Quem escolheu a trilha da delinqüência, não escolheu a trilha do "luto", nem da "melancolia". Escolheu a trilha que, em sua fantasia inconsciente, estará reconduzindo-o à reconquista do objeto amado e confiável e do ambiente estável e indestrutível. O delinqüente sente que perdeu o objeto, mas não a capacidade de reconquistá-lo. Por meio da delinqüência, a criança (ou adolescente, ou mesmo adulto), manifesta a esperança de encontrar um quadro de referência, um controle externo que a liberte de seus medos e ansiedade e a torne livre para viver, explorar e dimensionar seus impulsos, construtivos e destrutivos.

Afinal, o que todo ser humano aspira, como sua necessidade primeira e última, à qual todas as outras se subordinam, é viver plenamente sua vida. E vivê-la criativamente, conforme expõe Winnicott, em sua palestra "Vivendo de modo criativo", publicada no livro *Tudo Começa em Casa* (1996). Viver criativamente a vida é vivê-la com autenticidade, de acordo com o próprio "eu". A criança, nos primórdios de sua existência, "cria" o seu ambiente, embora ele já pré-exista, "cria" sua mãe, embora ela já pré-exista. "Cria", isto é, "configura" sua mãe e o ambiente para seu "eu", sua realidade própria, totalmente única, original, inconfundível com qualquer outra realidade. Todo ser humano aspira viver plenamente e criativamente sua vida, na posse plena do objeto, com segurança e autoconfiança, num ambiente estável e acolhedor. Essa é sua necessidade fundamental e a ela todas as suas condutas se vinculam, direta ou indiretamente. Até mesmo a conduta suicida. O suicídio, em última análise, é, a meu ver, uma manifestação dramática, desesperada e última de busca da vida, pois ele só pode ser cometido por aqueles que não encontram mais vida em sua vida.

Tomo a liberdade, ou, permito-me a ousadia de, ao encerrar esse trabalho, propor uma "lei", que eu chamaria de "Lei Primordial de Direito à Vida e à Saúde Mental".

Lei Primordial do Direito à Vida e à Saúde Mental

Art. 1.º A cada ser humano será garantido o direito de viver plenamente sua vida.

§ 1.º) Entenda-se por vida a oportunidade do indivíduo expandir suas potencialidades instintuais, em conformidade com o princípio do prazer.

§ 2.º) Todos os regramentos sobre a conduta do indivíduo, ainda que necessários, só serão válidos, na medida em que, assentados sobre esse direito primordial, eles se constituírem em aperfeiçoamentos seus, tendo em vista os imperativos da realidade e o bom ordenamento da paz social.

Art. 2.º Esta lei entrará em vigor toda vez que um novo ser for concebido no seio da humanidade.

Bibliografia

BOWLBY, J. (1963). *Cuidados maternos e saúde mental*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

COSTA, Jurandir Freire (1986). *Violência e psicanálise*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal.

FREUD, S. "El duelo y la melancolia" (1915). *Obras completas*. 3. ed. Madrid: Biblioteca Nueva, t. II, 1973.

———. "Lecciones introductorias al psicoanalisis" (1916), parte III. *Obras completas*. 3. ed. Madrid: Biblioteca Nueva, t. II, 1973.

———. "El mal-estar en la cultura" (1930). *Obras completas*. 3. ed. Madrid: Biblioteca Nueva, t. III, 1973.

GRECO FILHO, V. (1991). *Tóxicos: prevenção e repressão*. 7. ed., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva.

KLEIN, M. "Tendências criminais em crianças normais" (1927), "O desenvolvimento inicial da consciência na criança" (1933), "Sobre a criminalidade" (1934). *Contribuições à psicanálise*. São Paulo: Mestre Jou, 1981.

SÁ, Alvino A. de (1987). *Reincidência criminal: sob o enfoque da psicologia clínica preventiva*. São Paulo: E.P.U.

SIMON, Ryad 1977). "As séries complementares de Freud como base para uma história natural dos distúrbios mentais". *Jornal de Psicanálise*, SBPSP, 9(22): 17-21, 1977.

WINNICOTT, D. D. (1987). *Privação e delinqüência*. Trad. de Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes.

———. "A delinqüência como sinal de esperança" (1967), "Vivendo de modo criativo" (1970). *Tudo começa em casa*. Trad. de Paulo Sandler, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

5.2

CASO DO CARANDIRU: UM ESTUDO SOCIOJURÍDICO

(2.ª PARTE)

CESAR CALDEIRA

SUMÁRIO: 5.2 Responsabilidade civil do Estado: 5.2.1 Responsabilidade civil do Estado na Constituição de 1988 e os direitos dos detentos; 5.2.2 Os acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo no caso Carandiru: 5.2.2.1 Apelação Cível 224.506-1/7; 5.2.2.2 Apelação Cível 243.364-1/7; 5.2.2.3 Apelação Cível 246.297-1/2; 5.2.2.4 Apelação Cível 250.092-1/1; 5.2.2.5 Apelação Cível 262.804-1/5; 5.2.2.6 Apelação Cível 274.952-1/2; 5.2.2.7 Apelação Cível 267.440-1/0; 5.2.2.8 Apelação Cível 9.659-5; 5.2.2.9 Embargos infringentes 250.092-1; 5.2.2.10 Apelação Cível 240.511-1/7; 5.2.2.11 Apelação Cível 240.630-1/0; 5.2.2.12 Embargos infringentes referentes à Apelação Cível 240.551-1/9; 5.2.2.13 Apelação Cível 265.036-1/1; 5.2.2.14 Apelação Cível 010.658-5/9-00; 5.2.3 Conclusões sobre a responsabilidade civil do Estado nos acórdãos do TJSP – 6. Considerações Finais: do episódio do Carandiru às mudanças institucionais – Bibliografia.

Resumo: Um conflito entre os detentos do Pavilhão 9, da Casa de Detenção do Carandiru, no dia 02 de outubro de 1992, foi reprimido violentamente com a invasão da Polícia Militar paulista. Cento e onze presos foram encontrados mortos após o episódio, que é considerado o maior massacre da história penitenciária do Brasil. O presente trabalho aborda este conflito vioento sob o ponto de vista da trajetória de suas repercussões institucionais. Usando a teoria da estruturação procura-se verificar em que medida as próprias instituições destinadas à resolução de conflitos (por exemplo, a Justiça Militar) foram questionadas e modificadas por atores sociais. Ao voltar-se para o tratamento jurídico do conflito, o trabalho examina as estratégias protelatórias usadas na Justiça Penal para evitar decisões, e concomitantemente, gerar a impunidade dos acusados. Por fim, ao examinar as ações de reparação de danos movidas pelas famílias das vítimas fatais da invasão da Carandiru, o trabalho questiona os critérios criados e aplicados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para os pedidos de danos materiais, morais e despesas de funerais. Tais critérios resultam no não-acolhimento de pedidos ou indenizações baixas, apesar da condenação do Estado em termos de responsabilidade civil. Em suma, neste ponto, o trabalho indaga quais são os valores sociais que são afirmados como justos neste processo de decisão judicial.

Palavras-chave: Casa de detenção – Carandiru – Violência policial – Conflitos sociais – Direitos humanos – Situação carcerária.

5.2 Responsabilidade civil do Estado

O caso Carandiru recebe outro tratamento jurídico quando visto da perspectiva da reparação dos danos materiais e morais causados às famílias das vítimas fatais da invasão policial.

Em princípio, a ação danosa dos policiais militares poderia gerar uma indenização por meio de um procedimento *amigável* ou *judicial*. A primeira alternativa ocorreria perante a Administração Pública responsável pelo agente causador do dano. Instaurar-se-ia um processo administrativo para examinar o pedido de indenização. O órgão público examinaria a solicitação, verificando a correção do direito pleiteado quanto à lei, ao mérito e ao montante do pagamento. Se o pedido fosse acolhido, determinar-se-ia o pagamento e com isso a Administração Pública estaria liberada de sua responsabilidade. Esse procedimento *amigável* não foi usado no caso Carandiru. Porém, esse encaminhamento *administrativo* e *amigável* não é estranho à experiência *recente* da Administração Pública de São Paulo. Tendo em vista a ação violenta de um grupo de policiais militares na favela Naval, em Diadema, em março de 1997, que resultou em uma morte e em lesões à integridade física, moral e patrimonial de várias pessoas, o Governador Mário Covas, mediante o Decreto 41.688, de 07.04.1997, autorizou o Estado a pagar indenizações àquelas vítimas.[135] Dessa maneira, a Administração Pública *antecipou-se ao Poder Judiciário*, reconhecendo sua responsabilidade objetiva pela ação ilegal de seus agentes e dispondo-se a reparar administrativamente os danos por eles cometidos – o que configura nova postura política em episódios como esse.

A segunda alternativa consistiria na *via judicial*, na qual os familiares da vítima movem uma ação de indenização, de rito ordinário,[136] perante a Justiça Estadual.[137] Essa foi a opção adotada e, de forma sintética, pode-se caracterizar o procedimento judicial da maneira seguinte. Nas ações de reparação de dano no caso Carandiru, os familiares das vítimas acionam a Fazenda do estado de São Paulo. A petição inicial deve preencher os requisitos da legislação processual, em particular o art. 282 do Código de Processo Civil. Deve-se provar os fatos, no que diz respeito ao dano suportado efetivamente pela vítima, e o nexo causal entre o evento lesivo e o dano. A teoria objetiva, adotada pela Constituição, exige apenas prova da lesão e de que essa foi causada por agente da Administração Pública (no caso, policiais militares). A exclusão da responsabilidade estatal somente pode ocorrer em virtude de caso fortuito,[138] por motivo de *força maior*[139] ou quando a *vítima concorreu*, parcial ou

(135) Ver "Indenização às vítimas de Diadema". *Boletim da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. 1997.

(136) Aqui entendido o procedimento comum ordinário a que se refere o art. 124 e seguintes do CPC.

(137) Melhor seria designá-la como preferem os processualistas de Justiça ordinária local, pois o Distrito Federal tem Justiça e não é Estado.

(138) *Caso fortuito* é um acontecimento natural imprevisível e irresistível, causado por força externa ao Estado, como por exemplo, um tufão ou uma nevasca.

(139) Na *força maior* há também um caráter invencível no obstáculo de origem humana, por exemplo, uma greve ou uma grave perturbação da ordem.

totalmente, para o evento danoso (culpa da vítima). Na última hipótese, sendo provado que a vítima contribuiu, de alguma maneira, para o evento danoso, o Estado seria eximido da obrigação de indenizar na mesma proporção. Na via *judicial*, assim como na via *amigável*, o direito à indenização prescreve em cinco anos contados a partir do evento danoso (Cód. Civil, art. 178, § 10, VI). Assim, o ajuizamento da ação de reparação de danos teria que ocorrer antes da extinção desse lapso temporal, sob pena de prescrição.[140] Na hipótese de morte da vítima, a indenização a ser obtida traduz-se em danos materiais e morais, sendo que a verba indenizatória deve abranger alimentos devidos aos herdeiros ou dependentes do detento, tudo na forma dos artigos 1.537 e 1.538 do Código Civil. Por fim, as sentenças proferidas contra o Estado estão sujeitas ao *duplo grau de jurisdição*, não produzindo efeitos senão depois de confirmada pelo tribunal (Código de Processo Civil, art. 475, II). Por isso, as sentenças favoráveis aos familiares das vítimas da ação policial no Carandiru serão obrigatoriamente reexaminadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.[141]

Antes da análise dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em cada caso, serão apresentadas breves considerações sobre a responsabilidade civil do Estado na Constituição de 1988 e mencionadas as normas constitucionais e infraconstitucionais mais diretamente relevantes para a proteção da integridade física e moral do detento. Também será indicada a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade civil do Estado (seção 5.2.1).

5.2.1 Responsabilidade civil do Estado na Constituição de 1988 e os direitos dos detentos

O princípio da responsabilidade civil do Estado, previsto no art. 37, § 6° da Constituição de 1988, é um instrumento fundamental no sistema de *garantias* constitucionais.[142] Ao cidadão lesado pela atuação ou omissão, dos órgãos ou

(140) Existe pelo menos um menor de 16 anos morto no massacre do Carandiru e pela idade da vítima a prescrição não alcança esse caso que está motivando uma ação da Assistência Judiciária da PGE/SP em junho/julho de 1999, segundo declaração da procuradora Cláudia Simardi.

(141) Código de Processo Civil, art. 475, parágrafo único: "Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida: não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los".

(142) Considerada como a *ultima ratio* do Estado de Direito, a responsabilidade por ilícito não tem, desse modo a função estática de uma reparação patrimonial: constitui uma autêntica garantia com o mesmo valor e natureza idêntica ao de outras constitucionalmente consagradas, não admirando que ela apareça positivamente plasmada em recentes diplomas fundamentais". Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1974, p. 132.

agentes do Estado como último remédio, resta a reparação patrimonial das conseqüências danosas do fato administrativo.

"As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa" (CF, art. 37, § 6.º).

Mantém-se na Constituição vigente a solução que já vinha sendo adotada desde a Constituição de 1946, quer dizer, a *responsabilidade objetiva extracontratual do Estado por danos causados no exercício de função pública a particulares*. Por esse princípio, a reparação do dano causado a terceiros *prescinde de prova de culpa ou dolo por parte dos servidores do Estado*; depende exclusivamente de estar o agente causador no exercício de função pública, de haver um *nexo causal* entre o *fato administrativo* e o *dano*. Pelo exame do dispositivo constitucional vigente (art. 37, § 6.º), revela-se que a Constituição firmou o princípio objetivo da *responsabilidade sem culpa* do Poder Público pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados. Por outro lado, havendo o elemento *subjetivo* do dolo ou culpa, caberá *ação de regresso em face do agente público causador do dano*.

Ao se examinar o sistema interno de regras constitucionais articuladas com o princípio da responsabilidade civil do Estado, destaca-se a importância das *regras jurídico-materiais de direitos fundamentais* (expressão de Canotilho) dos artigos 5.º, X[143] e V[144] da Constituição de 1988 que afirmam o dano *moral*, além do tradicional dano material.

À estrutura normativa de responsabilidade extracontratual do Estado, descrita acima, deve-se agregar os preceitos constitucionais seguintes que são particularmente pertinentes ao caso Carandiru:

Primeiro, o art. 5.º, XLIX que afirma que: "É assegurado *aos presos* o respeito à integridade física e moral". O direito à incolumidade física e moral constitui notável emanação dos direitos da personalidade, especificamente vinculada à situação do preso.[145] É norma constitucional de aplicação imediata e cogente.

(143) Constituição de 1988, art. 5.º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

(144) Constituição de 1988, art. 5.º, V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

(145) Há uma distinção técnica entre detenção e prisão. "Detenção é a apreensão física da pessoa, limitando seu direito de locomoção. Está detido quem está submetido a mandado de condução, ou a testemunha que foi mandada isolar-se pelo juiz, ou aquele que foi encontrado em flagrante delito e conduzido pelo miliciano à presença da autoridade policiais; tais são espécies de detenções legais. Constitui, também, detenção embora ilegal, a apreensão física da pessoa sem que haja título jurídico para tal, como, por exemplo, as pessoas detidas em *blitzen* policiais que não tenham sido encontradas em flagrante delito. Prisão é ato jurídico de restrição formal do direito de locomoção, não incidental e só pode ser decorrente de: 1) decreto judicial, ou; 2) auto de prisão em flagrante delito". SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988*. 4. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 254.

Essa norma está vinculada ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III da Constituição de 1988), à incolumidade do indivíduo ("ninguém será submetido à tortura ou tratamento de desumano ou degradante", art. 5.º, III da Constituição de 1988) e à proibição ao Estado de qualquer forma de discriminação (art. 3.º, IV da Constituição de 1988).

Mais ainda, a questão do preso morto vincula-se ao "direito à *vida*", que é um dos direitos cuja a ordem constitucional assegura a inviolabilidade (CF, art. 5.º, *caput*).

Segundo, há um dever dos agentes do Estado, baseado no art. 5.º, XLIX da Constituição, de assegurar a integridade física e moral dos presos. Por outro lado, firma-se um *direito público subjetivo*[146] assentado na Lei Maior, cuja garantia demanda a atuação dos agentes públicos policiais (civis, militares e penitenciários).

O princípio-garantia da responsabilidade civil do Estado e os preceitos constitucionais assecuratórios da integridade física e moral dos presos, recebem "densificação"[147] na legislação ordinária. O *preceito penal incriminador da incolumidade do preso* está no art. 38 do Código Penal: "O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda de liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral". Constitui ainda *abuso de autoridade* qualquer atentado *à incolumidade física do indivíduo*,[148] o que possibilita sanção civil indenizatória.[149]

A responsabilidade civil do Estado, enquanto princípio-garantia, possui "abertura" – espaços normativos deixados à concretização – que se abre à mediação dos tribunais e juízes. Por isso, vale citar, a perspectiva jurisprudencial acolhida pelo Supremo Tribunal Federal na matéria.

"A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos brasileiros desde a Carta de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil *objetiva* do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, *faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.*

Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem: (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou *negativo (omissão) do agente público*, (c) a oficialidade da atividade causal e

(146) A respeito de direitos públicos subjetivos ver: REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 263-271.

(147) Para Canotilho, "densificar" uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço preceito constitucional, carente de concretização, com o objetivo de, por meio desse preceito, dar uma solução a problemas concretos.

(148) Lei Federal 4.898, de 09.12.1965, art. 3.º, *i*.

(149) Lei Federal 4.898, de 09.12.1965, art. 6.º, § 2.º.

lesiva, imputável ao agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude ou não, do comportamento funcional (*RTJ*-140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (*RTJ*-55/503; *RTJ*-71/99; *RTJ*-91/377; RTJ-99/1155; *RTJ*-131/417).

O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (*RDA*-137/233 – *RTJ*-55/50)".[150]

5.2.2 Os acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo no caso Carandiru

"O que poderia fazer o Estado para evitar tão grande rebelião, que ainda trazemos em nossas retinas como uma das mais graves da história penitenciária brasileira? Será que tem culpa o Estado de os presos se amotinarem, de desejar fugir, de desejar matar todos que se coloquem entre eles e a rua? A culpa foi das vítimas, que iniciaram a rebelião, que destruíram todo um pavilhão do Carandiru e que forçaram a sociedade, por meio de sua Polícia Militar, a se defender. Não poderiam ter direito algum a qualquer indenização, como não podem seus parentes buscar uma indenização por uma ato doloso de autoria das vítimas".

Voto da maioria, relator Des. Raphael Salvador, ApCiv 240.511-1/7.

Ao contrário da responsabilidade criminal cuja trajetória judicial foi acompanhada de perto pela imprensa, as ações indenizatórias receberam pouca cobertura da mídia. Somente em maio de 1996, face a decisões divergentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, o assunto alcançou repercussão na imprensa.[151] Na seção 1.1.2 serão analisados os casos julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo até dezembro de 1998: doze apelações cíveis e dois embargos infringentes.

(150) STF – 1.ª Turma – RE 109615-2/RJ, rel. Min. Celso de Mello, *Diário de Justiça*. Seção I, 02.08.1996. p. 25785. Ver ainda para jurisprudência citada: STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 3. ed., revista e ampliada. São Paulo: RT, 1997; FEDERIGJI, Wanderley José. *Responsabilidade Civil do Estado nos tribunais*. São Paulo: EUD, 1994; MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 272-273.

(151) "Mãe pede R$ 56 mil por morte de filho". *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 22.05.1996. p. 5; "Pedido de indenização de família de preso morto foi julgado improcedente ontem em São Paulo: para desembargador, PM não queria matar". *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 23.05.1996. p. 5. Nessa época. os procuradores em exercício na área de Assistência Judiciária da PGE-SP já haviam entrado com 49 processos judiciais pleiteando indenização para familiares das vítimas do Carandiru, segundo o Boletim dos procuradores.

CARANDIRU: Acórdãos julgados pelo TJSP até dezembro de 1998

Acórdão/ Ap. Cível	Julg.	Órgão julgador	Decisão	A favor da pretensão indeniza-tória ?	Relator	Voto vencido
224.506-1/7	02.05.1995	2.ª Câm. de Direito Público	Unânime	Sim, mas parcialmente	Des. Correia Lima	********
243.364-1/7	09.04.1996	3.ª Câm. de Direito Público	Unânime	Sim	Des. Pires de Araújo	********
246.297-1/2	23.04.1996	2.ª Câm. de Direito Público	Unânime	Sim	Des. Corrêa Vianna	********
250.092-1/1	20.05.1996	6.ª Câm. de Direito Público	Por maioria	Sim	Des. Afonso Faro	Des. Telles Corrêa
262.804-1/5	11.03.1997	1.ª Câm. de Direito Público	Unânime	Sim, mas parcialmente	Des. Carduro Padin	********
274.952-1/2	13.03.1997	5.ª Câm. de Direito Público	Unânime	Sim, mas parcialmente	Des. Borelli Machado	********
267.440-1/10	20.05.1997	1.ª Câm. de Direito Público	Unânime	Sim	Des. Demóstenes Braga	********
9.659-5	18.03.1998	9.ª Câm. de Direito Público	Unânime	Sim	Des. Gonzaga Franches-chini	********
Embargos Infringentes 250.092-1 na Ap. Cível 250.692-1/1 da 6.ª Câm. de Direito Público	17.11.1997	6.ª Câm. de Direito Público	Por maioria de votos	Sim	Des. Ferreira Conti	Des. Telles Correa

240.511-1/7	03.04.1996	8.ª Câm. de Direito Público	Por maioria	Não	Des. Raphael Salvador	Des. Antonio Villen
240.630-1/0	22.05.1996	8.ª Câm. de Direito Público	Por maioria	Não	Des. Toledo Silva, relator designado	Des. Felipe Ferreira
Embargos Infringentes à AP 240.551-1/9	16.10.1996	8.ª Câm. de Direito Público	Por maioria	Não, parcialmente	Des. Toledo Silva, designado	Des. Felipe Ferreira relator
265.036-1/1	28.04.1997	7.ª Câm. de Direito Público	Por maioria	Não	Des. Walter Moraes	Des. Barreto Fonseca
010658-5/9-00	13.04.1998	7.ª Câm. de Direito Público	Unânime	Não.	Des. Prado Pereira	*********

Na análise dos acórdãos seguintes, o foco de atenção recairá sobre: 1. A fundamentação apresentada, e, em particular, a existência de argumentação na motivação da decisão; 2. A extensão do acolhimento do pedido de indenização por *dano material* e *moral*, na parte dispositiva do acórdão.

5.2.2.1 Apelação Cível 224.506-1/7[152] – Relatório: O Ministério Público, como substituto processual de beneficiários pobres, moveu uma ação ordinária de in-

(152) ApCiv 224.506-1/7. 2.ª Câm. de Direito Público. Rel. Des. Correia Lima. Decisão: unânime. Julg. 02.05.199. Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelada: Ministério Público

Ementa: Reparação de dano *ex delicto*. Ministério Público como substituto processual dos beneficiários pobres. Arts. 129, IX da CF, 68 do CPP e 33, I e IX do DL. Complementar estadual 12/70 (L.O.M.P.). Responsabilidade civil objetiva do Estado. Art. 37, § 6º, da CF. Alegação de culpar a de terceiros (outros presos). Vítima sem atividade laborativa regular lícita (assaltante). Dano moral reconhecido. Procedência parcial. Recursos Voluntário e *ex officio* improvidos.

O Ministério Público tem legitimação extraordinária para, em nome próprio e no interesse do titular do direito, promover a ação civil de reparação de dano *ex delicto*.

Os danos sofridos pelo preso devem ser indenizados independentemente da verificação de culpa ou dolo dos servidores do presídio ou de outros encarcerados.

denização pela viúva e dois filhos menores de presidiário morto. Pretendeu condenar a ré a pagar aos beneficiários pensão mensal, despesas de tratamento, luto e funeral, dano moral (a ser arbitrado em 1.500 salários mínimos, sendo 500 para cada substituído) e ônus da sucumbência.

A sentença de primeiro grau foi parcialmente procedente, fixando a indenização *por dano moral* em 100 salários mínimos. Quanto ao ressarcimento das despesas com tratamento, luto e sepultamento, o pedido foi julgado improcedente, por causa da falta de comprovação dos gastos. No que se refere à pensão mensal, a decisão foi contrária porque o falecido não tinha atividade laboral regular lícita.

Apenas a Fazenda Pública apelou, alegando no mérito, a ausência da responsabilidade civil do Estado e o exagero da indenização. Requereu sua redução para um salário mínimo. O Ministério Público apresentou contra-razões.

Acórdão: O Tribunal reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado. Acolhendo como finalidade da operação policial "manter a ordem e a integridade física dos presos", o acórdão concluiu que: "A Polícia Militar, no entanto, não logrou cumprir satisfatoriamente a determinação, agindo sem prudência e imoderadamente, pois culminou por deixar que fossem exterminados 111 encarcerados". O Tribunal não acolheu a alegação de que a vítima fora morta por outros detentos, e não por agentes estatais, posto que atingida por arma branca. Afirmou o acórdão que: "É irrelevante que a vítima sob custódia do estado tivesse sido sacrificada não por ação ou omissão dos agentes públicos, mas sim, por outros presos sediciosos".

Destaca-se no acórdão, de votação unânime, a interpretação de proteção ampla dada ao preceito constitucional seguinte.

"Como diz a Constituição, no art. 5º, inciso XLIV, "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral", direito a que corresponde o dever indeclinável do Estado de zelar pela incolumidade dos seus detentos, o que compreende todas as ações necessárias no sentido de proteger o preso de qualquer tipo de agressão, seja de agentes públicos, seja de outros presos, ou de terceiros".[153]

Com referência ao pedido de indenização destaca-se o seguinte no acórdão. Primeiro, o montante do *dano moral* é mantido em 100 salários mínimos. O preso "não apenas não mantinha atividade laborativa regular lícita, como era também um criminoso", tendo sido condenado como assaltante por duas vezes.

(153) O acórdão cita, em reforço à sua interpretação, a doutrina de Yussef Said Cahali sobre a responsabilidade objetiva para cuja configuração "basta o reconhecimento do nexo de causalidade entre o procedimento comisso ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificado como conseqüência" (CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: RT, 1982. p. 33). Adiciona ainda como apoio jurisprudencial o seguinte: "Incumbe ao estado cuidar da incolumidade dos presos. Os danos por esses sofridos nas prisões devem ser indenizados pela Fazenda do Estado, independentemente do exame de culpa dos servidores do presídio" (*RT* 556/66).

"No entanto, essa deteriorada e abominável personalidade da vítima para a sociedade, que dela precisou se defender, não justificaria perante sua esposa e filhos, a estimativa de dano moral sugerida pela apelante na quantia escorchante, ao avesso, *data venia*, de um salário mínimo, mantendo-se, pois, o equânime arbitramento efetuado na r. sentença."

Segundo, o Estado não negou a ocorrência do *dano moral*, somente repudiou o montante pedido (1.500 salários mínimos) e sugeriu um salário mínimo. Terceiro, o Tribunal não acolheu os outros pedidos de verba indenizatória – dano material (pois a vítima não era trabalhador) nem foram comprovadas despesas de funeral ou tratamento.

Essa primeira decisão do Tribunal de Justiça é, na prática, importante porque reconhece a legitimidade *ad causam* na defesa das vítimas no caso Carandiru. Por outro lado, é paradoxal que a ampla proteção defendida pela 2ª Câmara de Direito Público quando da interpretação do preceito constitucional (art. 5º, XLIV) resulte numa indenização mitigada e, por conseqüência, baixa no caso concreto.

5.2.2.2 Apelação Cível 243.364-1/7[154] – Relatório: A mãe da vítima morta na invasão é a autora da ação de reparação de danos. O pedido de indenização é por *dano material*, compreendendo pensão mensal e ressarcimento de despesas de funeral, e por *dano moral*, no valor de 500 salários mínimos.

A sentença de primeiro grau julgou o pedido parcialmente procedente e fixou a indenização por *dano moral* em 70 salários mínimos. A indenização por *dano material* foi, porém, negada.

Ambas as partes recorreram da decisão de primeira instância. A Fazenda requereu a improcedência do feito, e a autora reiterou os pedidos de ressarcimento de despesas com funeral e pensão mensal (*dano material*), além de indenização por *dano moral* no montante de 500 salários mínimos.

(154) ApCiv 243.364-1/7. 3.ª Câm. de Direito Público. Rel. Des. Pires de Araújo. Decisão: unânime. Julg. 09.04.1996. Apelante e reciprocamente apelada: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelada e reciprocamente apelante: Maria Aparecida de Aquino.

Ementa: Os depoimentos das testemunhas da ré, em nada altera a responsabilidade do Estado e, no que diz respeito à testemunha arrolada pela autora a prova constante dos autos é suficiente para a valoração dos fatos relevantes que se pretende provar. Indenização. Responsabilidade do Estado. A CF de 1988 em seu artigo XLIX, assim dispõe: "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". O dano patrimonial é indevido. A vítima não tinha emprego fixo e sequer promessa de colocação laboral quando de sua saída do presídio, além de não caracterizada a dependência econômica da autora em relação ao filho, como alegou, nem mesmo o visitava no presídio. Dano moral é indenizável em face do disposto no art. 5.º, X da CF. As despesas com o funeral foram pagas por terceiro, portanto, são indevidas. Agravo retido, reexame necessário e voluntário da Fazenda improvidos e provido em parte o da autora.

Acórdão: O Tribunal reconhece no caso a responsabilidade objetiva – independente de culpa dos agentes policiais – do Estado. Mas, o acórdão menciona que a operação policial foi feita *no mínimo* de forma *culposa*.

"A operação, realizada pela Polícia Militar que tem função precípua de defender vidas e manter a ordem, foi feita no mínimo de forma culposa. Lembrem-se, os policiais militares são profissionais e por isso deveriam agir como tal, com efeito, se a situação era gravíssima não deveriam entrar, mas avaliar o perigo, mas a partir do momento que entraram no Pavilhão 9 assumiram todos os riscos de suas ações, e no final da operação, 111 mortes, todas de presos."

Na parte dispositiva, o *dano material* não foi concedido porque a vítima era desempregada e não trabalhava na prisão. Além disso, a mãe não comprovou a dependência econômica do preso, e ele teria – conforme livro de visitas da prisão – uma "esposa". Portanto, se coubesse indenização por *danos materiais*, seriam destinados à "esposa". As despesas de funeral não foram comprovadas, portanto, foram consideradas indevidas. Quanto ao *dano moral*, o critério do *Código Brasileiro de Telecomunicações* é invocado. Afinal, fixou-se o ressarcimento do *dano moral* em 100 (cem) salários mínimos vigentes à época da execução, a serem pagos de uma só vez. Nesse acórdão, o emprego do critério apresentado pelo Código Brasileiro de Telecomunicações serviu para *aumentar* o montante do ressarcimento por *dano moral*.

5.2.2.3 Apelação Cível 246.297-1/2[155] – Nessa ação de reparação de danos movida pela mãe da vítima foi pleiteado *dano material* e *dano moral*.

A sentença de primeiro grau não concedeu reparação de *dano material*. Mas acolheu o pedido de *dano moral*.

Na apelação a Fazenda pugnou pelo não provimento da indenização por dano *moral e material*. A autora reiterou seu pedido de ressarcimento por dano material.

O acórdão acolheu a tese da responsabilidade objetiva do Estado no caso, e confirmou a sentença de primeiro grau quanto ao montante (não mencionado no

(155) ApCiv 246.297-1/2. 2.ª Câm. de Direito Público. Rel. Des. Corrêa Vianna. Decisão: unânime. Julg. 23.04.1996. Apelante e reciprocamente apelado: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelado e reciprocamente apelante: Florindo Martins Vieira Rodrigues

Responsabilidade civil do Estado. Indenização. Dano moral e patrimonial. Rebelião em presídio. Morte de detento. Incidência de dano moral. Dano patrimonial não pode ser outorgado.

Ementa (da redação) – "Mesmo que o presidiário falecido tenha sido indivíduo de conduta reprovável, isso não afasta o sofrimento dos pais. Morto durante revolta em presídio, o dano moral deve ser reparado pelo Estado, que não tem afastada a sua responsabilidade objetiva, ainda que considere a posição dos militares e a dificuldade de sua missão.

O dano patrimonial, por sua vez, não pode ser outorgado, não havendo prova da dependência econômica dos pais". (*RT*-730, agosto de 1996. p. 103).

acórdão) da indenização por dano *moral*. Quanto ao pedido de indenização por dano *material*, o acórdão negou a demanda nos termos seguintes:

"Pelo que consta, nos autos, o falecido trazia mais problemas que soluções. Não há prova de que os pais viviam em sua dependência econômica, e sim, ao revés, que estes é que contribuíam com pequenas quantias para ajudar o filho. Os autores residiam em casa de outro filho, sendo que o pai trabalha em 'bicos' como pedreiro e a mãe está registrada em empresa para prestação de serviços gerais."

O acórdão afasta por fim o rigor do juiz de primeira instância que havia considerado a mãe da vítima como "litigante de má-fé", e afirma que não se verifica na autora vontade de alterar os fatos ou mentir em juízo. "Cuida-se de pessoa simples, de instrução rudimentar, podendo suas confusas declarações ser explicadas por essas circunstâncias, aliadas à presença no Tribunal e à renovada dor por voltar ao tema da morte de seu filho".

5.2.2.4 Apelação Cível 250.092-1/1[156] – Relatório: Cuida-se de ação de reparação de danos materiais e morais, proposta pela genitora de ex-detento.

[156] ApCiv 250.092-1/1. 6.ª Câm. de Direito Público. Rel. Des. Afonso Faro. Voto vencido. Des. Telles Corrêa. Decisão: por maioria. Julg. 20.05.1996. Apelante e reciprocamente apelada: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelada e reciprocamente apelante: Ana Clemente Cardoso.

Ementa: Prova – Produção – Desnecessidade – Fato público e notório – Artigo 334 do Código de Processo Civil – Cerceamento de defesa inocorrente – Preliminar rejeitada.

Indenização – Fazenda Pública – Responsabilidade civil – Morte de detento, por ação policial, durante rebelião na Casa de Detenção – Culpa da vítima não demonstrada – Teoria do risco administrativo – Indenização devida – Sentença confirmada – Voto vencido.

A teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização.

Indenização – Fazenda Pública – Responsabilidade civil – Morte de detento por ação policial – Despesas com funeral – Pagamento por terceiro que não é parte no processo – Irrelevância – Verba devida – Sentença confirmada.

Indenização – Fazenda Pública – Responsabilidade civil – Pensão – Mãe de detento morto por ação policial – Preso que não era arrimo de família – Fixação em um salário mínimo – Verba devida até a idade provável de trinta e cinco anos da vítima – Sentença confirmada – Voto vencido.

Indenização – Fazenda Pública – Responsabilidade civil – Dano moral – Morte de detento por ação policial – Ação proposta pela mãe do falecido – Determinação do *quantum* – Inexistência de normas de caráter objetivo – Razoabilidade da verba de cem salários mínimos – Sentença confirmada.

Indenização – Fazenda Pública – Responsabilidade civil – Morte de detento por ação policial – Pagamento de uma só vez, observado o artigo 100 e § 1º da Constituição da República – Sentença confirmada.

No primeiro grau, a ação foi julgada procedente, condenando a ré a pagar à autora um salário mínimo mensal, desde o evento até quando o falecido completaria 35 anos de idade; cem salários mínimos, a título de dano moral e despesas com funerais.

A Fazenda Pública recorreu alegando nulidade da sentença, por cerceamento de defesa; ausência de responsabilidade do Estado; inexistência de dano patrimonial; inindenizabilidade das despesas com funerais, quando suportadas por terceiros; ausência de observância de parâmetros para a fixação de danos morais e fixação excessiva.

Recorre a autora objetivando: a) elevação da indenização patrimonial a 2.4 (dois ponto quatro) salários mínimos mensais enquanto viva for a autora e a elevação do ressarcimento pelo dano moral a quinhentos salários mínimos.

Acórdão: A preliminar de cerceamento de defesa foi descartada, nos termos seguintes:

"Na verdade, as provas pretendidas pela Fazenda se confirmadas, não a beneficiariam. O detento, nessa condição, é entregue ao Estado que tem o dever de proteger-lhe a integridade física. A morte 'intra muros', sob a guarda do Estado traz-lhe o ônus da responsabilidade. O ingresso da tropa no presídio, quanto à oportunidade e modo tem, é certo, reflexos até na orla criminal e, no campo do risco administrativo do Estado, traz-lhe o gravame do fato delituoso. A morte do filho da autora ninguém o negou, nem mesmo a Fazenda. Aliás, na preliminar, a Fazenda não disse que prova foi-lhe cerceada, a não ser no que tange, genericamente, à oportunidade única de se demonstrar a verdade dos fatos" (fls. 161/162). Ademais, provas dos fatos vieram e muitas (fls. 28, 47, 50 a 63, 129 a 139). O fato tornou-se público e notório, no âmbito nacional e internacional. O art. 334 do Código de Processo Civil dispensa a prova de tal fato".

Quanto à alegação de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, o voto da maioria, após citar Hely Lopes Meirelles,[157] recusa-se a acolhê-la.

"É sabido que o motim dos presos, de especial virulência, provocava ação enérgica dos agentes do Estado. Entretanto, também é sabido que nem todos eles estavam na chamada 'linha de frente', afrontando e ameaçando os policiais. Muitos se refugiaram em celas, pois a energia dos policiais já produzia efeitos no sentido. Não se perdendo de vista que neste processo se aprecia a situação de desestimular os revoltosos, um só dos detentos, e não a ação de uma coletividade, forçoso é se concluir que não ficou demonstrado que ele tivesse agido objetivamente contra um policial, ou alguns deles, de molde a provocar uma legítima reação. A generalização é inaceitável."

Na parte dispositiva, o acórdão confirma a sentença de primeiro grau, destacando-se por conceder ressarcimento por dano *material.*

"O dano material, fixado em um salário mínimo, até a idade provável de 35 anos da vítima, foi determinado com acerto pois, conquanto ínfima a importân-

[157] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 10. ed. São Paulo: RT, p. 551.

cia, a Constituição Federal elegeu-a como capaz de suprir as necessidades básicas (art. 7.°, IV), com a ressalva de que tal salário seja o 'fixado em lei'. Nem a Constituição Federal estaria utópica mas, a lei que o mantém. Observe-se, neste passo, que o falecido não era arrimo de família, nem da genitora, posto que detento. Tinha, por outro lado, mais quatro irmãos (fl. 110), de tal forma que, se a sorte lhe propiciasse a recuperação – esta utópica – teria outros colaboradores na mantença da autora. Os ganhos que auferia, antes do ingresso na cadeia, por vínculo empregatício, de mais de dois salários, não justificam a majoração, até porque, condenado, já estava no desemprego, talvez a conseqüência do lúgubre e inaceitável desfecho.

Somente nessa parte divergiu o Douto Terceiro Juiz sustentando que, do presumido rendimento de um salário mínimo, a pensão cabível seria de dois-terços daquele parâmetro posto que um-terço seria a parte que o filho da autora consumiria com a sua subsistência.

Por isso, a divergência parcial se resumiu no provimento parcial ao apelo voluntário da Fazenda do Estado de São Paulo e recurso oficial para reduzir a indenização pelo dano material para dois-terços, mantidas todas as demais disposições da r. sentença de Primeiro Grau."

A indenização por dano *moral* foi mantida em cem salários mínimos:

"A indenização pelos danos morais, fixada em cem salários mínimos – conquanto não pretendam remunerar a dor, porque o *pretium doloris*, por falecimento, não se quantifica, objetivam dar uma satisfação do Estado à autora, no caso, mãe do falecido – permanece. O Magistrado pautou-se por manifestações jurisprudenciais e doutrinárias (fls. 153/157), se é certo inexistirem normas de caráter objetivo que autorizem a determinação do *quantum*, o que propicia mensuração subjetiva, não menos certo é o fato de que não se presta, a indenização, ao enriquecimento por automatismo. Há mais a se considerar: O Estado não é um ente inanimado. Anima-o, move-o o povo, os que labutam, os que trabalham. Os ressarcimentos que Ele paga decorrem da produção dos trabalhadores, de qualquer seara, mas trabalhadores. A imprudência, negligência ou imperícia da Administração, infelizmente traz conseqüências aos cidadãos contribuintes e trabalhadores. Por isto, o ressarcimento por uma vítima tange centenas de outras. A moderação é devida e, neste quadro, vê-se afastada a hipótese do pedido de majoração a quinhentos salários mínimos.

Ao determinar o pagamento 'de uma só vez' pretendeu o Magistrado propiciar o efeito desejável com a indenização e, como é evidente, observado o preceito contido no art. 100 e § 1.°, da Constituição Federal. Em caso contrário, estar-se-ia impingindo, juntamente com a indenização, diminuição patrimonial indevida, pelo parcelamento."

Por último, concede-se o pagamento por despesas de funeral.

"Embora suportadas por terceira pessoa que não a autora, é comum que, nestas ocasiões de profunda dor, os amigos tomem a dianteira e assumam, momentaneamente, tais despesas. Estas, foram comprovadas (fl. 47), portanto, devidas".

Deve-se observar que houve um voto vencido (Des. Telles Correa) que possibilitou o Embargos Infringentes 250.092-1, que está no item 5.2.2.9 abaixo.

5.2.2.5 Apelação Cível 262.804-1/5[158] – Os autores da ação de indenização são os pais da vítima, e pedem indenização por *danos morais e materiais*, esses abrangendo pagamento de pensão mensal e despesas com funeral.

A sentença de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido, sendo condenada a Fazenda ao pagamento de verba por *danos morais*, fixada em 200 salários mínimos, ao ressarcimento de despesas com o funeral e ao pagamento de pensão mensal, estipulada em valor equivalente a 2/3 de um salário mínimo, a partir da data do óbito até os 25 anos da vítima.[159] Quanto ao fundamento para a concessão da pensão pelo julgador de primeiro grau destaca-se o seguinte argumento. Ao ser preso, a vítima residia com os pais e contribuia para o sustento da casa, ao trabalhar com o pai como vendedor de frutas. A renda estimada nesse trabalho foi de um salário mínimo. O juiz entendeu ser razoável a fixação da pensão em valor equivalente a um salário mínimo (renda estimada), menos um desconto de 1/3 do salário mínimo para despesas pessoais. Ou seja, o juiz arbitrou a verba em 2/3 do salário mínimo até os 25 anos da vítima, "porque nessa idade, natural o alimentante assumir nova situação na sociedade, constituindo família e novos encargos, impeditivos da continuidade da mesma contribuição, abrindo desvinculação e emancipação". E conclui o juiz: "Não faz sentido, no quadro exposto, a extensão do beneficio até sessenta e cinco anos de idade da vítima, posto que se havia contribuição, não se caracteriza impossibilidade para o trabalho e de auto-sustento dos beneficiários".

Ambas as partes recorrem na apelação. Os autores postulam a elevação da pensão para 1,2 salário mínimo, com termo final aos 65 anos da vítima falecida e, ainda a fixação da verba pelos *danos morais* em 500 salários mínimo para *cada Autor*. A Fazenda pugnou pela exclusão do *dano material* e pela fixação da indenização por *danos morais em quantia simbólica de um salário mínimo*.

O acórdão acolheu a tese da responsabilização objetiva no Estado no caso, e repudiou as alegações da Fazenda de que os policiais agiram em legítima defesa ou regular exercício de direito. Afirma o acórdão: "A necessidade da intervenção, da forma como foi feita, com os materiais, armas e meios utilizados, não convence, mesmo porque não eram iguais as forças antagônicas". Não evidenciou também culpa da vítima. Enfim, o acórdão aceitou como correta a solução de primeiro grau quanto à responsabilidade de indenizar.

(158) ApCiv 262.804-1/5. 1.ª Câm. de Direito Público. Rel. Des. Cauduro Padin. Decisão: unânime. Julg. 11.03.1997. Apelante e reciprocamente apelada: Mário Ramos e outra. Apelada e reciprocamente apelante: Fazenda do Estado de São Paulo.

Ementa: Responsabilidade Civil do Estado. Casa de Detenção. Pavilhão 9. Rebelião reprimida pela Polícia militar. Mortes de detentos. Ausência de legitimidade pelo excesso. Responsabilidade objetiva. Excludentes. Indenização por dano patrimonial e moral. Em que pese certa a prova da dependência e auxílio anterior, ausente ganho atual e coincidindo a liberdade com o término do benefício, não há motivo para pensão. Dano moral devido. Dor presente, além de presumida. Valor reduzido. Pensão excluída. Despesas de funeral devidas. Ação procedente. Recurso dos autores improvido. Provido em parte os demais.

(159) A vítima tinha 22 anos ao falecer na invasão do Carandiru.

Na parte dispositiva, o acórdão negou provimento aos autores, dando provimento em parte ao recurso da Fazenda Pública. O acórdão nega a indenização por *dano material* porque o preso não trabalhava nem tinha remuneração na prisão, sendo ainda frágil a prova de dependência dos pais. A pensão mensal, portanto, não se justificaria. O pagamento das despesas de funeral foram aprovadas porque os autores tinham documentos probatórios. Por fim, quanto aos *danos morais* o acórdão *reluziu o montante* concedido pela sentença de primeiro grau. O acórdão expõe a seguinte argumentação:

"A fixação deve ser uma compensação ou um benefício de ordem material, ensejando lenitivo ao lesado ou então ensejando distrações ou prazeres que de algum modo possam afastar ou aliar a dor provocada, bem como uma repressão ou sanção ao causador do dano.

Isto só afasta a indenização simbólica, como a de salário mínimo, como ainda, não autoriza o montante despropositado, montante este não constante da sentença, de modo a impor um aumento patrimonial ou a elevação social. A fixação de 100 salários mínimos não transborda do razoável e nem é radical na situação estabelecida. *Esse montante aliás está previsto no Código Brasileiro de Telecomunicações, art. 84, § 1.º, da Lei 4.117/62.* Sem fundamento, a propósito por estar no outro extremo, a pretensão recursal de levação para 500 salários mínimos. Também sem fundamento tal valor para cada autor e sim ao casal, pois lesados em conjunto e ressarcidos da mesma forma, em valor suficiente e adequado, ou seja 100 (cem) salários mínimos" (grifos nossos).

Esse acórdão adota o critério do *Código Brasileiro de Telecomunicações, art. 84, § 1.º, da Lei 4.117/62* para fixação do *dano moral*. Esse critério consta de uma lei que está parcialmente revogada, e *justamente no ponto adotado pelo Tribunal de Justiça*.[160] O dispositivo invocado pelo acórdão prevê a reparação de *dano moral* por *calúnia, difamação ou injúria, divulgada pela imprensa*, e dispõe que o montante da reparação não será inferior a cinco nem superior a cem salários mínimos.[161] Causa perplexidade que seja invocado para arbitrar o *dano moral* sofrido pelos

(160) Os artigos 58 a 99 do *Código Brasileiro de Telecomunicações* foram revogados pelo Decreto-lei 236 de 28.02.1967. Cf. STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 3. ed. São Paulo: RT. p. 627.

(161) Cf. São os seguintes artigos do *Código Brasileiro de Telecomunicações* que estão articulados: "Art. 81 – Independentemente da ação penal, o ofendido pela calunia, difamação ou injúria cometida por meio de radiodifusão, poderá demandar, no Juízo Cível, a reparação do dano moral, respondendo por este, solidariamente, o ofensor, a concessionária ou permissionária, quando culpada por ação ou omissão, e quem quer que, favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele".

"Art. 84 – Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa. § 1.º O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País."

familiares de um *detento morto* por ação policial o critério que originariamente foi estipulado para um problema tão diverso.[162] O resultado prático é que esse critério serve para reduzir o montante devido como ressarcimento do dano moral.

5.2.2.6 Apelação Cível 274.952-1/2[163] – Relatório: Ação é promovida por filha menor de preso falecido, representada por seu avô. Pleiteia-se indenização por *danos morais* e *materiais*, nessa incluídos o pagamento de uma pensão mensal e despesas com funeral.

A sentença de primeiro grau julgou o pedido parcialmente procedente, com a condenação da Fazenda a pagamento de pensão mensal, fixada no correspondente a dois-terços do que recebia a vítima à época da prisão e 500 salários mínimos a título de indenização por *danos morais*. O pedido de pagamento de despesas com funeral foi rejeitado.

Ambas as partes apelaram. A autora insistiu no pedido de ressarcimento das despesas do funeral, solicitando ainda a fixação da pensão em 80% dos ganhos do falecido. A Fazenda pugnou pela total improcedência do pedido.

Acórdão: É reconhecida a responsabilidade objetiva do Estado no caso. "O genitor lá se encontrava preso, cumprindo pena, falecendo em razão de ferimentos

(162) O Des. José Carlos Barbosa Moreira ao justificar, como relator, em acórdão visto como *leading case* na adoção desse critério para o dano moral por morte, pelo menos no Rio de Janeiro, escreveu: "Considerando-se as circunstâncias do caso, adotando-se a técnica do *quantum* fixo, com razão dita preferível por Yussef Said Cahali. *Dano e indenização*. São Paulo, 1980. p. 67, e levando-se em conta que o Código Brasileiro de Telecomunicações, no art. 84 § 1.º, para as hipóteses de calúnia, difamação ou injúria, prevê limites de 5 a 100 salários mínimos, afigura-se razoável, na espécie, arbitrar o dano moral nesse limite máximo, já que normalmente não se há de supor menos grave o produzido pela morte de um filho que o causado por ofensa à honra". In ApCiv 1350, 5.ª Câm. Cível do TJ-RJ, Sessão de 27.05.1986. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito Aplicado: acórdãos e votos*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 276.

(163) ApCiv 274.952-1/2. 5.ª Câm. de Direito Público. Rel. Des. Borelli Machado. Decisão: unânime. Julg. 13.03.1997. Apelante e reciprocamente apelada: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelada e reciprocamente apelante: Roberta Fróes Inojosa, menor, representada pelo avô José Ferreira Inojosa.

Ementa: Responsabilidade Civil do Estado. Morte de presa na rebelião das Casa de Detenção, ocorrida em 02.10.1992.

Ação promovida por filha menor do preso falecido pleiteando indenização por danos materiais (pensão mensal) e por danos morais, bem como ressarcimento com despesas com funeral.

Teoria do risco administrativo. Inocorrência de atenuante ou excludente.

Ação procedente em parte, condenada a Fazenda Estadual a pagar pensão mensal, até a maioridade da autora, equivalente a dois- terços do salário do falecido, como se apurar em liquidação; cem (100) salários mínimos com indenização por danos morais.

Despesas com funeral excluídas por não comprovadas.

que teve durante a ação policial realizada para acabar com a rebelião". Mais ainda: "*É que não há prova alguma de que o pai da autora estivesse dentre os amotinados*, o que afasta a possibilidade de se cogitar da culpa exclusiva ou concorrente sua para a morte que lhe adveio" (grifado no original). O relator conclui a fundamentação: "Inexistindo prova da participação do pai da vítima, a responsabilidade por sua morte se insere dentro da responsabilidade objetiva do estado, o que prejudica a apreciação das alegações de legítima defesa e de estrito cumprimento do dever legal".

Quanto ao pedido de indenização, no entanto, decide-se o seguinte. Primeiro, que 2/3 terços do salário que a vítima recebia antes de ser preso é uma verba de valor adequado para a pensão mensal até a maioridade da autora. Rejeita-se, portanto, a ampliação da verba para 80% dos ganhos do falecido. Segundo, as despesas do funeral não foram suportadas nem pela Autora nem por seu tutor, não se justificando sua inclusão na indenização. Terceiro, quanto ao montante dos *danos morais* – que a sentença de primeiro grau fixara em 500 salários mínimos – o Tribunal decide *reduzi-lo a 100 salários mínimos*, seguindo "o montante que se adotou nos embargos Infringentes 240.511-1/9-01, em indenização relativa a fatos acontecidos na mesma rebelião".

Esse acórdão curiosamente reconhece que: "Mensurar o *dano moral* é tarefa árdua, quase impossível". E se socorre da doutrina para afirmar que "a reparabilidade do dano moral assenta-se mais no sentido de que o pagamento em dinheiro, ao invés de objetivar um recomposição do desequilíbrio causado pelo fato lesivo, representa uma sanção ao causador do fato, sanção essa que pode traduzir-se em dinheiro" (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação por danos morais*. 2. ed., p. 63). Paradoxalmente, ao decidir a questão desfaz o caráter punitivo da indenização por *danos morais* devida pelo Estado ao reduzir o valor da verba da sentença de primeiro grau de 500 salários mínimos para 100 salários mínimos.[164]

5.2.2.7 Apelação Cível 267.440-1/0[165] – Relatório: Trata-se de ação de ressarcimento de dano intentada por mãe de detento morto na invasão do Carandiru. Pleitea-se indenização por *danos materiais* – incluindo lucros cessantes e emergentes – e *danos morais*.

A sentença de primeiro grau julgou o pedido parcialmente procedente e condenou a Fazenda ao pagamento de verba por *danos morais*, fixada em 40 salários mínimos.

(164) Lamentavelmente isso acontece freqüentemente como os advogados experientes podem constatar.

(165) ApCiv 267.440-1/0. 1.ª Câm. de Direito Público. Rel. Des. Demóstenes Braga. Decisão: unânime. Julg. 20.05.1997. Apelante e reciprocamente apelada: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelada e reciprocamente apelante: Luiza da Costa da Silva.

Ementa: Responsabilidade civil. Vítima de rebelião ocorrida na Casa de Detenção do Estado. Cabimento de dano moral. Violação do artigo XLIX do artigo 5.º da Constituição Federal. Reparação confirmada. Pensão reclamada pela mãe do preso falecido na rebelião, com base em ajuda não comprovada. Descabimento sem prosa de atividade laborativa estancada e de dependência econômica. Recursos improvidos.

A Fazenda apelou ao Tribunal de Justiça, e a autora recorreu adesivamente. A Fazenda postulou a redução do valor da indenização. A autora, por sua vez, pediu o aumento do montante da indenização dos *danos morais*, e para que fosse incluída na condenação lucros cessantes e emergentes até quando a vítima completasse 65 anos.

O acórdão acolheu a tese da responsabilização objetiva do Estado, seu dever de garantir a integridade física e moral do detento. Argumentou-se que:

"Com efeito, é dever do Estado como guardião daqueles que cometeram infração penal e estão sob sua custódia carcerária exercer todas as providências para resguardá-los de atos temerários dos próprios agentes, não obstante atuando no sentido de apaziguar o motim, porquanto, o surgimento deste resulta da própria ineficiência do sistema carcerário que deixa de oferecer condições adequadas a tarefa de sua alçada específica".

Na parte dispositiva do acórdão foi negado provimento a ambos os recursos. Quanto ao *dano material*, incluindo os lucros cessantes e emergentes até quando a vítima tivesse 65 anos de idade, a pretensão foi tida como descabida. Inexistia prova de atividade laborativa do preso que tivesse sido interrompida com sua morte e faltava evidência de dependência econômica da autora em relação à vítima. E argumentou-se que:

"Perante a apelante, o falecido representava causa de despesa e não fonte de contribuição lícita, auxílio garantidor de subsistência, ainda que parcial, o que bem mostra inexistir dano de responsabilidade estatal a ser arbitrado, pois, o evento morte não pode ser causa de enriquecimento indevido e tampouco alimentar esperanças baseadas em conjecturas existentes ao desamparo de qualquer prova objetiva".

Quanto ao *dano moral*, o valor da verba de 40 salários mínimos foi considerado adequado, tendo em vista "as condições particulares de vítima e autora". O paradigma apresentado pela autora para obter o aumento do montante indenizatório foi rejeitado. Tratava-se de uma vítima de ação policial, alvejada no interior de sua residência, quando sofria constrangimento de seqüestro, que a polícia não soube dominar. O relator argumenta que a pessoa do paradigma oferecido era "culta, trabalhadora e benquista no seu meio social, pormenores inexistentes no caso do filho da apelante".

5.2.2.8 Apelação Cível 9.659-5[166] – Relatório: Trata-se de ação movida pelos pais do detento morto objetivando a condenação do Estado de São Paulo ao

[166] ApCiv 9.659-5. 9.ª Câm. de Direito Público. Rel. Des. Gonzaga Franceschini. Decisão: unânime. Julg. 18.03.1998. Apelante e reciprocamente apelada: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelado e reciprocamente apelante: Almerindo Palmijano.

Ementa: Indenização. Responsabilidade civil. Morte de detento, por ação policial, durante rebelião na Casa de Detenção. Agentes que agiram com exagero e de forma no mínimo culposa. Responsabilidade objetiva do Estado, sob a modalidade de risco administrativo. Considerações a respeito. Sentença confirmada.

pagamento por indenização por danos *patrimonial* e *moral* e por despesas com o funeral do filho.

A sentença de primeiro grau julgou a demanda parcialmente procedente, condenando o réu a pagar a cada autor o equivalente a quinhentos salários-mínimos, a título de indenização por *dano moral*, afastando porém os pedidos relacionados aos *danos materiais* e às despesas com o funeral.

Irresignadas, as partes apelaram. O réu postulou a integral improcedência da ação. Os autores pleitearam a condenação da parte contrária ao pagamento, também, da indenização por dano *material*, com fixação da pensão mensal em 1,2 salário mínimo, correspondente a 80% dos ganhos da vítima, mais as despesas concernentes ao funeral.

Este acórdão reconhece a responsabilidade civil do Estado nos acontecimentos do Carandiru com certa eloqüência e indignação.

"O filho dos autores e mais cento e dez detentos – segundo dados oficiais – morreram durante o triste e vergonhoso episódio conhecido como 'massacre do Carandiru', fato que teve enorme repercussão no Brasil e no estrangeiro, denegrindo profundamente a imagem do Pais."

O acórdão menciona que a atuação policial evidenciou exagero e a "forma culposa com que agiu a Polícia Militar".

"Ao invés de objetivar principalmente a ordem e a salvação de vidas humanas, a ação policial resultou em, no mínimo, cento e onze mortes, só de detentos, num dos maiores, se não o maior, massacre da história carcerária mundial.

Apesar de alguns presos estarem precariamente armados com estiletes e uns poucos com armas de fogo, sabe-se que muitos deles foram mortos quando estavam nus ou agachados ou deitados no chão ou quando procuravam abrigo em

Indenização. Fazenda Pública. Responsabilidade civil. Morte de detento, por ação policial. Vítima que, após a prisão, não mais colaborou para o sustento da família. Prejuízo não demonstrado. Indenização por dano material não devida. Recurso não provido. *Inexistindo prova de prejuízo, não há como indenizar dano hipotético.*

Indenização. Fazenda Pública. Responsabilidade civil. Morte de detento, por ação policial. Despesas de funeral. Documento comprobatório em nome de terceiro. Reembolso a quem efetuou o pagamento não efetuado. Verba não devida. Sentença confirmada.

Indenização. Fazenda Pública. Responsabilidade civil. Dano moral. Morte de filho detento, por ação policial. Irrelevância, na ótica dos pais, fosse considerada um criminoso pela sociedade. Danos detectáveis à própria experiência. Verba devida. Sentença confirmada. *Quando atingidos direitos personalíssimos, com a vida humana, os danos são detectáveis à luz da própria experiência.*

Indenização. Fazenda Pública. Responsabilidade civil. Dano moral. Morte de detento por ação policial. Ação ajuizada pelos pais. Circunstâncias que autorizam a redução do *quantum* em sua metade. Recurso provido para esse fim. *Em se tratando de reparação civil por danos morais, deve-se atentar para as condições das partes, a gravidade da lesão, sua repercussão, a culpa do agente e as circunstâncias fáticas.*

suas celas, circunstância que bem demonstra o exagero e a forma no mínimo culposa com que agiu a Polícia Militar".

O relator do acórdão conclui que:

"Assim, apesar de ser objetiva a responsabilidade do Estado, não há como deixar de reconhecer, no caso em exame, *a sua culpa pelas mortes das pessoas que estavam sob sua guarda e responsabilidade dos seus agentes, apesar do tumulto*" (grifos nossos).

"A ação policial foi sem dúvida, violenta, truculenta e desproporcional. E, como se sabe, o excesso configura ato abusivo e, portanto, ato ilícito." (grifos nossos)

Na parte dispositiva do acórdão, primeiro, nega-se a fixação de indenização por *danos materiais*, ante a ausência de prejuízo. Após a prisão, o detento não mais colaborou para o sustento de sua família. Ademais, o autor é aposentado e recebe provento – argumenta o relator – suficientes para sua subsistência e de sua mulher. Igualmente não foi comprovada as despesas com o funeral, cujo documento exibido está no nome de terceira pessoa e nada indica ter havido reembolso a quem efetuou o pagamento.

Quanto aos danos *morais*, a Constituição assegura essa indenização. Mas o acórdão ao fixar o valor indenizatório por *dano moral* tece inúmeras considerações, entre outras que: "Em se tratando de reparação civil por danos morais, deve atentar o Julgador para as condições das partes, a gravidade da lesão, sua repercussão, a culpa do agente e as circunstâncias fáticas". Após digressão sobre várias considerações, há *um trecho surpreendente por sua total franqueza.*

"Finalmente, a indenização não pode ser meramente simbólica, de modo a perder o caráter punitivo, como também não pode ser excessiva, a ponto de gerar um verdadeiro enriquecimento dos autores e insuportável penalização da Administração ou, em última análise, dos que lhe pagam impostos *já que não é da tradição brasileira a responsabilização regressiva dos agentes causadores de danos*" (grifo nosso).

O que se constata nesse acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo é que existe uma prática institucional, por parte do Ministério Público, de não se mover as ações regressivas, *que estão previstas no art. 37, § 6.º da Constituição de 1988*, contra os agentes públicos que de forma culposa ou dolosa causam danos a terceiros. Por que isso ocorre? Esse também não seria mais um exemplo de que a democratização do Estado brasileiro ainda não se efetuou completamente, e que seus agentes continuam a não ser civilmente responsabilizados?

Surpreendente, enfim, é a decisão que depois de dramaticamente afirmar a responsabilidade civil do Estado e o dever de ressarcimento do dano *moral*, estipula que:

"Em razão dessas circunstâncias todas, razoável a redução do *quantum indenizatório fixado na sentença em sua metade, de modo a caber a cada autor a indenização no valor equivalente a duzentos e cinqüenta salários mínimos*". (grifos no texto original do acórdão)

5.2.2.9 Embargos infringentes 250.092-1[167] – Relatório: Trata-se de ação ordinária de reparação de danos materiais e morais proposta por mãe de detento morto. Os embargos infringentes são interpostos com base no voto vencido do desembargador Telles Côrrea que julgou improcedente o pedido no julgamento da apelação.

O acórdão afirma que os excessos cometidos pelos policiais enquadram o caso no âmbito da responsabilidade civil do Estado. Seria admissível a demonstração de culpa da vítima seja para excluir ou mitigar a indenização devida pelo Estado. No caso, no entanto, o Estado não comprovou que o filho da autora tivesse enfrentado os policiais ou participado ativamente na rebelião.

Na parte dispositiva, o acórdão reafirma a sentença de primeira instância favorável à autora.

Observação: ver a ApCiv 250.092-1 no item 5.2.2, acima.

5.2.2.10 Apelação Cível 240.511-1/7[168] – Relatório: Trata-se de ação indenizatória movida por mãe de detento morto que pleiteia a condenação da Fazenda

(167) EI 250.092-1 na ApCiv 250.092-1, da 6.ª Câm. de Direito Público. Rel. Des. Ferreira Conti. Decisão: por maioria de votos. Julg. 17.11.1997. Embargante: Fazenda do Estado de São Paulo. Embargada: Ana Cardoso Clemente (Assistência Judiciária).

Indenização. Fazenda Pública. Responsabilidade civil, morte de detento, por ação policial, durante reunião na Casa de Detenção. Culpa da vítima não demonstrada. Teoria do risco administrativo. Indenização devida. Embargos rejeitados.

Ementa oficial: Ordinária. Responsabilidade civil do Estado. Pleito de indenização de mãe que teve seu filho falecido, quando do tumulto na Penitenciária do Estado, no ano de 1992. Responsabilidade do Estado pela guarda do preso, segundo artigo 5.º, inciso XLLX, da Carta Magna. Embargos rejeitados.

(168) ApCiv 240.511-1/7. 8.ª Câm. de Direito Público. Rel. Des. Raphael Salvador (designado). Voto vencido: Des. Antônio Villen. Decisão: por maioria. Julg. 03.04.1996. Apelante e reciprocamente apelada: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelada e reciprocamente apelante: Judite Beltrame de Oliveira.

Ementa: Responsabilidade civil do Estado. Indenização. Rebelião no presídio do Carandiru. Culpa das vítimas. Dano moral. Descabimento. Declaração de voto vencido.

Ementa da redação: Diante da questão da rebelião do presídio do Carandiru, surge a responsabilidade da Administração Pública pela guarda que tem dos condenados na Penitenciária do Estado.

Dentro da teoria do risco administrativo, porém demonstrada a culpa das vítimas descabe qualquer indenização, impondo-se a improcedência total da ação, reconhecendo-se que a Polícia Militar agiu no cumprimento de seu dever.

Ementa pelo voto vencido, pela redação: É tradicional e notória a negligência do Estado com relação ao sistema carcerário.

a pagar indenização por *danos morais* no valor de 500 salários mínimos e ressarcimento das despesas de funeral.

A sentença de primeiro grau julgou procedente em parte a ação e condenou a Fazenda a pagar 100 salários mínimos à autora.

A Fazenda ofereceu recurso. Alegou que houve cerceamento de defesa, o que implica nulidade da sentença. Quanto ao mérito afirmou que o ingresso da polícia militar no presídio foi necessário em razão da rebelião existente. Houve injusta agressão por parte dos presos e reação dos policiais. Por isso, não há dever de indenizar. Mais ainda, alegou que a indenização foi fixada em quantia excessiva. Por tudo isso, pediu provimento ao recurso para que a ação seja julgada improcedente.

A autora também recorreu de parte da sentença. Pretendeu que a indenização fixada na sentença não garante a efetiva reparação do *dano moral*. Devia ser aumentada para quantia equivalente a 500 salários mínimos. Por outro lado, deveriam ser incluídas na condenação despesas com funeral, demonstradas documentalmente nos autos. Para tais finalidades, pediu a reforma da sentença.

O desembargador Raphael Salvador foi o relator designado para o *voto da maioria*. O pretendido cerceamento de defesa da Fazenda não é acolhido diante do provimento total que se dá ao seu recurso, o que toma prejudicado o pedido de provas.

Quanto ao mérito, o voto reafirma que a responsabilidade da Administração é por risco administrativo, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Hely Lopes Meirelles é citado para apoiar a tese.[169]

Argumenta o relator des. Raphael Salvador:

"Aqui todos sabem que o motim dos presos foi por eles iniciado, dentro do presídio do Carandiru, tomando funcionários como reféns, botando fogo nos colchões e celas, derrubando portas, acabando com salas administrativas e ameaçando a segurança geral, tanto dos que estavam dominados, como dos demais presos, em número superior a 6.000, que não participaram da rebelião. Havia ainda perigo para a coletividade, na hipótese de fuga dos amotinados, elementos perigosos, que ocupavam o pavilhão destinado aos presos de maior periculosidade.

A Polícia Militar foi chamada e precisava intervir, pois esta é sua função. Eu não queria e acredito que nenhum habitante de São Paulo poderia desejar que a polícia ficasse quieta e deixasse que os amotinados vencessem e fugissem.

> Quando ocorreu a rebelião do Carandiru, o dever do Estado de assegurar a integridade física e moral dos presos, previsto no art. 5.°, XLIX, da CF, era letra morta ao menos quanto àquele estabelecimento.
>
> Não deve ser elidida a responsabilidade do Estado, não havendo que se falar em etapa exclusiva ou concorrente da vítima.
>
> Existe, outrossim, o dano moral, pois a dor pela perda de filho é presunção de caráter absoluto. (RT/730, agosto 1996. p. 94)

[169] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT. p. 551.

A intervenção da Polícia Militar não foi o ato inicial de toda a briga, mas foi a conseqüência da rebelião que se espalhava perigosamente. A polícia precisava entrar e sabia que iria enfrentar os piores condenados, aqueles que nada mais tinham na vida a perder. Os chefes da Polícia Militar tentaram dialogar e forçar os presos a se entregar, mas nada conseguiram.

Receberam os policiais ordens de invadir a Penitenciária, o Pavilhão 9, e sabiam que enfrentariam presos armados com estiletes e algumas armas de fogo, dispostos a tudo.

O que desejaria a autora que os militares fizessem? Que se submetessem aos presos, que se deixassem matar ou que aceitassem que sobre eles fossem jogados frascos e panos com sangue que os presos tiravam de si e diziam que portavam o vírus da Aids?

A atuação da Polícia Militar não pode ser medida aqui em processo que foi feito tranqüilamente, em escritórios e nos fóruns, mas sim naquela cena dantesca de incêndio, destruição e violência. Havia ação violenta dos presos e havia reação da polícia, que precisa ser entendida como de homens que se defendiam dentro do inferno que se transformou o referido pavilhão.

Dizem que o Estado não cumpriu bem sua função de guarda dos presos sob sua custódia. Mas, o que dizer-se de um País onde o trabalhador ganha cem reais por mês para sustentar sua família e o Estado não pode ajudá-lo! No entanto, esse mesmo Estado é obrigado a gastar quase cem reais *diários* para a remuneração de cada preso, além de manter grandes presídios e penitenciárias, com guardas, funcionários administrativos, médicos, enfermeiros, numa tentativa de ajudá-los a suportar anos de prisão.

O que poderia fazer o Estado para evitar tão grande rebelião, que ainda trazemos em nossas retinas como uma das mais graves da história penitenciária brasileira? Será que tem culpa o Estado de os presos se amotinarem, de desejarem fugir, de desejarem matar todos que se coloquem entre eles e a rua? A culpa foi das vítimas, que iniciaram a rebelião, que destruíram todo um pavilhão do Carandiru e que forçaram a sociedade, por meio de sua Polícia Militar, a se defender. Não poderiam ter direito algum a qualquer indenização, como não podem seus parentes buscar uma indenização por uma ato doloso de autoria das vítimas".

Quanto à compensação por *dano moral*, o relator também é contundente:

"Além disso, não tem a autora qualquer direito à indenização por dano moral pela morte do filho, pois dele totalmente separada, distante, sem ligação. Nunca foi visitá-lo, nunca foi anteriormente por ele visitada e o fato de ser dele mãe não lhe garante o direito a que se reconheça uma dor moral que, na situação em que a família vivia separada, exigia prova que não foi feita".

Na parte dispositiva final, o relator conclui:

"Por todo exposto, pelo meu voto dou provimento ao recurso voluntário da Fazenda e ao oficial, para julgar improcedente a ação de indenização, *reconhecendo que a Polícia Militar agiu no cumprimento do seu dever, que ali não poderia ser outro senão o domínio da rebelião*" (grifos nosso).

A declaração do *voto vencido* do Des. Antonio Villen estabelece um notável contraditório com a argumentação desenvolvida no *voto vencedor* acima apresentado.

Primeiro, o Des. Villen repudia a argumentação da Fazenda de que houve "cerceamento de defesa e que se lhe tivesse sido concedida oportunidade de produzir provas, demonstraria que a ação do Estado consistiu em reação à agressão injusta praticada pelos presos, entre os quais se encontrava o filho da autora".

O Des. Villen argumenta que, ao contrário, na Casa de Detenção a causa primeira dos distúrbios ocorridos se encontra no "sistemático descumprimento" pelo Estado da garantia constitucional da integridade física e moral dos presos.

"Com efeito, o próprio número de pessoas envolvidas na rebelião impede que seja ela atribuída a um ou outro elemento. Mais, ainda que o fato pudesse ser atribuído ao filho da autora, a responsabilidade do Estado não seria elidida. É tradicional e notória – e fatos notórios não dependem de prova – a negligência do Estado com relação ao sistema carcerário. Quando ocorreram os fatos em discussão, havia tempo que era de conhecimento público que as condições da Casa de Detenção a tornaram um verdadeiro barril de pólvora. O dever do Estado de assegurar a integridade física e moral dos presos, previsto no art. 5.°, XLIX, da CF, era letra morta na época dos fatos, pelo menos quanto àquele acontecimento.

Foi o sistemático descumprimento dessa norma constitucional a causa primeira dos tristes acontecimentos de 1992. Evidente, por isso, que não faz sentido a alegação da ré de que poderia provar o envolvimento do filho da autora e, desse modo, excluir a responsabilidade do Estado. A prova seria inútil, pois o dever de indenizar decorre dos fatos notórios veiculados por todos os órgãos de comunicação, antes e depois do evento. E tais fatos, repita-se, consistem no descumprimento da norma já mencionada. É inegável que a tragédia não teria ocorrido, se o estabelecimento carcerário apresentasse o mínimo de decência para preservar a integridade dos detentos."

O Des. Villen questiona, em suma, quem é a parte que comete *injusta agressão* e aponta a irrelevância da alegação de "culpa exclusiva ou concorrente da vítima" no caso Carandiru.

"Saliente-se, outrossim, que é de manifesta improcedência a alegação da ré de que o Estado, por seus agentes, reagiu a uma injusta agressão. Como já consignado, a rebelião não foi ato individual de um ou outro preso. Foi um verdadeiro motim, que, evidentemente, não pode ser atribuído ao filho da autora. *Deve ser atribuído ao já referido descaso do Estado – aqui, sim, a injusta agressão com o sistema prisional.* Por isso, ainda que se pudesse afirmar que a ação da polícia naquele momento, restringiu-se ao necessário para encerrar a rebelião, ainda assim o pedido teria de ser acolhido. Isso porque, sob qualquer aspecto que se considere a questão, não há que falar em culpa exclusiva ou concorrente da vítima para excluir ou atenuar a responsabilidade do Estado" (grifos nosso).

O voto do Des. Villen afirma que o julgador de primeiro grau acertadamente concluiu pelo reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, e leciona que não cabe *na via cível* se questionar se houve, ou não, conduta culposa dos policiais militares: essa indagação é relevante para a *responsabilidade penal.* Ou, com as palavras do texto do acórdão:

"Deve ficar consignado que tal conclusão não depende de afirmação da existência de eventual conduta culposa dos agentes da Administração no dia dos fatos. *Isto está sendo apurado na esfera penal, e as conclusões respectivas não seriam relevantes para o julgamento da presente demanda.* Cuida-se aqui de dever de indenizar, decorrente da responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, § 6.°, da Constituição sob a modalidade do risco administrativo."

Segundo, o voto do Des. Antonio Villen reconhece o pedido de compensação *por dano moral* e fixa o montante do pagamento em 100 salários mínimos, seguindo o critério do Código Brasileiro de Telecomunicações. Há a se destacar a posição firmada pelo Des. Villen de que a "dor pela perda de filho é presunção de caráter absoluto". Em seu apoio cita o acórdão seguinte:

"A reparação do dano imaterial, que sendo dor, não há como nem se precisa provar, donde se lhe presume de modo absoluto (*iuris et de iure*) a existência, quando se trata da morte de um filho (art. 335 do CPC), essa é objeto doutra norma jurídica, que manda arbitrá-la (art. 1533 do CC)".[170]

Por último, o Des. Villen também concede o pagamento das despesas de funeral.

"Estes devem ser incluídos na condenação, irrelevante o fato de as notas terem sido emitidas em nome de um cunhado do falecido. O próprio fato de tais documentos se encontrarem em poder da autora é indicativo de que houve reembolso a quem efetuou o pagamento e de que está ela autorizada a pleitear o ressarcimento".

5.2.2.11 Apelação Cível 240.630-1/0[171] – Relatório: Trata-se de ação de indenização movida por mãe de preso morto, na qual pleiteia indenização por danos *morais* e *patrimoniais*, estes consistentes em percebimento de pensão mensal correspondente a 1.6 salários mínimos.

A sentença de primeiro grau acolheu parcialmente o pedido, com a condenação do Estado ao pagamento de verba a título de danos *morais*, fixada em 100 salários mínimos. O pedido de ressarcimento de dano *material* foi rejeitado, porque não foi comprovada a situação de dependência da mãe do preso falecido.

(170) EI 202.702-1. Rel. Des. César Peluzo, publicado em *Jurisprudência do Tribunal de Justiça*, LEX, v. 169/252.

(171) ApCiv 240.630-1/0. 8.ª Câm. de Direito Público. Rel. Des. Toledo Silva (designado). Declaração de voto vencedor: Des. Raphael Salvador. Declaração do voto vencido: Des. Felipe Ferreira. Decisão: por maioria de votos. Julg. 22.05.1996. Apelante e reciprocamente apelada: Maria de Lourdes Batista. Apelada e reciprocamente apelante: Fazenda do Estado de São Paulo.

Ementa: Responsabilidade civil do Estado. Ação de reparação de danos. Detento morto no Pavilhão 9 da Casa de Detenção "Prof. Flamínio Fávero". Teoria do risco administrativo. Culpa dos detentos pela reação da Polícia Militar. Cumprimento do dever legal. Artigo 37 § 6.° da Constituição Federal. Falta de prova de dano moral. Ação julgada procedente, em parte. Recursos providos para julgar a ação improcedente.

Ambas as partes apelaram. A Fazenda postulou pela total improcedência do pedido. A autora pediu a elevação da indenização por dano *moral* para 500 salários mínimos, além da indenização por dano *patrimonial* (pensão mensal).

Por maioria de votos foi acolhido o pedido da Fazenda para reformar a sentença de primeiro grau e julgar improcedente o pedido da autora.

Acórdão: O voto do relator designado, des. Toledo Silva, se fundamenta na tese de que a Polícia Militar "agiu no estrito cumprimento do dever legal" ao invadir o presídio onde ocorria uma 'autêntica guerra de facções' de presidiários. Argumenta que:

"A prova é convincente de que a Polícia, quando ingressou no Pavilhão 9, encontrou vários detentos mortos, em razão das brigas entre facções de detentos.

Assim, se a Polícia agiu no cumprimento do dever legal, nenhuma responsabilidade civil deve ser atribuída ao estado, pois foram os próprios detentos do Pavilhão 9 os causadores da rebelião. *Indenizar as famílias pelo falecimento dos presos é premiá-las pelo comportamento dos detentos e, em última análise, incentivar novas rebeliões*" (grifos nossos).

O voto vencedor do des. Raphael Salvador fundamenta-se da maneira seguinte:

"A Polícia não entrou para matar os amotinados, mas foi obrigada a se defender contra esses últimos. *Sua atuação foi necessária, justa e no estrito cumprimento do dever legal.* Louve-se o Estado por ter Polícia Militar corajosa que fez o que poucos teriam coragem de fazer: entrar no Pavilhão, tomado pelo fogo e pela água espalhada no chão, para enfrentar os perigosos amotinados, que pouco tinham a perder, diante das altas penas que estavam cumprindo" (grifos nossos).

Na parte dispositiva do acórdão, o relator designado, des. Toledo Silva ao fundamentar o não acolhimento do pedido de compensação por dano *moral,* argumenta que:

"O filho da autora cumpria longa pena corporal e, o que se extrai dos autos, nunca foi visitado pela mãe, que não demonstrou ter sofrido com a morte do filho. *O simples fato da autora ser mãe do detento não significa que tenha direito à reparação do dano moral. A ação não passa de uma tentativa de enriquecimento sem causa*" (grifos nossos).

A declaração do voto vencedor do des. Raphael Salvador dispõe, com um argumento que vai do tom sarcástico ao moralizante, o seguinte:

"Se não se reconheceu a autora o direito de dano patrimonial, também nada deve receber a título de dano moral, como se fosse mãe sofredora, sofrendo pela morte do filho querido.

O filho da autora estava condenado a cumprir pena longa, até 1997, com prisão em 1981. Sua morte em 1992, sem que nesses onze anos de prisão tenha recebido sequer a visita da mãe que o abandonou completamente. Nem buscou confortá-lo através de cartas, mensagens ou coisas iguais. Nunca lhe enviou um bolo, uma torta de frango, um copo de refrigerante. Que estranha dor moral essa que surgiu de repente!

Não existe dor moral para quem se torna pessoa indiferente à sorte do filho."

O voto vencido do des. Felipe Ferreira[172] qualifica o episódio da invasão do Carandiru como uma "chacina" ou um "massacre" praticado pela Polícia Militar, e conseqüentemente *repele qualquer incidência de excludente de responsabilidade do Estado.*

O voto do des. Felipe Ferreira espelha sua indignação com a tentativa do voto vencedor de caracterizar a ação dos policiais militares na invasão do Carandiru como uma ação no "estrito cumprimento do dever legal", na qual se agiu com rigor mas, sobretudo em "legítima defesa".

Primeiro, o des. Felipe Ferreira situa a "chacina" na seqüência de episódios que assinalam a persistência de graves violações coletivas de direitos humanos no período posterior à Constituição Democrática de 1988.

"Cuida-se do vergonhoso episódio, que horrorizou o mundo civilizado, conhecido da opinião pública internacional como 'A Chacina na Casa de Detenção de São Paulo', onde cento e onze detentos, até onde se pôde contar, foram brutalmente assassinados pela Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Tal fato ocorreu em 02 de outubro de 1992, quando todos nós já nos gabávamos da conquista do estado de direito e do império da democracia. Mas já há outras datas a comemorar, no calendário brasileiro, a mais recente de 17 de abril de 1996, em Eldorado dos Carajás, no Pará, onde dezenove (19) agricultores ou mais, sem terra para plantar e sustentar a si e suas famílias, também foram brutalmente executados, por ousarem cobrar uma promessa governamental.

Outros países, que oficialmente, não querem nem ouvir falar em estado de direito e de regime democrático, na violação de direitos fundamentais da pessoa humana, vem perdendo feio para o Brasil, como no massacre da 'Praça da Paz Celestial', que a todos revoltou, mas pelos fatos citados, o placar é animador: Brasil 2, China 1. No entanto a vitória se dará por goleada, pois nos esquecemos do massacre de 'Vigário Geral', das crianças da 'Candelária', da chacina, também

(172) A ementa oficial do voto vencido do Des. Felipe Ferreira é a seguinte: "Responsabilidade civil do Estado. Chacina na Casa de Detenção de São Paulo. Dano patrimonial e moral. Tendo havido no mínimo culpa, embora não se descarte o dolo, dos policiais militares e dos seus comandantes, na repressão à rebelião dos detentos do Pavilhão 9 da Casa de Detenção, com a execução sumária de 111 presos, resta caracterizada a responsabilidade do Estado em indenizar. Abuso do direito-dever de repressão ao tumulto caracterizada. Legítima defesa não caracterizada, por ausente o requisito da moderação dos meios suficientes e necessários, sendo que o saldo dos mortos que caracteriza massacre, afasta a incidência da concludente. De qualquer forma cabe ao Estado assegurar a integridade física do preso. Responsabilidade civil caracterizada. O dano patrimonial não restou comprovado, por não ser a autora dependente econômica do filho morto. Dano moral caracterizado na perda do filho assassinado, por absoluto, independe de prova. Fixação da indenização pelo dano moral em cem (100) salários mínimos mantida, por criteriosa. Sentença de provimento parcial mantida. Recursos não providos."

dos sem-terra, de Corumbiara e de tantos outros que, talvez por isso, não registre a História o menor desejo de João-Sem-Terra visitar o Brasil".

Segundo, o des. Felipe Ferreira repele o argumento do voto da maioria que acolheu a alegação de "estrito cumprimento do dever legal" na invasão policial.

"Dever legal? Qual a lei que autoriza a execução sumária, o hediondo massacre de cento e onze (111) detentos, muitos dos quais, nus e atingidos, por inúmeros disparos, até mesmo pelas costas?"

O voto a seguir expõe, em detalhe, os preceitos da Constituição de 1988[173] da Lei de Execução Penal[174] que asseguram direitos e garantias fundamentais aos detentos. Não são esquecidos os deveres dos detentos[175] na enumeração dos preceitos relevantes ao caso. Depois da enumeração dos dispositivos normativos, o voto conclui, invocando à memória do leitor as práticas policiais autoritárias do passado ditatorial recente, que:

"É evidente que a rebelião em presídios há de ser repelida. Mas somente uma tropa despreparada ou mal-intencionada, com ânimo homicida e hedionda intenção de massacrar, atirando para todos os lados, invadiria um presídio revolto se, para aplacar a revolta há outros métodos tão conhecidos daqueles estudantes que, durante a ditadura militar, legitimamente se rebelavam contra o sistema, em defesa da redemocratização, e eram dispersados, embora pela truculência e arrogância, por métodos menos danosos à integridade física, até que um comandante maluco os atingiu com uma bomba, na PUC e, embora não se chegasse a saldo tão trágico, felizmente, a ditadura começou a implodir.

Portanto, não houve o alegado estrito cumprimento do dever legal, houve, sim, e o mundo todo sabe, a vontade livre e consciente de eliminar-se o maior número possível dos detentos revoltosos ou não, nus ou vestidos, pela frente ou pelas costas, vale dizer, dolo direto.

E, posto que o cumprimento do dever legal, é um direito-dever, se tivesse ocorrido, teria havido abuso de direito, que também é causa determinante do ressarcimento" (grifos nossos).

O voto do des. Felipe Ferreira contesta a apreciação dos fatos do caso, tal como apresentados pelo voto da maioria, questionando seguidamente a existência de posse de armas pelos detentos e a "confissão de culpa" da Administração implícita na própria alegação de que armas entraram no presídio.

"Se diz também que os detentos revoltosos estavam fortemente armados, o que sabem todos, não condiz com a realidade, pelo que se constatou no local ou até mesmo pelo saldo final dos mortos, cento e onze, ou mais, de um lado, e nenhum do outro.

(173) Constituição de 1988. art. 5.°, III; art. 5.°, XLVII, *a*. e; art. 5.°, XLIX.

(174) Lei de Execução Penal (Lei 7.210) de 11.07.1984, art. 3.°; art. 40; art. 47.

(175) Lei de Execução Penal (Lei 7.210) de 11.07.1984, art. 38. Enumera-se também no voto os dispositivos que se referem à disciplina nos presídios e sanções disciplinares, respectivamente, arts. 44 *et seq.* e art. 53.

Mas mesmo que os revoltosos estivessem armados. Pergunta-se: À quem compete a administração e segurança do presídio, senão ao próprio Estado? Afinal, como é que tão grave número de armas teria chegado ao poder dos detentos? Bem se vê, portanto, que o argumento é uma confissão de culpa, de *culpa in vigilando, de culpa in eligendo, de culpa in omittendo.*"

Resumindo suas considerações sobre a questão da *culpa* e dolo dos agentes estatais, no caso Carandiru, o Des. Felipe Ferreira afirma que:

"Na esfera da culpa, houve negligência, pois, na fiscalização da segurança do presídio se permitindo que os presos se armassem. Mas houve também imprudência da tropa e de seu comandante ao determinar a invasão do presídio atirando-se para todos os lados, sendo claramente previsível que muitos, culpados ou inocentes pela rebelião, seriam mortos. E houve também imperícia no manuseio das armas, por parte dos profissionais soldados, que hão de estar preparados para o seu manejo e, se não houve culpa, houve dolo, dolo direto, a vontade livre consciente e determinada de massacrar os revoltosos e foi o que ocorreu."

Quanto à alegação de que os policiais militares agiram em *legítima defesa*, o voto do Des. Felipe Ferreira a afasta da maneira seguinte:

"E o saldo de mortos, de cento e onze (111) detentos, está a demonstrar que não houve o uso moderado dos meios necessários para repelir a injusta agressão, e, houve, por outro lado, abuso do direito de defesa, que, então deixa de ser legítima, e o abuso do direito, releia-se a lição supra-transcrita,[176] obriga à reparação".

Na parte dispositiva, o voto do Des. Felipe Ferreira confirma a sentença de primeiro grau que concede a compensação por dano *moral*, fixando o seu montante em cem vezes o valor do salário mínimo, da época da execução. Por outro lado, não acolhe o pedido de indenização por dano *patrimonial*, consistente em pagamento de pensão, pois a alegada dependência econômica da autora ao sustento do filho restou indemonstrada.

5.2.2.12 Embargos infringentes referentes à Apelação Cível 240.551-1/9[177] – A embargante, mãe de detento morto, interpôs embargos infringentes em face do

(176) O voto transcreve um longo trecho doutrinário sobre abuso de direito. Cf. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil. Responsabilidade civil.* 4. ed., v. 4. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 49.

(177) Embargos infringentes referentes à ApCiv 240.551-1/9. 8.ª Câm. de Direito Público. Rel. Des. Celso Bonilha (revisor). Voto vencido: Des. Toledo Silva. Decisão: por maioria. Julg. 16.10.1996. Embargante: Judite Beltrame de Oliveira. Embargada: Fazenda do Estado de São Paulo.

Ementa: Responsabilidade civil do Estado. Morte de detento quando de invasão de presídio pela Polícia Militar do Estado para repressão a rebelião de detentos, com elevado número de mortos. Abuso do direito-dever de repressão caracterizado, em face do excesso cometido pelos agentes do Estado. Teoria do risco administrativo e preceito constitucional que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado. Indenização devida mas, limitada ao dano moral requerido pela mãe do detento morto, por não comprovado o dano patrimonial. Embargos infringentes recebidos e acolhidos, para que prevaleça o voto minoritário.

acórdão da ApCiv 240.551-1/9, com base no voto vencido do Des. Antônio Villen. A autora pleiteou que fosse mantida a sentença de primeiro grau que havia condenado a Fazenda a pagar à autora cem salários mínimos vigentes à época da liquidação. A autora sustentou que a intervenção policial militar foi excessiva ultrapassando os limites da lei e da Constituição.

O acórdão relatado pelo Des. Revisor Celso Bonilla, acolheu a argumentação do voto vencido.

"Não se pode negar que, em face do resultado, que a repressão ao movimento dos presos não foi apenas rigorosa, mas excessiva, com emprego de meios desnecessários, na medida que as forças que se digladiaram não eram iguais: de um lado, policiais fortemente armados e do outro, detentos precariamente armados, ainda assim, muito provável que não todos eles. Afirmada essa premissa tática, ou seja a excessividade da ação policial, resulta induvidosa a obrigação do estado de reparar, em face do disposto no art. 37, § 6.º da Constituição Federal: *As pessoas jurídicas de direito público [...] responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros...* Também porque o excesso configura ato abusivo e, conseqüentemente, ato ilícito, a teor da Lei Federal 4.898, de 09.12.1965 (artigo 3.º, letra i) não vingam, portanto, as teses do exercício regular de direito (CF, art. 144, § 5.º) ou a excludente da legítima defesa (CC, artigo 1.540), pois como ficou dito, a reação perpetrada pelos agentes públicos não foi justa e proporcional ao ato que em tese, teria ensejado a convocação da Polícia Militar. Também não socorre o Estado a teoria do risco administrativo, segundo a qual isenta-se ele de responsabilidade se o lesado deu causa ao dano. Seguramente não é o caso dos autos, pois a ação dos detentos não era de modo a exigir que fossem mortos, mas, quando muito, ainda que empregando força, fossem dominados com o menor dano físico possível. A morte de qualquer deles, nas circunstâncias, foi manifestamente excessiva, como resultante da repressão policial".

Na parte dispositiva, o voto concede a compensação por dano *moral*, "que, decorrente de morte do filho independentemente da indagação sobre as relações afetivas entre mãe e filho se presume, como bem acentuado no r. voto vencido..." Concede-se, por fim, "o acréscimo das despesas comprovadas para o funeral, reembolso de custas e despesas e mais honorários advocatícios, moderadamente fixados."

5.2.2.13 Apelação Cível 265.036-1/1[178] – Relatório: Trata-se de ação de indenização movida pela mãe de detento morto, na qual se pleiteia indenização por

[178] ApCiv 265.036-1/1. 7.ª Câm. de Direito Público. Rel. Des. Walter Moraes. Declaração de voto vencido: Des. Barreto Fonseca. Decisão: por maioria. Julg. 28.04.1997. Apelante e reciprocamente apelado: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelada e reciprocamente apelante: Delcy Rodrigues de Oliveira.

Ementa: Indenização. Reparação de danos morais e materiais. Morte de detento na Casa de Detenção. Art. 1537, I e II do Código Civil. Falta de comprovação documental das despesas do funeral pela Autora. Ausência de prova de ser o *de cuius* devedor de alimentos à sua mãe. Ação improcedente. Recursos providos.

danos *morais*, no valor de 500 salários mínimos, e por danos *materiais*, compreendendo ressarcimento de despesas com funeral e taxa de sepultamento e pensão.

A sentença de primeiro grau concedeu a indenização por dano *moral* no valor de 150 salários mínimos e pensão a partir da data que o preso obteria liberdade.

Ambas as partes apelaram. A Fazenda sustenta a total improcedência da ação. A autora pleiteia que a indenização seja paga a partir da data do óbito e elevação do *quantum* fixado por danos *morais* de 150 para 500 salários mínimos.

O voto majoritário, relatado pelo Des. Walter Moraes, primeiro, julga improcedente o pedido de ressarcimento de despesas com o funeral pois o comprovante de pagamento não está no nome da autora. Em segundo lugar, considera que a autora não provou que o filho falecido, preso e sem qualificação profissional e de poucos e brevíssimos empregos, lhe era devedor de alimentos. Conclui, portanto, pela negação de provimento ao pedido da autora. Por último, o voto não se pronuncia sobre a compensação por dano *moral*, limitando-se a dar provimento à apelação da Fazenda e a considerar improcedente a ação, reformando *in totum* a decisão do juízo *a quo*.

O voto vencido, do Des. Barreto Fonseca, reconhece inicialmente a responsabilidade objetiva do Estado, com base nos artigos 37, § 6.º e 5.º, XLIX da Constituição de 1988. A seguir, o voto concede a indenização por dano *material* à genitora do preso falecido, com a argumentação seguinte:

"Mesmo preso, ele deveria estar trabalhando e podendo ajudar a autora (*caput* e parágrafo 1.º do art. 29 e *caput* do artigo 31, ambos da Lei 7.210/84). *Se o Estado não lhe ofereceu trabalho, não pode beneficiar-se de sua própria torpeza.* A pensão é devida, como fixado na respeitável sentença, sem que disso resulte violação à parte final do inciso IV do *caput* do artigo 7.º da Constituição da República, por se tratar de verba alimentar, mas desde a morte do alimentante." (grifo nosso)

Quanto à compensação pelo dano *moral*, o voto vencido também acolhe o pedido e argumenta:

"Nada de imoral no reconhecimento do dano moral. Se um chefe de família for morto por agente do estado, ou por ato ilícito, também seus familiares terão direito a reparação por dano moral...

Familiares de presos, mesmo que não os possam visitar freqüentemente, também sentem a dor de sua morte. *Por outro lado, a indenização pelo dano moral deve ser tal que desestimule o seu causador a voltar a atos que o causem. No caso concreto, deve ser tal que leve o Estado a lembrar que cumprir a Lei de Execução Penal lhe é mais vantajoso do que deixar presos amontoados para que sobre dinheiro para gastos em coisas menos necessárias.* Para não se viciar o já referido inciso IV do *caput* do artigo 7.º da Constituição da República, *elevo a indenização por dano moral para cinqüenta e seis mil reais, hoje o equivalente a quinhentos salários mínimos*, que será corrigida por ocasião do pagamento, mas não podendo ultrapassar o valor de quinhentos salários mínimos na época do pagamento, para que não haja julgamento além do pedido".

Por último, o voto vencido concede também o ressarcimento das despesas com funeral. "Embora terceira pessoa conste dos documentos, esses por ela foram entregues à autora, de sorte que a autora passou a ser credora dessa quantia. E o dever dessa indenização tem por base o inciso I do artigo 1.537 do Código Civil".

Esse voto vencido, do des. Barreto Fonseca, destaca-se dos demais votos em dois pontos: por um lado, concede a indenização por dano *material*, argumentando que é de responsabilidade do Estado prover as condições carcerárias propícias para a atividade laboral do detento. Por outro lado, é o único voto que tenta firmar, de fato, o caráter punitivo da indenização por dano *moral* ao elevar o montante a 500 salários mínimos.

5.2.2.14 Apelação Cível 010.658-5/9-00[179] – Relatório: A ação de indenização teve como demandante originário o pai do preso falecido durante a invasão policial militar do Carandiru. O demandante originário foi sucedido na ação por suas filhas, todas maiores. Pleiteava-se na ação indenização por danos *morais* e materiais, tendo em vista que a vítima ajudava no sustento do lar.

A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido, condenando a Fazenda ao pagamento de cem salários mínimos a título de indenização por danos *morais*, e em quinhentos salários mínimos a verba por danos *morais*. Por sua vez, a Fazenda postulou a anulação da sentença.

Os desembargadores decidiram, por unanimidade, pelo provimento do recurso da Fazenda. O acórdão afirma que o direito a pedido indenizatório em caso de morte, cabe aos parentes mais próximos da vítima, ou seja, aos herdeiros, ascendentes e descendentes, o cônjuge e as pessoas diretamente atingidas pelo desaparecimento.

(179) ApCiv 010.658-5/9-00. 7.ª Câm. de Direito Público. Rel. Des. Prado Pereira. Decisão: unânime. Julg. 13.04.1998. Apelante e reciprocamente apelado: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelada e reciprocamente apelante: Ivanir da Silveira Rosa e outros.

Ementa: Ação ordinária de indenização. Danos materiais e morais improvados, bem como dependência econômica dos atuais sucessores do finado detento, esses são apenas colaterais maiores de idade, no chamado "massacre do Carandiru". Decreto de cabal reforma da r. sentença de primeiro grau (fls. 241/245) que julgou procedente em parte a ação, dada a situação de evidente integral improcedência da demanda. Imposição de condenação dos vencidos nas custas processuais e honorários advocatícios, com a ressalva de que, ficará suspensa eventual execução dessas verbas, enquanto permanecer real o estado de pobreza dos atuais sucessores demandantes, consoante o que dispõe o artigo 12, *caput*, da Lei 1.060/50, que reza: "A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita".

Improvimento aos recursos: de agravo retido da ré Fazenda do Estado de São Paulo, bem como ao voluntário dos autores vencedores: e, provimento ao recurso de apelação da ré, bem como ao *ex officio*.

"Quanto aos irmãos devem estes provar condição toda pessoal, de que eram dependentes do falecido, não terem atingido a maioridade ou a idade de vinte e cinco anos.

No caso em tela, os sucessores atuais do autor são todos colateriais do detento falecido no denominado "massacre do Carandiru", sendo todos eles maiores de idade, pois os genitores daquele, também, já faleceram (fls. 35, e 158), respectivamente, mãe em 1993 e pai em 1994."

Na parte dispositiva, o acórdão conclui que:

"Assim sendo, os autores deixaram de cumprir a insuperável regra do ônus da prova consistente consagrado no artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil, dada a inexistência de qualquer prova de dependência econômica dos atuais demandantes em face do finado detento. Da mesma forma indemonstrada se encontra a efetiva ocorrência de dano moral que tivesse sido assumido pelos componentes do polo ativo da lide".

Este último acórdão, referente ao conjunto de decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo tomadas até o final de 1998, tem como peculiaridade o fato de não dar provimento à demanda de indenização por fundamentos em questões processuais.

Quadro sobre aspectos dos acórdãos julgados pelo TJSP até dezembro de 1998

Acórdão/ Ap. Cível	Julg.	A favor da pretensão indenizatória?	Fundamento da decisão	Indenização por dano *material*?	Indenização por dano *moral*?	Montante e do dano *moral*	Ressarcimento pelo funeral do preso morto?
224.506-1/7	02.05.1995	Sim, mas parcialmente	CF Art. 37, § 6.° art. 5.° XLIX	Não	Sim	1 s.m.	Não
243.364--1/7	09.04.1996	Sim, mas parcialmente	CF Art. 37, § 6.° / art. 5.° XLIX	Não	Sim	100 s.m.	Não
246.297--1/2	23.04.1996	Sim, mas parcialmente	CF Art. 37, § 6.° / art. 5.°, XLIX	Não	Sim	Não mencionado	Não
250.092-1/1	20.05.1996	Sim	CF Art. 37, § 6.° / art. 5.° XLIV	Sim. Dois terços de um s.m.	Sim	100 s.m.	Sim. Terceiro pagou o enterro
262.804-1/5	11.03.1997	Sim, mas parcialmente	CF Art. 37, § 6.° / art. 5.°, XLIX	Não	Sim, mas parcialmente	100 s.m.	Sim. Há documentos-comprobatórios.

274.952-1/2	13.03.1997	Sim, mas parcialmente	CF Art. 37, § 6.º / art. 5.º, XLIX	Sim, 2/3 do s.m.	Sim, mas parcialmente	100 s.m.	Não
267.440-1/10	20.05.1997	Sim	CF Art. 37, § 6.º / art. 5.º, XLIX	Não	Sim	40 s.m.	Não
9.659-5	18.03.1998	Sim	CF Art. 37, § 6.º / art. 5.º, XLIX	Não	Sim	250 s.m. para cada autor	Não
Embargos Infringente 250.092-1 na Ap. Cível 250.692-1/1, da 6.ª Câm. de Direito Público	17.11.1997	Sim	CF Art. 37, § 6.º / art. 5.º, XLIX	Sim. Dois-terços de um s.m.	Sim	Sim, 100 s.m.	Sim
240.511-1/7	03.04.1996	Não	Estrito cumprimento do dever legal / Culpa da vítima	Não	Não	Não	Não
240.630-1/10	22.05.1996	Não	Estrito cumprimento do dever legal / Culpa da vítima	Não	Não	Não	Não
Embargos Infringentes à AP 240.551-1/9	16.10.1996	Sim, mas parcialmente	CF Art. 37, § 6.º / art. 5.º, XLIX. Lei de Execuções Penais	Não	Sim	100 s.m.	Sim
265.036 1/1	28.04.1997	Não	CC Art. 1537, I e II	Não	Não menciona.	Não	Não
010658-5/9-00	13.04.1998	Não	Artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil	Não	Não	Não	Não

5.2.3 Conclusões sobre a responsabilidade civil do Estado nos acórdãos do TJSP

Foram analisados 14 acórdãos em seu inteiro teor, sendo 12 apelações e 2 embargos infringentes.

As ações tiveram como autores, em regra, a mãe (9 ações), os pais (2 ações), filha menor do detento (1 ação). Em um caso o Ministério Público atuou como substituto processual. Apenas uma ação foi movida pelo pai (Apelação Cível 010658-5/9-00).

As sentenças de primeiro grau acolheram mais freqüentemente os pedidos de indenização que o Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme se pode observar no quadro abaixo. *A rigor, todas as sentenças de primeiro grau responsabilizaram civilmente o Estado pelos danos causados na invasão do Pavilhão 9 do Carandiru. O que variou foi a extensão do reconhecimento do pedido de indenização.*

Três sentenças de primeiro grau concederam indenização *por dano material.* No Tribunal de Justiça, três decisões reconheceram também o pedido de indenização *por dano material*, mas *duas reduziram o* quantum *da pensão mensal concedida pela sentença de primeiro grau.*

Quanto aos pedidos de indenização por *dano moral, todas as sentenças de primeiro grau reconheceram a responsabilidade civil do Estado e o condenaram ao pagamento de compensação por dano moral. Mais importante ainda: em apenas um acórdão do Tribunal de Justiça* (Apelação Cível 243.364-1/7) *houve aumento do montante concedido pelo julgador de primeira instância.* Em todos os outros casos que o Tribunal de Justiça acolheu o pedido de dano moral, *o montante fixado pelo julgador de primeiro grau foi mantido ou foi reduzido. Em oito casos, o* quantum *da indenização foi maior na decisão de primeiro grau.*

Quanto aos pedidos de ressarcimento por despesas funerárias realizadas pelos autores, *o reconhecimento da procedência dos pedidos feitos ocorreu nos mesmos casos tanto na primeira instância quanto no Tribunal de Justiça.*

Alguns aspectos das sentenças de 1.º grau

Acórdão/ Ap. Cível	Julg.	A favor da pretensão indenizatória *no 1.º grau*	Autor da ação	Indenização por dano *material no 1.º grau?*	Indenização por dano *moral no 1.º grau?*	Montante e do dano *moral no 1.º grau?*	Ressarcimento pelo funeral do preso *morto no 1.º grau?*
224.506-1/7	02.05.1995	Sim, mas parcialmente	Ministério Público como substituto processual	Não	Sim	*100 s.m.*	Não
243.364 1/7	09.04.1996	Sim, mas parcialmente	Mãe da vítima	Não	Sim	*70 s.m.* (indenização menor que o TJ!)	Não

246.297-1/2	23.04.1996	Sim, mas parcialmente	Mãe da vítima	Não	Sim	Não mencionado	Não
250.092-1/1	20.05.1996	Sim	Mãe da vítima	*Sim. Um s.m. (diminuiu no TJ para 2/3)*	Sim	100 s.m.	1/1Sim
262.804-1/5	11.03.1997	Sim, mas parcialmente	Os pais da vítima	*Sim. Pensão de 2/3 do s.m.*	Sim, mas parcialmente	*200 s.m.*	Sim
274.952-1/2	13.03.1997	Sim, mas parcialmente	Filha menor, rep. p/ avô	Sim, 2/3 do s.m.	Sim, mas parcialmente	*500 s.m.*	Não
267.440-1/10	20.05.1997	Sim	Mãe da vítima	Não	Sim	40 s.m.	Não
9.659-5	18.03.1998	Sim	Os pais da vítima	Não	Sim	*500 s.m. para cada autor*	Não
Embargos Infringentes 250.092-1 na Ap. Cível 250.692-1/1, da 6.ª Câm. de Direito Público	17.11.1997	Sim	Mãe da vítima	*Sim. Um s.m. (diminuiu no TJ para 2/3)*	Sim	Sim	Sim
240.511-1/7	03.04.1996	*Sim, mas parcialmente*	Mãe da vítima	Não	*Sim*	*100 s.m.*	Não
240.630-1/0	22.05.1996	*Sim, mas parcialmente*	Mãe da vítima	Não	*Sim*	*100 s.m.*	Não
Embargos Infringentes à AP 240.551-1/9	16.10.1996	Sim, parcialmente	Mãe da vítima	Sim, parcialmente	Sim	100 s.m.	Sim
265.036-1/1	28.04.1997	*Sim, mas parcialmente*	Mãe da vítima	Não	*Sim*	*500 s.m.*	Não
010658-5/9-00	13.04.1998	Sim	Pai, sucedido, pelas filhas	Sim, 80% de um s.m.	Sim	*100 s.m.*	Não

Quando a análise volta-se para as decisões do Tribunal de Justiça, duas considerações devem ser feitas.

Primeira, após julgarem procedentes os pedidos de indenização por *dano moral*, seis decisões do Tribunal fixaram o montante em 100 salários mínimos, seguindo o critério previsto no Código Brasileiro de Telecomunicações, art. 84, § 1.°, da Lei 4.117/62. Como se justificou este critério nas seis decisões que o adotaram?

1.ª) Apelação Cível 243.364-1/7 – "Atenta-se a peculiaridades do caso, e tendo como paradigma a Ap. 447.060/4-SP, fixa-se o dano moral em 100 (cem) salários mínimos vigentes à época da execução, que deverá ser pago de uma só vez".

2.ª) Apelação Cível 250.092-1/1 – "A indenização pelos danos morais, fixada em 100 (cem) salários mínimos – conquanto não pretendam remunerar a dor, porque o *pretium doloris*, por falecimento, não se quantifica, objetivam dar uma satisfação do Estado à autora, no caso, mãe do falecido – permanece. O Magistrado pautou-se por manifestações jurisprudenciais e doutrinárias (fls. 153/157), se é certo inexistirem normas de caráter objetivo que autorizem a determinação do *quantum*, o que propicia mensuração subjetiva, não menos certo é o fato de que não se presta, a indenização, ao enriquecimento por automatismo" Voto do relator des. Afonso Faro.

3.ª) Apelação Cível 262.804-1/5 – "Isto não só afasta a indenização simbólica, como a de um salário mínimo, como ainda, não autoriza montante despropositado, montante este não constante da sentença, de modo a impor um aumento patrimonial ou a elevação social. A fixação de 100 salários mínimos não transborda o razoável e nem ultrapassa a condição pessoal dos beneficiados, mas enseja conforto sem alteração radical na situação estabelecida."

4.ª) Apelação Cível 274.952-1/2 – "Frisa-se, ademais, em caso de fixação do *quantum* como reparação de dano moral, a determinação do valor há que se fazer através de verba dotada de carga impositiva, em função das possibilidades do lesante e das condições do lesado, e sempre à luz das circunstâncias táticas, como se vem observando na jurisprudência, afim de que ganhe efetividade, na prática, o caráter inibidor do sancionamento.[180]

A respeitável sentença fixou o valor dos danos morais em quinhentos salários mínimos vigentes à época do pagamento.

Entende-se acertada a base de cálculo (salário mínimo).

O montante, contudo, fica reduzido para 100 (cem) salários mínimos atentando-se para as condições pessoais da vítima e da autora, sendo esse o montante que se adotou nos Embargos Infringentes 240.511-1-9-01 em indenização relativa aos fatos acontecidos na mesma rebelião."

5.ª) Embargos Infringentes 250.092-1 na Apelação Cível 250.692-1/1 da 6.ª Câmara de Direito Público. Afirma-se que "o acórdão ora hostilizado manteve o

[180] Este critério doutrinário citado no acórdão foi formulado por BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994. p. 63.

pleito indenizatório em proporções razoáveis"... no que tange aos danos *morais*. Ver: 2.ª decisão citada acima.

6.ª) Embargos Infringentes referentes à Apelação Cível 240.551-1/9. Esse acórdão simplesmente acolhe o critério da sentença de primeiro grau, sem desenvolver qualquer outra justificativa.

Esse conjunto de decisões, que adotaram o critério do Código Brasileiro de Telecomunicações e que predominaram como critério no caso Carandiru, na verdade, apoia-se num critério de *limite legal* e acolhe a direção dada por precedentes judiciais. O critério para o qual é estabelecido este limite legal específico é a *honra* do detento falecido. E na apreciação dos desembargadores a "honra" de um presidiário – não importa aí que ele tenha sido *executado sumariamente por agentes estatais* – não parece merecer ser dignificada por um montante maior. Aliás, na Apelação Cível 240.511-1/7, o des. Raphael Salvador afirma que o "Estado é obrigado a gastar quase cem reais *diários* para a remuneração de cada preso". Pergunta-se: Quantos meses de gastos diários com o preso custa ao Estado a condenação ao pagamento de compensação por *dano moral* (cem salários mínimos) fixada pelo Judiciário? Cerca de quatro meses de despesas com um detento, o que não seria muito por esse cálculo macabro, nem configuraria uma punição capaz de inibir futuras lesões fatais.

As ações de indenização tenderam também a recorrer a critérios amparados na *Lei – art. 49 do Código Penal* – ao solicitar a procedência do pedido de compensação por dano *moral*. A adoção do critério para a apuração da multa penal como elemento de fixação do dano moral não é ainda inteiramente adequada, mas, pelo menos mais pertinente à situação fática do que o critério de indenização baseado no Código Brasileiro de Telecomunicações, que, diga-se de passagem, encontra-se revogado na parte invocada (art. 84).

Um dos problemas que se evidencia na adoção de critérios de limites legais – seja o baseado no critério oferecido pelo Código de Telecomunicações Brasileiro, o Código Penal, ou ainda a Lei de Previdência Social – está em seu papel na discricionariedade judicial. O princípio da *reparação integral*[181] – a noção de que a satisfação do dano deve ser plena – parece capaz de ser melhor concretizado nas decisões judiciais, se o juiz avaliar o caso concreto, em seus vários aspectos, sem limites *legais* quanto *ao montante da indenização cabível*. O trabalho do juiz consiste em reconhecer o principio da *reparação integral* e fazê-lo prevalecer, por meio do disposto na decisão judicial, no caso concreto. Este procedimento exige que o magistrado constantemente atenda a uma exigência de justiça ou equidade (*fairness*) ou alguma outra dimensão da moralidade. O princípio da responsabilidade civil do Estado, enquanto *garantia dos cidadãos*, vincula o magistrado à examinar a textura normativa *aberta* com a perspectiva de realizar os objetivos previstos na Constituição de 1988. A *reserva de justica*[182] expressa

(181) Ver: LAURO, Antonino Procida Mirabelli di. *La riparazione dei danni alla pervona*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, p. 105-285.

(182) A idéia de que o intérprete constitucional deve sempre buscar a resposta moralmente mais correta para preencher o conteúdo aberto das normas constitucionais ou para

nos princípios e regras constitucionais afirma a dignidade plena da pessoa humana. Na esfera da responsabilidade civil, a *reparação integral expressa, em termos principiológicos*, está na centralidade da pessoa humana.

O problema da fixação do montante do *dano moral* revela suas dimensões efetivas quando se constata que, *entre as decisões do Tribunal de Justiça que reconheceram a procedência do pedido no caso Carandiru, duas atribuíram valor inferior a 100 salários mínimos* (Apelação Cível 224.506-1/7 – 1 salário mínimo, e Apelação Cível 267.440-1/10 – 40 salários mínimos) e *apenas uma decisão um montante superior a 100 salários mínimos* (Apelação Cível 9.659-5 – 250 salários mínimos para cada autor). Há *evidente divergência no Tribunal de Justiça de São Paulo sobre a fixação do montante do dano moral, quando julgado procedente*. É importante sublinhar que a Assistência Judiciária da PGE/SP que moveu 59 ações indenizatórias até junho de 1999, demandou *500 salários mínimos por autor*. Esse *quantum* foi decidido pelos procuradores que, após pesquisa da jurisprudência do Tribunal de Justiça em 1992, constataram que o *ressarcimento pela perda de familiar era concedida na faixa de 50 a 100 salários mínimos*. Pelo que se verifica nessa pesquisa dos acórdãos até dezembro de 1998, o TJSP mudou pouco no que tange, pelo menos, aos presos mortos pela Polícia Militar no massacre do Carandiru.

Há uma decisão, por votação unânime, da *Décima Câmara de Direito Privado* do Tribunal de Justiça de São Paulo[183] que pode ser trazida como um ponto de referência para ampliar a reflexão sobre a adequação dos critérios de fixação do *dano moral*. Trata-se de uma ação de reparação de danos *por ofensa contra a honra* cujo autor foi o coronel Ubiratan Guimarães. A ré, Difusão de Educação e Cultura S/A, editou um boletim informativo destinado às escolas e alunos do

solucionar um conflito entre percepção de que as Constituições não podem ter sua legitimidade limitada à sua positividade legal, a uma questão de fato. As Constituições, se pretendem ser válidas, devem ser intrinsicamente boas, funcionando como "reserva de justiça" para os sistemas políticos e jurídicos que organizam. "O critério de legitimidade do poder constituinte não é a mera posse do poder, mas a concordância ou conformidade do acto constituinte com as 'idéias de justiça' radicadas na comunidade. Poderia talvez dizer-se que o fundamento de validade da Constituição (= legitimidade) é a dignidade de seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da coletividade, da sua 'bondade intrínseca'." VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 203.

(183) ApCiv 3.631-4/6. 10.ª Câm. de Direito Privado. Rel. Des. G. Pinheiro Franco. Decisão: por unanimidade. Julg. 04.11.1997. Apelante: Difusão de Educação e Cultura S/A. Apelado: Ubiratan Guimarães.

Ementa: Indenização. Ofensa à honra. Boletim informativo. Publicação de matéria ofensiva, julgando e condenando o apelado como autor do massacre da Casa de Detenção. Existência de texto e montagem fotográfica, essa retratando-o atrás das grades, como se condenado. Preliminar de nulidade de sentença, por falta de fundamentação rejeitada. Apelo improvido.

curso de línguas Yázigi. Naquele boletim foi inserida matéria sob o título "Cidadão Imundo", em que aparecia o coronel Ubiratan Guimarães, com a inscrição 111 no peito, atrás de grades, acompanhado de texto em que há referência ao fato de que ele comandou o massacre do Carandiru, sem arrepender-se do ato, incluindo-se ainda referência à imunidade parlamentar, no caso de sua investidura no parlamento paulista. O pleito indenizatório decorreria das ofensas contidas na matéria. A sentença de primeiro grau julgou a ação *procedente e condenou a ré ao pagamento de R$ 10.500,00. Esse montante corresponde a 87,5 salários mínimos concedidos a título de compensação por danos morais.*[184] O recurso da apelante, Difusão de Educação e Cultura S/A, foi julgado e seu provimento foi negado. Na fundamentação do acórdão, destaca-se um trecho que – tendo em vista o presente estudo de cunho contextual – revela-se paradoxal: um suposto autor mediato de graves violações de direitos humanos se socorre do devido processo legal para ser ressarcido de crime contra honra por alegados fatos que notoriamente praticou, e com base nos quais fez campanha eleitoral pública e foi eleito para deputado estadual.

"O que precisa ficar bem esclarecido é que, justamente por vivermos em um Estado de Direito, não de força, não se pode admitir que o particular, extrapolando do direito de informar, acabe por praticar ofensa à honra de terceiro, condenando-o por ato ainda submetido ao Judiciário. Com isso, não se está pretendendo diminuir a responsabilidade do apelado pelo trágico evento. O que se pretende é que ele seja julgado por quem de direito. Apenas isso".

Levando-se em consideração que a tutela jurisdicional só deve ser considerada efetiva quando for *tempestiva* (ou seja, há *garantia judicial*[185] quando um julgamento se realiza *em prazo razoável* – seja em matéria penal ou civil), e que, sabidamente, o Judiciário *não* tem sido capaz de decidir *tempestivamente* sobre a responsabilidade criminal do coronel Ubiratan Guimarães no caso Carandiru é irônico que os desembargadores resolvam responsabilizar a ré por violação do direito à *honra*, e conseqüentemente, limitar o direito de informação da sociedade e a liberdade de opinião por meio da imprensa, além de condená-la a um montante próximo (*87,5 salários mínimos*) àquele destinado majoritariamente pelo Tribunal de Justiça para compensar o dano *moral pela morte dos detentos ocorrida sob o comando do coronel.* Quanto ao critério para fixação do dano

(184) O salário mínimo em novembro e dezembro de 1997 era o mesmo 120 reais, e cada dólar – que ainda era fixado pelo câmbio político do governo Fernando Henrique Cardoso – valia 1,150 reais no dia do julgamento (04.11.1997). Cf. CDRom Folha de S. Paulo 98, seção câmbio.

(185) José de Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) subscrito em 22.11.1969, e que integra a ordem jurídica brasileira desde a edição do Decreto 678, de 06.11.1992, inclui entre as *garantias judiciais* a de um julgamento em *prazo razoável*. Ler: DINAMARCO, Cândido Rangel. "Aceleração dos procedimentos" *Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados: Direito, Advocacia e Mudança*. Brasília, OAB – Conselho Federal, 1996. p. 795-803.

moral, conclui-se, por comparação, que a honra de um comandante de chacina vale proporcionalmente muito em relação à dor dos familiares de suas vítimas fatais.

A segunda consideração diz respeito *ao critério adotado nas decisões sobre o ressarcimento das despesas com funerais*. Quatro decisões do Tribunal de Justiça acolheram como procedente esse pedido. Em todas as quatro situações dos *casos, terceiros efetuaram totalmente os pagamentos ou participaram como contribuintes*. Na Apelação Cível 250.092-1 e nos Embargos Infringentes relativos a essa apelação afirmou-se o entendimento que: "Embora suportadas por terceira pessoa que não a autora, é comum que, nessas ocasiões de profunda dor, os amigos tomem a dianteira e assumam, momentaneamente, tais despesas. Estas, foram comprovadas (fl. 47), portanto, devidas". No caso dos Embargos Infringentes relativos à Apelação Cível 240.511-1/7, as despesas do funeral estão no nome do cunhado do falecido, e é a mãe do detento a autora da ação. Mas como argumenta-se no voto do Des. Antônio Villen nesse caso: "O próprio fato de tais documentos se encontrarem em poder da autora é indicativo de que houve reembolso a quem efetuou o pagamento e de que está ela autorizada a pleitear o ressarcimento". Por outro lado, na Apelação Cível 262.804-1/5 concedeu-se o ressarcimento justificando-se que "estando os documentos com os autores, há convicção de que houve transferência ou reembolso para se credenciarem ao recebimento na disputa. Reforça este pensamento o fato das testemunhas Paulo e Sérgio serem contratantes daquelas despesas, sem nada ressalvarem (fls. 214 e 215) esclarecendo auxílio ou *vaquinha* das pessoas conhecidas e do bairro".

Quando se examina o conjunto de dez decisões do Tribunal de Justiça que não concederam, verifica-se que: 1.°) em *quatro casos* não se pleiteou o ressarcimento das despesas de funerais (respectivamente, as Apelações Cíveis 267.440-1/10; 010658-5/9-00; 240.630-1/0, e; 246.297-1/2). 2.°) em *cinco casos o pedido não foi acolhido porque as despesas do funeral não foram efetuadas pelo autor(a) da ação, e sim por terceiros*. São os casos das Apelações Cíveis 274.952-1/2; 224.506-1/7; 9.659-5; 243.364-1/7; 265.036-1/1. 3.°) em um caso, apesar das despesas com o funeral do detento falecido estarem no nome da autora, a ação foi julgada totalmente improcedente. É o caso da Apelação Cível 240.511-1/7.

Constata-se, portanto, que há uma notável divergência jurisprudencial no Tribunal de Justiça de São Paulo no tocante ao critério para o acolhimento do pedido de ressarcimento das despesas de funeral. Uma das correntes filia-se à tese de que as despesas devem ser comprovadamente efetuadas pelos autores da reparação de danos. A outra corrente adere à tese de que basta que os autores da ação indenizatória comprovem que as despesas foram efetuadas, *mesmo que tenham sido pagas por terceiros*. A segunda corrente contempla o fato notório de que quando a morte alcança famílias pobres são freqüentemente os irmãos, parentes, vizinhos ou amigos que pagam o funeral da vítima. Essa percepção do contexto sociocultural brasileiro não está presente no formalismo legal que informa a primeira corrente, que idealiza *pater familias* burgueses e afluentes entre as massas de trabalhadores e de excluídos da sociedade brasileira.

6. Considerações finais: do episódio do Carandiru às mudanças institucionais

"Ao referir-me ao tipo de mudança social envolvida num episódio, pretendo indicar em que medida ele é intensivo ou extensivo – quer dizer, com que profundidade uma série de mudanças desintegra ou remodela um alinhamento existente de instituições e qual a amplitude atingida por tais mudanças". Anthony Giddens[186]

Nestas considerações finais do estudo sociojurídico feito a partir do conflito no presídio do Carandiru, em 2 de outubro de 1992 ("episódio"),[187] pretende-se destacar a rapidez das mudanças ocorridas (*momentum*) e a direção das mudanças que ainda estão se verificando ("trajetória").

A primeira observação a ser feita diz respeito à "luta pelo poder"[188] que está no centro da dinâmica do episódio do Carandiru. As Polícias Militares que usavam e abusavam, de um poder de fato de administrar a violência seletivamente em São Paulo – o que resultava em elevadas taxas de letalidade de civis – tiveram questionado, no caso Carandiru, essa prerrogativa a partir da ordem jurídica e constitucional em processo de efetivação democrática. A competência da Justiça Militar tinha servido, no regime militar, para proteger indevidamente os abusos cometidos pela corporação policial-militar, e em particular assegurar a impunidade dos oficiais. Apesar da promulgação da Constituição democrática de 1988, essa competência da Justiça Militar para processar e julgar policiais militares não foi repelida. O episódio da chacina do Pavilhão 9 reapresentou essa questão importante das reformas democratizantes do Judiciário. A *lei federal 9.299/96 – apesar de carente de aperfeiçoamento* – consistiu numa mudança rápida que afrouxou uma das amarras que prendiam o Judiciário à tutela herdada do regime militar. No entanto, as tentativas de mudanças continuam no plano legislativo federal. Há uma iniciativa do governo federal de emenda constitucional que transfere para a Justiça Federal a competência para julgar crimes contra direitos humanos.[189] Existe ainda um pri-

(186) GIDDENS, Anthony. *A Constituição da sociedade*. São Paulo: Martins Fortes, 1989. p. 200.

(187) "Toda vida social é episódica, e eu reservo a noção de episódio, como a maioria dos conceitos da teoria da estruturação, para aplicá-la a toda gama de atividade social. Caracterizar um aspecto da vida social como um episódio é vê-lo como um certo número de atos ou eventos com um começo e um fim especificáveis, envolvendo assim uma determinada seqüência". GIDDENS, Anthony. *A Constituição da sociedade*. São Paulo: Martins Fortes, 1989. p. 198.

(188) "Essas lutas podem ser vistas como relacionadas com os esforços para subdividir recursos que geram modalidades de controle em sistemas sociais. Entendo por "controle" a capacidade que alguns atores, grupos ou tipos de atores têm de influenciar as circunstâncias da ação de outros." GIDDENS, Anthony. *A Constituição da sociedade*. São Paulo: Martins Fortes, 1989. p. 231.

(189) "Gregori anuncia combate ao abuso policial: Secretário diz que é prioritária aprovação de emenda transferindo para Justiça Federal poder de julgar crimes contra direitos

vilégio "corporativo" que se encontra no centro do debate político – nacional e que aparece com um papel importante no caso Carandiru: a imunidade parlamentar que serviu, no exemplo do coronel Ubiratan Guimarães, para protegê-lo da persecução criminal demandada pela sociedade.[190]

A luta pela reforma da competência da Justiça Militar, pela federalização dos crimes contra direitos humanos e a pela alteração das imunidades parlamentares encontra forte oposição de *lobbies* corporativos. Por isso mesmo, as tentativas de mudança ganham em sentido democratizante: são expressão de um experimentamismo institucional que visa reduzir as barreiras existentes contra a igualdade formal e material de direitos.

A segunda consideração refere-se às mudanças institucionais e nas políticas governamentais no próprio local do conflito, São Paulo. De imediato, a repercussão do conflito na Casa de Detenção resultou na exoneração do Secretário de Segurança Pública, Pedro Franco de Campos.[191] Michel Temer, o novo Secretário, trouxe mudanças. Primeiro, houve maior controle sobre o emprego da violência policial. O resultado foi notável. Em 1992, 1.359 civis morreram em confrontos com policiais. No ano seguinte ao caso Carandiru, esse número caiu para 329; em 1994, foram 413 civis mortos em alegados confrontos com policiais. Apesar da diminuição, essa cifra é a mais elevada entre as vinte maiores economias industriais sob democracia, entre as quais se situa a brasileira.[192] Segundo, até a chacina na Casa de Detenção, a polícia e o sistema penitenciário se subordinavam à mesma autoridade, o Secretário de Segurança Pública. Depois, o governador Fleury afastou essa competência sobre o sistema penitenciário. Por fim, as *negociações* conduzidas por autoridades com detentos em rebelião tornaram-se práticas regularmente adotadas em São Paulo, exceto em casos de risco à integridade física de eventuais reféns, o que pode justificar a invasão policial urgente.

Epílogo

No dia 22 de março de 1999, a 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu, por dois votos a um, não acolher o recurso movido pelo coronel Ubiratan Guimarães contra a sentença de pronúncia do juiz do 2.º Tribunal do Júri. A defesa do coronel pedia sua absolvição sumária. O julgamento começou no dia 8 de março, quando o relator do processo, Des. Paulo Emydio de Carvalho votou pela absolvição sumária, acolhendo a tese da defesa que sustentava que a ação policial na invasão fora legítima. O Des. Carvalho entendeu que

humanos", matéria de Jailton de Carvalho. *Jornal do Brasil On line / Internet*. 01.01.1998.

(190) Sobre as tentativas recentes de restringir essa imunidade parlamentar formal, ler: "Até que enfim: Câmara se prepara para votar a imunidade e acabar com a proteção aos criminosos". *Veja*, 24.03.1999.

(191) A saída do Secretário de Segurança Pública ocorreu na quarta-feira 7 de outubro de 1992 – cinco dias após o episódio do Carandiru.

(192) Cf. PINHEIRO, Paulo Sérgio. "Direitos humanos no ano que passou: avanços e continuidades". *Direitos humanos no Brasil*. São Paulo: NEV-USP, 1995. v. 1, p. 11.

o oficial estava acobertado por três excludentes de ilicitude: legítima defesa (atacada pelos amotinados, a tropa reagiu com os meios necessários), estrito cumprimento do dever legal (a ordem de invasão partiu de escalões superiores do governo estadual – acatara ordens do Secretário de Segurança Pública e de um juiz, após o esgotamento de medidas persuasivas) e não exigibilidade de outra conduta (bater em retirada, fugindo ao confronto).[193] No dia 15, o desembargador Sebastião da Silva Pinto votou contra a absolvição sumária. Afinal no dia 22, ocorreu o desempate: o desembargador Angello Gallucci votou pelo julgamento do coronel pelo júri popular, alegando que sua "absolvição sumária resultaria em impunidade de outros PMs (120) que, visivelmente, exageraram".[194]

Segundo Luiz Antônio Marrey, procurador geral da Justiça do Estado de São Paulo, o massacre dos 111 presos "é um caso emblemático da violação de direitos humanos no Brasil e suprimir o seu julgamento pelo Tribunal do Júri seria o mesmo que enviar uma mensagem que poderia ser entendida como um sinal verde para a impunidade da brutalidade policial".[195]

O advogado de defesa do coronel Guimarães apresentou recurso de embargos infringentes, pois não houve unanimidade no julgamento da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça. No julgamento realizado no dia 28 de junho de 1999, cinco desembargadores reexaminaram a alegação, sustentada pelo advogado, de que o comandante da invasão do Pavilhão 9, do Carandiru apenas cumpriu seu dever legal.[196] Dessa vez, a 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, por 4 votos a 1, indeferiu recurso da defesa e confirmou decisão que manda a júri, por 111 homicídios qualificados e cinco tentativas de morte, o coronel Ubiratan Guimarães.[197]

Bibliografia

ANISTIA INTERNACIONAL. *Chegau a morte: massacre na Casa de Detenção, São Paulo.* Porto Alegre: Anistia Internacional – Seção Brasileira, 1993.

(193) "Julgamento que pode inocentar coronel recomeça: o homem que comandou o massacre de 111 presos na Casa de Detenção espera os votos de 2 magistrados", matéria de Thélio de Magalhães. *Estado de S. Paulo/Net Estado*, 15.03.1999.

(194) "Comandante da Detenção deve ir a júri: TJ decide mandar PM acusado pela morte de 111 presos em 92 a julgamento popular; defesa vai recorrer". *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 23.03.1999. p. 3.

(195) "Carandiru: coronel vai a júri popular". *Estado de S. Paulo / Net Estadão*, 22.03.1999.

(196) "Comandante da Detenção deve ir a júri: TJ decide mandar PM acusado pela morte de 111 presos em 92 a julgamento popular; defesa vai recorrer". *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 23.03.1999, p. 3.

(197) "Coronel vai a júri por massacre no Carandiru". *O Estado de S. Paulo*, caderno Cidades, 29.06.1999, p. C7. A reportagem alerta o leitor que a defesa poderá ainda recorrer ao Superior Tribunal de Justiça.

ARNAUD, André-Jean e FARIÑAS DULCE, Maria. *Introduction à l'analyse sociologique des systemes juridiques*. Bruxelles: Bruylant, 1998.

ARNAUD, Jean-André. "Repensar um direito para a época pós-moderna". *O Direito traído pela filosofia*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

BOTTO, Vicente. *Relatório final da Comissão Parlamentar constituída com a finalidade de apurar os fatos ocorridos no Pavilhão "9", da Casa de Detenção de São Paulo, no dia 2 de outubro de 1992*.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CALDEIRA, Teresa. "La delincuencia y los derechos individuales: redefinindo la violência en América Latina". JELIN, Elizabeth e HERSHBERG, Eric (coordenadores). *Construir a democracia: derechos humanos, ciudadania y sociedad en América Latina*. Caracas: Nueva Sociedad, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Portugal, 1998.

———. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. "Aceleração dos procedimentos". *Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados: Direito, Advocacia e Mudança*. Brasília: OAB – Conselho Federal, 1996.

GIDDENS, Anthony. *A Constituição da sociedade*. São Paulo: Martins Fortes, 1989.

KAHN, Túlio. "As violações de direitos fundamentais no Brasil". *Os direitos humanos no Brasil*. São Paulo: NEV/CTV, 1993.

MACHADO, Marcello Lavenère e MARQUES, João Benedito de Azevedo. *História de um massacre: Casa de Detenção de São Paulo*. São Paulo: Cortez, 1993.

MÜLLER, Friedrich. *Direito – Linguagem – Violência: elementos de uma teoria constitucional, I*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

———. *Discours de la méthode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

PEREIRA, Anthony W. "O monstro algemado? Violência do Estado e repressão legal no Brasil, 1964-1997". *Democracia e instituições políticas brasileiras no final do século XX*. ZAVERUCHA, Jorge. (Organizador) Recife: Bagaço, 1998.

PIETÁ, Elói e PEREIRA Justino. *Pavilhão 9: o massacre do Carandiru*. São Paulo: Scritta, 1993.

PINHEIRO, Paulo Sérgio *et al.* "Violência fatal". *Revista da USP*, n. 9, março-maio, 1991.

———. "Direitos humanos no ano que passou: avanços e continuidades". *Direitos humanos no Brasil*. São Paulo: NEV-USP, 1995. v. 2.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZAVERUCHA, Jorge. "O Congresso, o Presidente e a Justiça Militar". *Justiça & Democracia*, n. 3, São Paulo: Associação Juízes para a Democracia – Ateliê Editorial, 1997.

5.3

PRISÃO: A EXPRESSÃO DE UMA VIOLÊNCIA DIFUSA

MIRIAM KRENZINGER A. GUINDANI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A violência monopolizada – 3. Violência difusa da prisão – Bibliografia.

Resumo: A crise no sistema prisional brasileiro articula-se à rede de relações de uma *violência difusa* que vem emergindo na organização da sociedade global. A apreensão desta realidade, que de imediato aparece obscura e ambígua, depende da constituição de um *novo olhar* sobre o fenômeno prisão. Isto é, de instaurar uma perspectiva teórica que possibilite tensionar as diferentes manifestações de violência que vêm se produzindo e reproduzindo nesse espaço institucional.

Palavras-chave: Prisão – Violência – Poder.

1. Introdução

Inicialmente é importante considerar que, ao tomar a questão da violência como objeto de reflexão, especificamente o processo de produção e reprodução de relações violentas no espaço prisional, estou realizando uma tarefa de risco. Ou seja, corro o perigo de produzir uma análise maniqueísta ou simplista, pois desde já, reconheço a impossibilidade de dar conta de um fenômeno tão complexo como é a questão da violência no/do sistema prisional.

Dessa forma, busquei no decorrer dessa sistematização estabelecer como pressuposto teórico uma *dúvida radical* (Bachelar, 1996) em torno das idéias sobre violência aqui empreendidas, para que não se tornassem simples *opinião*, pois a pressão social sobre o referido objeto clama por soluções, e a nossa tendência imediata é servir de porta-voz, utilizando a denúncia como instrumento de análise.

O fenômeno violência possui diferentes significados para as pessoas, no plano micro da subjetividade e no plano macro da sociedade em geral. Um comportamento considerado violento e repreensível por um grupo, pode ser valorizado e estimulado por outro.

Entretanto, dentro dessa "peuso-ralativização", observa-se que os discursos sobre a violência quase sempre são produzidos a partir da:

- perspectiva daquele que pratica a ação violenta – sendo comum a noção de força e agressão;
- perspectiva daquele que sofre a ação, sendo comum a noção de privação.

Contudo, as pessoas nas suas relações cotidianas produzem e reproduzem relações de violência, ora como vítimas, ora como agressores. Essa dinâmica violenta entre agressores, vítimas e autoridade (mecanismo de controle e resolução de conflitos) vem contribuindo para obscuridade e banalização do fenômeno. Ou seja, determinadas violências (falta de acesso aos direitos sociais, violação dos direito humanos etc.) passam a ser tratadas como fatos rotineiros, com larga naturalização entre os diferentes grupos.

Portanto, uma das maiores conseqüências dessa *violência difusa* (Tavares, 1995), que bem nos aponta Soares (1996) é a fusão que ela promove entre vítima e agressores. Tal processo ocorre principalmente no plano da violência simbólica, como também no processo de exclusão moral. Isto é, a pessoa agredida, humilhada, atingida, vivencia, freqüentemente no momento do ato violento, fantasias de ódio, vingança, desejos de eliminação do algoz. Assim, igualados no ódio e na disposição para reprodução de outras violências, vítima e agressor apenas se distinguem externamente.

Revela-se aí, a dinâmica metonímica da violência baseada em três mecanismos: *inversão, intercambialidade e indiferenciação* (Soares, 1996).

Quando refletimos sobre essa violência difusa, percebemos que ela não revela somente dramas meramente locais, sem conexão com a crise da sociedade moderna (ou pós). Essa violência difusa demonstra o "triunfo do indivíduo sobre a sociedade, o rompimento com os fios que antes ligavam os seres humanos em texturas sociais" (Hobsbaw, 1995, p. 25).

2. A violência monopolizada

Para captarmos o fenômeno violência, especificamente da prisão, é importante situá-lo em sua gênese, pois segundo Morin (1996), além da inter-retroação entre o fenômeno e seu contexto, devemos ter um pensamento radical.

Assim sendo, segundo Nobert Elias (1997), é com o nascimento do Estado que surge o processo de normalização da vida e do controle social. E, conseqüentemente, este tornou-se o monopolizador da violência legítima, no qual se formaram e se enraizaram mediações institucionais e regras ordenadoras das relações sociais.

Entre as principais conseqüências geradas por essas estruturas organizativas, destacam-se o desenvolvimento da politização e a psicologização das relações sociais.

A violência monopolizada pela estrutura dominante através do Estado com suas instituições totais, destacando-se aqui a prisão, gerou um esforço para que as zonas obscuras do social fossem eliminadas em benefício de uma asséptica normalidade, delimitando o desvio e a disfunção para melhor tratá-los. Não importava o êxito deste tratamento, mas o seu poder simbólico era o suficiente para que a população marginalizada servisse de justificativa à *tecnoestrutura*[1] contempo-

(1) Tecnoestrutura é uma categoria utilizada por Mafessoli, que se constituí no sistema funcional, administrativo e técnico-científico que se estruturou e se justificou para manutenção do controle social por parte do Estado e sociedade dominante. (MAFESSOLI, Michel. *Dinâmica da violência.* São Paulo : RT, 1987).

rânea. Este controle operou no âmbito de um monopólio administrativo e utilitário que se serviu de todos os recursos da técnica e da ciência (Idem).

Contudo, o esfacelamento do atual Estado brasileiro vem representando o declínio tendencial da politização e psicologização das relações sociais (Soares, 1996). E, neste contexto, aparece uma nova forma de violência simbólica mais perversa e sutil, a exclusão moral e física de grupos considerados à margem da sociedade, que estaria sendo alimentada pela ausência de cidadania democrática, pela ausência de poder dos governados (Cardia, 1995).

Conforme indicou-se anteriormente, a não-indignação frente às violações dos direitos humanos e sociais pode ser um indicador da desativação de mecanismos éticos, deste processo de exclusão moral. Essa exclusão ocorre quando pessoas, que normalmente obedecem e respeitam as leis, aceitam ações bárbaras contra indivíduos ou grupos. Neste processo, certos grupos são colocados fora da comunidade moral e, como conseqüência, as relações com esses grupos não mais envolvem princípios de justiça.

Portanto, a rede de relações violentas entre agressores, vítimas e autoridades do Estado/prisão/tecnoestrutura vem revelando ambigüidade no enfrentamento dado à questão da violência no espaço prisional. Para muitos, trata-se a violência dos que vivem e trabalham na prisão como fatos rotineiros, cotidianos, com larga aceitação entre diferentes grupos da sociedade. Parece haver uma inclinação, ou disposição da sociedade para reconhecê-los como se fossem meios "normais" de resolução de conflitos, seja nas relações entre os grupos sociais, seja nas relações intersubjetivas.

Um dos sintomas de desligamentos de autocontrole moral e ético é a negação da responsabilidade pessoal sobre a questão da própria violência da prisão, deslocando-se a responsabilidade para outros (decisões coletivas pelas quais ninguém é responsável) e negando-se as conseqüências desumanas desse espaço institucional.

A dimensão simbólica deste tipo de visão é também criada e alimentada por intensa manipulação tecnológica (Baratta, 1993), metamorfoseando de tal forma os fenômenos, que dificulta a distinção entre a realidade vivida e a realidade visualizada, por parte do cidadão.

A violência monopolizada, especificamente no Brasil, vem expressando-se de forma ambígua e contraditória (Adorno, 1995). Por um lado, sinaliza o esfacelamento de uma cultura autoritária, que se manifestou como espécie de linguagem da vida social que cumpriu perversamente a função de integrar as distintas hierarquias e eixos de poder, como expressão de autoritarismo socialmente implantado, adquirindo um sentido cósmico ou moral, representando um mecanismo no interior do qual se impunha uma ordem classificatória que restabelecia o equilíbrio frágil entre fortes e fracos, independentemente, da mediação das leis e das instituições. Por outro lado, essa mesma cultura autoritária convive com uma legislação democrática e com uma cultura política, mesmo que fragilizada, no interior da qual, é possível condenar a violência monopolizada, muitas vezes subvertendo a ordem em nome de uma ética que reclama respeito às liberdades e aos direitos sociais e humanos e, assim, sinalizando a possibilidade de ruptura e pretendendo a consolidação do Estado de Direito.

Neste contexto queremos destacar a importância de articularmos a violência da prisão à violência monopolizada pela sociedade normalizadora, que atualmente se encontra em crise, o que vem produzindo a emergência de uma instituição "total" cada vez mais imbricada nos quadros complexos de organização da sociedade.

3. Violência difusa da prisão

No decorrer da sua trajetória histórica, a prisão sempre foi tratada como fenômeno episódico, a despeito de sua magnitude, ficando desconectada dos demais problemas sociais, excluída inclusive do debate sobre outras formas de violência (doméstica, institucional) e da mobilização para enfrentá-la.

Contudo, a crise do sistema prisional brasileiro está voltando ao centro dos debates neste fim de século, não somente como uma das expressões do acirramento da questão social, mas sinalizando a emergência dos "novos" tempos de uma sociedade fraturada. É a prisão da sociedade "global", que vem se (re)constituindo de forma complexa e revelando uma dinamicidade de antigas e novas relações de poder: simbólico, de ruptura com o social normalizado e de articulação com à rede de violência social.

Os problemas do cotidiano prisional, ao mesmo tempo que vem se tornando visivelmente públicos, pelo bombardeio de imagens produzidas e metamorforseadas pela mídia, permanecem obscuros, pela carência de pesquisas científicas que atualizem e fundamentem concretamente as reflexões sobre o tema. Além disso, observa-se ainda, o desinteresse e o mal-estar que gera falar sobre a questão carcerária, a não ser quando os ânimos estão exaltados em decorrência de motins e fugas, ficando o seu debate mais restrito ao campo dos cientistas sociais e jurídicos.

Dentro deste do campo intelectual, são muitas as produções teóricas dos "experts", que analisam o fracasso e a utopia do projeto de ressocialização da pena privativa de liberdade prevista na Lei de Execuções Penais. Alguns mais críticos, chegam a apontar a prisão como uma instituição bem sucedida do sistema capitalista, pois vem alcançando os seus objetivos de reprodução e manutenção das desigualdades sociais.

No reconhecimento de que a prisão está em crise, a partir de diferentes perspectivas teóricas, aparece uma noção de instituição alienígena através de vários dispositivos de análise (jurídico, sociológico, de exclusão e distinção) o que vem servindo para construção de uma imagem que associa os efeitos perversos "daquele mundo intramuros", ao medo do crime, a insegurança urbana e, principalmente aos estereótipos do prisioneiro vítima – dos grupos sociais atrasados, abandonados – ou, do criminoso perigoso que não tem mais saída a não ser, tornar-se um delinqüente contumaz.

Tais análises tornam os discursos acadêmicos sobre a prisão homogeneizantes, totalizantes e descolados da experiência cotidiana da vida prisional. Materializando-se aí, a crise dos paradigmas pela qual passam as ciências em geral, pois as atuais referências teórico-epistemológicas já não conseguem captar a trama complexa da realidade prisional.

A prisão deteve por muito tempo o poder simbólico de representar o processo de normalização da vida social. Isto é, para transformar a conduta dos indivíduos, as instituições eram organizadas de modo a intervir sobre o corpo humano, treiná-lo, torná-lo obediente, submisso, dócil e útil (Focault, 1997). Existia um esquadrinhamento do corpo, cada pessoa ocupava um determinado lugar, devendo ficar naquele espaço e não no outro. O tempo era regulado e distribuído em certos horários. As atitudes eram também observadas minuciosamente, vigiadas, registradas e examinadas. A disciplina encontrava-se presente nos mínimos detalhes da organização da vida carcerária. O poder de dominação não era empregado somente para reprimir, mas também utilizado para produção e reprodução de novos comportamentos sociais através de esquemas de vigilância, punições e recompensas (Idem).

Atualmente, permanecem as máscaras do poder institucional, entretanto, o preso nem sempre estabelece uma relação de submissão direta com os agentes sociais do controle e com a vigilância formal. Esse controle formal é quase sempre voltado para aqueles que, devido a "bom comportamento", escolaridade, formação profissional, conseguem ter acesso à vida administrativa da prisão e ao trabalho prisional. Para esses, os alojamentos devem ser separados dos "não trabalhadores" e o contato com a segurança e equipe de técnicos são mais freqüentes.

Para os presos que ficam no "fundo da cadeia", surgem outras formas de controle, que tornam-se mais sutis e camufladas através dos diferentes grupos que comandam o crime organizado no mundo da favela. O controle é feito por diferentes grupos e expande-se numa rede de micropoderes que conquistam o poder de controlar, adormecer e acalmar a massa carcerária. Por isso é que pode-se afirmar que dentro da prisão existem múltiplas prisões.

Nesta perspectiva observa-se, atualmente, novos padrões de (in)disciplina vêm configurando-se como estratégias de manutenção do poder institucional e, por outro lado, como alternativas para a massa carcerária, de manifestação e ruptura com a produção da ordem social hegemônica.

Para isto, destaca-se o silêncio da massa (Mafessoli, 1987) carcerária enquanto sinal de potência real, de poder subversivo e de violência à violência da prisão.

Na ótica de Mafessoli (Idem), a violência como elemento estrutural e estruturante na organização prisão, possui uma centralidade subterrânea na sua existência, ocupando todos os lugares do cotidiano prisional, apresentando ao mesmo tempo modulações paroxísticas e manifestações minúsculas.

No silêncio da massa carcerária, encontramos uma seqüência de hábitos, movimentos, códigos em que a discrição absoluta possibilita abrir brechas necessárias numa situação de vida que, sem isso, tornar-se-ia asfixiante. Isto posto, pode-se afirmar que as minúsculas atitudes do silêncio na prisão guardam uma extraordinária carga de subversão como alternativa ao constrangimento do controle social.

Observa-se também como o poder formal necessita desse silêncio para sua manutenção. A única forma de disciplinar a massa não é mais adestrando-os – com trabalho, controle da rotina e vigilância sobre o corpo – mas silenciando-os através de novos mecanismos de (des)controle, como por exemplo, o alto consumo de drogas ilícitas.

Neste sentido, aparece a ambivalência do papel disciplina, pois a massa "chapada", silenciosa, simboliza um controle que depende de micropoderes dos próprios presos, expressando-se através de uma indisciplina geral.

Quanto à relação prisão e sociedade, a relação entre "nós" e "eles", é constituída por uma tentativa de disciplinarização e higienização de uma população marginal que ocupa um espaço institucional demarcado, na organização do social, como uma das "chagas" da sociedade moderna (Mozart, 1997). Contudo, ao estabelecerem outras formas de organização física e social no espaço prisional, que se aproximaram do mundo das favelas, os presos não corresponderam e nem vivenciaram o tempo-espaço da disciplina e da dinâmica da sociedade normalizada. Acabaram, portanto, estabelecendo uma heterogeneidade de hábitos, costumes e tradições (cultura), representando rupturas simbólicas com a moralidade hegemônica. Construíram espaços de socialidade (Mafessoli, 1987), indicando a potência da massa em ser violenta e a impossibilidade de se adequarem à igualdade e homogeneidade projetadas. Revelando a resistência de quem, como excluído e discriminado, não foi tratado como igual.

Prisão e encarcerados tornam-se fenômenos que representam uma ameaça tão profunda à sociedade normatizada que as atitudes e reações da opinião pública, perante a problemática da prisão, revelam o desejo de que sejam excluídos do mundo dos humanos. Observa-se o limite dessa exclusão ao se negar o direito à vida, quando se evita discutir e enfrentar os problemas da AIDS, tuberculose e da dependência química que atingem significativa parte da massa carcerária brasileira.

Esta perspectiva de apoio à violação dos direitos dos presos vem sendo alimentada pela imagem de que o sistema penitenciário não é punitivo. Ou, pela imagem de que o infrator da lei não tem condições e oportunidade de ser regenerado.

Portanto, o silêncio da sociedade, que se cala quanto às condições subumanas dos presídios, é uma das formas de violência simbólica. Este silêncio pode estar representando perigosos *espelhamentos* simbióticos (Soares, 1996) que abalam a pessoa moral e ética que também somos. Como vimos anteriormente, a sociedade agredida, ameaçada e aterrorizada vive fantasias de ódio, vingança e terror sobre o tema prisão, ocorrendo assim uma fusão entre agressor e agredidos, violados e violentos (Idem).

Nesta ótica, a prisão na sociedade global torna-se uma instituição simbólica e exemplar para revelar a dinâmica de uma violência disfusa. Sua complexidade reside na ambigüidade de ser e não ser a imagem da própria sociedade. É imagem enquanto mecanismos de dominação, que na prisão são transparentes e perpassam toda a organização social com objetivo de transformar a vida humana em força (im)produtiva. Em contrapartida, aparece no imaginário social da sociedade como sua antiimagem, como seu contrário, pois pelo fato de ser separada, discriminada, permite aos que se encontram fora de seus muros a sensação de serem livres, honestos, limpos e vingados.

Defende-se a construção de um novo olhar que seja capaz de captar a complexidade do espaço prisional articulado à rede de relações de violência que emergem neste fim de século. Implementar pesquisas científicas (através da constituição de razão experimental) que investiguem a forma de organização complexa

na qual se vem estruturando a prisão na sociedade global, seria uma das vias possíveis para desconstruir a linguagem que naturaliza e normaliza a violência social e para revelar as novas configurações do poder simbólico que representa a instituição prisão.

Assim fazendo, acena-se para a construção de outra linguagem que nega atributos que prevalecem na cultura política autoritária, ou seja, que as diferenças não se convertem em desigualdades naturais entre fortes e fracos; que a vontade de poucos não se impõe sobre a vontade de muitos, agora colocados em situação de autonomia e não de heteronomia; que o poder não se dissolve em puras relações de força; que o direito não aparece como mera exigência formal e a justiça não é cultivada tão-somente como valor abstrato. Trata-se, enfim, de uma sociedade que se recusa a perpetuar infinitamente o divórcio entre o mundo das leis e o mundo das relações sociais (Adorno, 1995).

Acredita-se que espaços alternativos de produção de conhecimentos, que interagem a vida acadêmica com a cotidiana possam, talvez, desenvolver um conhecimento científico e ético sobre a problemática em questão, pois segundo Soares (1996), somente através da instauração *de ética da tolerância* é que seríamos capazes de curar, antes de tudo, as feridas de nossas próprias culpas, pretéritas e futuras.

"Pensar a violência como uma atitude menos armada, mais aberta e consciente das próprias responsabilidades, começa por exigir, de todos nós, uma reflexão sobre como é que nós, as vítimas potenciais da criminalidade, nos relacionamos com as significações e os fenômenos envolvidos nos dramas perturbadores da violência" (Idem, p. 63).

Dessa maneira, sentiríamos pouca necessidade de limpar a sociedade de seus pecados purificando o outro. Para o referido autor, se a metonímia da violência promove fusões que dissolvem diferenças, o perdão restaura divisões, propiciando ao outro, espaço para reconstruir a alteridade e a reciprocidade, para se reconstruir como igual, na sua diferença e por sua diferença.

Bibliografia

ADORNO, Sérgio. A violência na Sociedade Brasileira: um painel inconcluso em uma democracia não consolidada. *Revista Sociedade & Estado* 2, Brasília, v. X, 1995.

BACHELAR, Gaston. *A formação do espírito científico*. Rio de Janeiro : Contraponto, 1996.

———. *O novo espírito científico*. Lisboa : Edições 70, 1996.

BARATTA, Alessandro. Alessandro Baratta: filósofo de uma criminologia crítica. In: RAMOS, S. *Mídia & violência urbana*. Rio de Janeiro : FAPERJ, 1993.

CARDIA, Nancy. Direitos humanos e exclusão social. *Revista Sociedade & Estado* 2, Brasília, v. X, 1995.

FOCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro : Graal, 1979.

———. *Vigiar e punir: histórias da violência nas prisões*. 16. ed. Petrópolis : Vozes, 1997.

HOBSBAWN, Eric J. *A era dos extremos: o breve século XX, 1914-1991*. São Paulo : Cia. das Letras, 1995.

MAFESSOLI, Michel. *La violencia totalitaria*. Barcelona : Herder, 1982.

———. *Dinâmica da violência*. São Paulo : RT, 1987.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro : Bertrand, 1996.

MOZART, Linhares S. *Do império da lei às grades da cidade*. Porto Alegre : EDIPUCRS, 1997.

NOBERT, Elias. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro : Zahar, 1997.

SOARES, Luis Eduardo. *et al. Violência e política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro : ISER/ Relume Dumará, 1996.

TAVARES, José Vicente. Violência como dispositivo de excesso de poder. *Revista Sociedade & Estado* 2. Brasília, v. X.

5. CRIMINOLOGIA

5.4

INTIMIDAÇÃO, INCAPACITAÇÃO OU PREVENÇÃO? QUAL O MELHOR MEIO PARA REDUZIR A CRIMINALIDADE

TULIO KAHN

SUMÁRIO: 1. Efeito intimidação – 2. Efeitos incapacitação – 3. Agir na "boca do funil".

Resumo: O artigo procura questionar a proposição de que penas maiores e mais duras sejam eficientes para a redução da criminalidade, baseada na improbabilidade estatística da punição e em características específicas da criminalidade brasileira. Tenta também replicar a análise de custo-benefício da pena de prisão no caso brasileiro, tomando como base a situação de 318 indivíduos presos por furto numa penitenciária do Estado de São Paulo, além de pesquisas de vitimização e dados de criminalidade divulgados pelas Secretaria de Segurança Pública e Administração Penitenciária.

Palavras-chave: Direito penal mínimo – Intimidação – Prevenção – Sistema prisional.

A prisão como instituição é um evento relativamente novo na história da humanidade e seu aparecimento só foi possível quando um "excedente" econômico tornou materialmente viável o sustento dos indivíduos indesejáveis. Antes disso, esses eram escravizados, degradados, banidos ou simplesmente mortos, para que não se convertessem num ônus para a sociedade.

Desde cedo, portanto, o ponto de vista econômico foi levado em conta pela sociedade quando se procurava uma solução sobre o que fazer com os infratores da norma, e ainda hoje o critério é considerado relevante quando se tenta decidir se a pena de prisão vale o quanto custa e quais as melhores alternativas – da perspectiva do custo-benefício – ao encarceramento, paralelamente às considerações de ordem moral, filosófica, pedagógica e várias outras que lidam com a questão.

Durante muitos anos a pena de prisão foi considerada como uma solução economicamente ineficaz e inevitável para o problema do crime, uma vez que, como se constatava quase que universalmente, o crime aumentou continuamente em quase todos os países, mesmo naqueles que enviaram milhares de criminosos para as prisões, a um custo elevado. Tudo parecia indicar uma ausência de correlação entre taxas de encarceramento e taxas de criminalidade ou, pior do que isso, uma correlação positiva entre os dois fenômenos. Os Estados Unidos, com sua enorme população prisional e taxas crescentes de criminalidade nos anos 80, eram a maior evidência do fracasso da pena de prisão.

A avaliação sobre a eficácia da pena de prisão começa, contudo, a mudar em meados dos anos 90, quando por uma série de fatores a criminalidade começa a decrescer nos Estados Unidos. Existem sérias dúvidas de que essa diminuição na criminalidade norte-americana possa ser atribuída apenas ao aumento das taxas de encarceramento – que triplicaram nas últimas duas décadas – mas, antes, a um conjunto de eventos – econômicos, demográficos, policiais e sociais – do qual o encarceramento elevado fez parte (Stern, 1998). Alguns estudos têm apontado, todavia, que o aprisionamento em massa de parte da população jovem jogou um papel não desprezível na redução da criminalidade que se verificou nos Estados Unidos. (Levitt, 1996; Lott, 1997 e Levitt, 1998).

Os que argumentam em favor da eficácia da pena de prisão (*prison works*, como Vivian Stern os denomina) apontam, principalmente, para a dupla função da medida, ao mesmo tempo "intimidatória" e "incapacitatória".[1] Assumindo que o criminoso seja um indivíduo racional que pondera os riscos implicados em sua ação, os defensores do *prison works* sustentam, por um lado, que quanto menor a impunidade e mais duras as penas (em termos de qualidade e longevidade), menores serão os incentivos para o cometimento de crimes, intimidando portanto os que pretendem entrar no mundo do crime. Por outro lado, quanto mais e por mais tempo os criminosos forem mantidos na prisão, mais incapazes se tornam de cometer crimes.[2]

Esse artigo procura questionar parcialmente a proposição de que penas maiores e mais duras sejam eficientes para a redução da criminalidade, baseado na improbabilidade estatística da punição e em características específicas da criminalidade brasileira. Tenta também replicar a análise de custo-benefício da pena de prisão no caso brasileiro, tomando como base a situação de 318 indivíduos presos por furto numa penitenciária do Estado de São Paulo, além de pesquisas de vitimização e dados de criminalidade divulgados pelas Secretaria de Segurança Pública e Administração Penitenciária.

(1) Como formula Levitt, a equação matemática para a redução total do crime é dada por:

$Total_{ii} = Intim_{ii} + Incap_{ii}$

Onde $Total_{ii}$ é a redução total do $crime_i$ obtida por prisão para o $crime_i$ e $Intim_{ii}$ e $Incap_{ii}$ são, respectivamente, o efeito Intimidação e Incapacitação no $crime_i$ de uma prisão para o $crime_i$. O efeito Incapacitação, por sua vez, pode ser indiretamente estimado por

$Incap_{ii} = Taxa_{ii} \times Anos\ de\ Prisão_i$

Onde Taxa é a taxa em que os criminosos detidos pelo $crime_i$ cometem crimes quando não estão presos e $Anos\ de\ Prisão_i$ são os anos esperados de aprisionamento por ser preso pelo $crime_i$.

(2) De acordo com Lott, "the notion is that expected penalty affects the prospective criminal's desire to commit a crime. This penalty consists of the probabilities of arrest and conviction and the lenght of the prison sentence". Lott, 1997, p. 5-6. Esta é, obviamente, uma simplificação dos argumentos para efeitos de apresentação. O efeito intimidação e incapacitação variam, por exemplo, segundo o tipo de crime.

1. Efeito intimidação

Para que o efeito intimidatório da pena privativa de liberdade funcione efetivamente é preciso que as chances de ser preso por cometer um crime sejam elevadas, que os criminosos tenham uma noção – ainda que intuitiva – dessas chances e que levem essa probabilidade em conta no momento de decidir se vale ou não à pena infringir a lei. Como veremos a seguir, no caso brasileiro poucas dessas pré-condições parecem estar presentes.

Em todos os países existe aquilo que a literatura chama de "efeito funil", de acordo com o qual os crimes cometidos vão sendo filtrados até chegar à punição de um número reduzido de infratores. A imagem do funil, segundo Barkan, vem do fato de que, conforme nos movemos do número de crimes cometidos – o topo do funil – para o número de criminosos indo para a prisão – a ponta – existe um grande salto em quantidades, em cada um dos estágios que existem entre o crime e a punição (Barkan, 1997). Há uma grande variação de país para país com relação ao bocal e a extremidade do funil, variação relacionada à quantidade de crimes cometidos, quantidade de crimes comunicados à polícia e qualidade da investigação policial. É fácil perceber que o efeito intimidatório da pena é tanto maior quanto menor for a impunidade numa determinada sociedade. Utilizando dados de 1992, Barkan calcula que nos Estados Unidos apenas 1% dos criminosos em geral chega a ponta do funil ou, na melhor das hipóteses, 4,2% dos criminosos quando analisados apenas os crimes violentos:

Funil Punitivo no Sistema de Justiça Criminal Norte-Americano – 1992

Número de pessoas vitimadas (estimativa)	3.214.980	100%
Índice de Criminalidade oficial	1.854.630	57.6
Crimes esclarecidos que implicaram prisão	827.165	25.7
Condenações nas cortes estaduais e federais	167.937	5.1
Sentenciados a prisão	136.412	4.2

Fonte: Barkan, 1997. Crimes violentos

Quais são as implicações do efeito funil do ponto de vista das políticas públicas? pergunta Barkan, "uma implicação é que os esforços concentrados no ofensor e na ofensa da ponta do funil vão ter apenas um impacto limitado, se algum, sobre o crime. Mesmo se todas as pessoas condenadas por um crime violento cada ano fossem sentenciadas a prisão perpétua, por exemplo, isto iria ainda assim representar apenas uma pequena proporção de todas as pessoas cometendo tais crimes, deixando a taxa de criminalidade essencialmente intacta. Isto é verdadeiro mesmo se cada pessoa colocada na cadeia tiver cometido mais de um crime num dado ano e, portanto, for responsável por mais de um crime no topo do funil". (Barkan, 1997, p. 537)

Tomemos São Paulo como exemplo de funcionamento do efeito funil no caso brasileiro: no segundo trimestre de 1999 registrou-se no Estado um total de 443.478 crimes, incluídos aí crimes contra a pessoa (127.936), patrimônio

(251.145), contra os costumes (3.623), ligados a entorpecentes (6.844) e outros delitos (53.138). Levando-se em conta que, de acordo com pesquisas de vitimização, a polícia só é notificada de um terço dos crimes, é possível estimar um total de 1.330.434 crimes no trimestre.

Se o primeiro filtro do funil é a diferença entre os crimes ocorridos e os crimes comunicados, o segundo está na capacidade do poder público de transformar as ocorrências policiais em inquéritos. Nesse mesmo trimestre em que estimamos a ocorrência de 1.330.434 crimes, foram instaurados 86.203 inquéritos policiais. Em outras palavras, em média, apenas 1 em cada 15 crimes transformou-se num I.P. Isso não significa que todos os indiciados tenham sido presos em decorrência da abertura desses inquéritos, mas apenas uma parcela desse montante. É difícil estimar esse montante com precisão, mas podemos ter uma idéia dele por meio do número de prisões efetuadas pela polícia no mesmo período, algo em torno de 29.807 pessoas. Como resultado final dessa série de filtros, pode-se estimar que, na melhor das hipóteses, apenas 1 em cada 44 infratores foram efetivamente presos pelos crimes que cometeram.[3]

Funil Punitivo no Sistema de Justiça Criminal Brasileiro – 1999

Número de pessoas vitimadas (estimativa)	1.330.434	100%
Índice de Criminalidade oficial	443.478	33.3
Inquéritos policiais instaurados	86.203	6.4
Prisões efetuadas	29.807	2.2

Fonte: Pesquisa de Vitimização Ilanud e Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo – dados relativos ao 2.° Trimestre de 1999.

Uma outra maneira de olhar para os dados é calcular o Índice de Garantia de Aprisionamento (*certantie*), que vem a ser o resultado da divisão das prisões efetuadas no período (29.807) pelos crimes ocorridos no mesmo período (1.330.434), o que dá um índice de 0,02 ou ainda 2,2%. Seguindo esse raciocínio, para reduzir os atuais índices de criminalidade em 11%, apelando apenas para a estratégia do encarceramento, seria necessário quintuplicar o número de pessoas presas.

Voltando à questão do efeito intimidatório da pena, percebe-se então que nosso hipotético "criminoso racional", que calcula suas probabilidades de prisão antes de praticar o crime, concluiria com facilidade que o crime compensa, uma vez que a chance de ser preso é relativamente baixa, embora varie de crime

(3) Esses cálculos são apenas uma aproximação: por exemplo, nem todos os crimes são puníveis com pena de prisão; as ocorrências e os inquéritos instaurados nesse trimestre talvez venham implicar prisões no futuro, etc. Por outro lado, muitas das prisões efetuadas são prisões em flagrante, posteriormente relaxadas, pois é impossível imaginar que a cada trimestre a população carcerária do Estado aumente em quase 30.000 pessoas. Na média, a população carcerária aumenta em 3.000 por trimestre. Se considerarmos esse valor como o verdadeiro número de prisões, o afunilamento é ainda maior pois ao invés de 2% teríamos somente 0,2% de crimes punidos.

para crime.[4] Pouco adianta, nesse sentido, endurecer as penas, qualificar um crime de "hediondo", "tenebroso", "horripilante" ou qualquer outro adjetivo, na expectativa de que isso venha a inibir a prática de determinados crimes (embora possa ocorrer uma substituição de crimes, caso alguma modalidade torne-se particularmente desvantajosa).

E mesmo que consigamos diminuir essas elevadas taxas de impunidade, as suposições teóricas por trás do "criminoso racional" são parcialmente inválidas em países como o Brasil, embora possam ser uma suposição útil para certo tipo de criminoso. A suposição do criminoso racional já é falha, *a priori*, no caso dos crimes passionais, por motivos evidentes. O homicida que age por impulso, movido pela paixão, pela explosão momentânea e não premeditada, simplesmente ignora a conseqüência de seus atos. A pressuposição da racionalidade também desconsidera a grande quantidade de criminosos portadores de alguma espécie de deficiência ou distúrbio de aprendizagem. Desconsidera, finalmente, a "síndrome de prisionização" a "subcultura da violência" e toda uma série de descobertas da sociologia e da psicologia sobre os motivos que levam o criminoso a agir. Como explicar, a partir dos pressupostos da racionalidade da ação, que 97% dos infratores sejam do sexo masculino? Acaso o efeito intimidatório da pena só "funciona" para as mulheres?

Mas mesmo no caso dos crimes contra o patrimônio, praticados com lucidez por pessoas mentalmente capazes, premeditados e praticados a sangue frio, o efeito intimidação é questionável. Boa parte dos crimes do país são crimes famélicos e a maioria absoluta dos presos são pobres, com poucas chances de colocação no mercado de trabalho. A situação é totalmente diferente de um criminoso de um país desenvolvido, que pode quiçá "optar" entre cometer o crime ou não. Tomando emprestado um conceito utilizado pelos teóricos da escolha racional, a "propensão ao risco" assumida pelo criminoso brasileiro é maior do que em outros lugares pois nem sempre ele encontra alternativas ao crime. Ele vai cometer o crime, apesar da pena rigorosa e mesmo se a chance de ser apanhado fosse grande. Como regra geral, podemos postular que quanto pior a situação sócio-econômica do país (desemprego, recessão, desigualdade de renda etc.), maior a propensão ao risco e, portanto, menores os efeitos intimidatórios do endurecimento da pena.

Vimos até aqui alguns argumentos que refutam parcialmente a tese de que o endurecimento penal reduz a criminalidade: basicamente, a tese enfraquece diante dos nossos reduzidos "índices de garantia de aprisionamento", bem como em virtude da natureza peculiar do preso brasileiro e das condições estruturais da sociedade brasileira.[5] Mas as penas duras para os criminosos não têm apenas um efeito intimidatório, como discutimos, mas também um efeito incapacitante.

(4) Assim, por exemplo, as taxas de resolução de homicídios de autoria desconhecida são elevadas, beirando os 50%, inibindo em tese a ocorrência desses crimes.

(5) Vale lembrar que esses mesmos motivos colocam sérias dúvidas sobre a eficácia de todas as medidas propostas com base no efeito "intimidatório" sobre o criminoso, como prisão perpétua, pena de morte ou liberalidade de porte de arma. Todas elas supõem que o criminoso é um *hommo economicus*, um maximizador bem informado que calcula os riscos de sua ação.

Mesmo que ela não venha a inibir a ocorrência de novos crimes, ela vai evitar que os criminosos já presos continuem a cometer novos crimes.

O raciocínio é aparentemente lógico e irrefutável. Mas existe uma série de questões pendentes com relação à incapacitação: que tipo de criminoso "compensa", do ponto vista econômico, manter encarcerado? Por quais crimes? Por quanto tempo? Existem outras alternativas mais compensadoras? Finalmente, do ponto de vista moral e filosófico, temos o direito de manter uma grande parcela da população que não oferece riscos à sociedade trancafiada, sem possibilidade de voltar ao convívio social, depois de tudo o que aprendemos sobre o comportamento criminoso e nos demos conta de que ele não é apenas uma questão de "vontade individual", mas determinado em parte por circunstâncias totalmente alheias à vontade do indivíduo?[6]

2. Efeito incapacitação

Gostaria de começar a discussão do efeito incapacitação pelo terreno econômico pois nesse caso há pouco a discutir sobre os pressupostos teóricos do argumento: o efeito incapacitação se aplica tanto ao criminoso racional quanto ao irracional e independentemente de qualquer cálculo subjetivo do preso. O argumento principal é o de que o custo de manutenção do preso é inferior ao custo que ele representaria para a sociedade caso estivesse solto e cometendo novos crimes. O ponto é bastante técnico, uma vez que envolve estimativas de quanto custam os crimes e quantos crimes são realmente cometidos, entre outros valores.

Em geral, o risco potencial de um criminoso solto é superestimado nesses cálculos pois, pessimisticamente, supõem-se, *a priori*, que todos os criminosos continuarão a delinqüir e no mesmo ritmo de quando foram presos. Ambas as suposições são empiricamente questionáveis uma vez que a taxa de reincidência no sistema penitenciário (tomando São Paulo novamente como exemplo) é de 47% e que o cometimento de crimes cai, dramaticamente, conforme avança a idade do indivíduo: 32% dos encarcerados têm entre 18 e 25 anos de idade; por outro lado, apenas 3% contam com mais de 50 anos, 45% entre 46 e 50 e 6% entre 41 e 45 anos.[7] Na análise que se segue não levamos em conta esses dois fatores. Se os levássemos em conta, numa estimativa conservadora, deveríamos reduzir pela metade o dano potencial de um criminoso solto.

Com base no censo penitenciário de 1997 da Secretaria da Administração Penitenciária, estimamos em R$ 7.440,00 o custo anual de um preso para o con-

(6) Entre estas circunstâncias estão uma infância com episódios de abuso sexual, dificuldades de aprendizagem, pobreza, histórico de violência na família, gênero, condições socioeconômicas, etc.

(7) Conforme argumenta Levitt, "se o único efeito de aumentar a taxa de aprisionamento é a incapacitação, então seria uma tolice encarcerar criminosos perpetuamente, uma vez que a freqüência da atividade criminal declina passo a passo para quase todos os indivíduos ao redor dos 30 anos." Nesse cenário, complementa, uma política de aprisionamento baseada em penas longas aumentaria dramaticamente a população prisional, enchendo as prisões com homens velhos que não estariam cometendo crimes se estivessem livres. (Levitt, Economic Inquiry, Deterrence vs. Incapacitation)

tribuinte. Para calcular as taxas de subnotificação de crimes e o prejuízo das vítimas de furto, utilizamos as respostas dadas à pesquisa de vitimização do Ilanud/Datafolha, de 1998, tomando o valor médio do prejuízo em casos de arrombamento (R$ 717,00). Os anos de condenação por furto e o número de furtos cometidos por preso, finalmente, foram calculados com base em 319 condenados por furto cumprindo pena na penitenciária de Araraquara.

Custo anual do preso	R$ 7.440,00 (R$ 620,00 × 12 meses)
Prejuízo médio da vítima	R$ 717,00 (arrombamento)
Taxa média de notificação	31,8% (ou 1 em cada 3 crimes)
Anos médios de condenação	1,6 anos
Média de furtos por preso	4 furtos
Mediana de furtos	3 furtos
Moda de furtos	1 furto
Coef. Kurtosis	3,5

A primeira informação a ser retida é a da assimetria da distribuição, como pode ser verificado pelo coeficiente de Kurtosis ou ainda comparando a média e a moda: uma grande proporção de presos foi condenada por 1 a 3 furtos, enquanto uma pequena proporção de presos foi condenada por um elevado número de furtos (por exemplo, 2 presos foram responsáveis, só eles, por 42 furtos). A tabela abaixo traz a distribuição de freqüências completas para os 319 presos.

Distribuição percentual do número de condenações por furto

Condenações por Furtos	Número de presos	%	% cumulativa
1	90	28,2	28,2
2	58	18,2	46,4
3	36	11,3	57,7
4	39	12,2	69,9
5	20	6,3	76,2
6	15	4,7	80,9
7	12	3,8	84,6
8	7	2,2	86,8
9	14	4,4	91,2
10	3	0,9	92,2
11	3	0,9	93,1
12	10	3,1	96,2
13	4	1,3	97,5
14	1	0,3	97,8
15	1	0,3	98,1
16	3	0,9	99,1
19	1	0,3	99,4
21	2	0,6	100,0
Total	319	100,0	

Fonte: Secretaria da Administração Penitenciária.

Como revelam claramente as freqüências cumulativas na última coluna, cerca de um terço dos presos recebeu apenas uma condenação por furto, cerca de metade apenas duas condenações, 60% deles cumpre pena por três condenações e assim por diante. Peguemos como exemplos dois casos extremos: A) do preso que furtou apenas uma vez e B) do reincidente sistemático, com 21 condenações por furto.

O preso A foi condenado a 1,6 anos de prisão pelo cometimento de um furto e por causa disso o contribuinte gastará com ele algo em torno de R$ 12.700 reais, somente com os custos de encarceramento. Se considerarmos válida a hipótese de que cada preso comete três vezes mais crimes do que constam nos dados oficiais (uma vez que a taxa de notificação é de 31,8%), uma incapacitação de 1,6 anos significa que cerca de 5 crimes foram evitados nesse período. Uma vez que o prejuízo médio por furto está ao redor de R$ 717,00, o prejuízo evitado terá sido de R$ 3.549,15. Do ponto de vista estritamente econômico, portanto, manter preso alguém que praticou apenas um furto representa um prejuízo total para a sociedade de R$ 9.221,85. Como pode ser visto na última coluna da tabela seguinte, a pena de prisão é um péssimo investimento de dinheiro público para pessoas que cometeram até três furtos, tornando-se compensador somente para pessoas que cometeram quatro ou mais furtos.

Como notou Steven Levitt, – economista da Universidade de Chicago que advoga a tese de que o encarceramento elevado nos Estados Unidos é uma política eficaz na redução do crime – os benefícios sociais de expandir radicalmente a população prisional por meio do encarceramento de pequenos criminosos são decrescentes, por causa precisamente da distribuição assimétrica da atividade criminal: em outras palavras, prender indiscriminadamente pequenos marginais é uma política pública ruim. (Levitt, 1996)

No caso do indivíduo B, condenado por 21 furtos, mais de 2.000 crimes teriam sido evitados (considerando que ele continue reincidindo e furtando no mesmo ritmo, por 30 anos). Nesses casos, novamente do ponto de vista estritamente econômico, tratar-se-ia de um bom investimento, uma vez que a diferença entre os custos de manutenção por mais de 30 anos na prisão e o prejuízo potencialmente evitado à sociedade é de cerca de R$ 1.297,984,00 reais.

Furtos	Anos de prisão	Custo p/contribuinte	Furtos evitados	Prejuízo evitado	Diferença custo – prejuízo evitado
1	1,65	R$ 12.771,00	4,95	R$ 3.549,15	-R$ 9.221,85
2	3,3	R$ 25.542,00	19,8	R$ 14.196,60	-R$ 11.345,40
3	4,95	R$ 38.313,00	44,55	R$ 31.942,35	-R$ 6.370,65
4	6,6	R$ 51.084,00	79,2	R$ 56.786,40	R$ 5.702,40
5	8,25	R$ 63.855,00	123,75	R$ 88.728,75	R$ 24.873,75
6	9,9	R$ 76.626,00	178,2	R$ 127.769,40	R$ 51.143,40
7	11,55	R$ 89.397,00	242,55	R$ 173.908,35	R$ 84.511,35
8	13,2	R$ 102.168,00	316,8	R$ 227.145,60	R$ 124.977,60
9	14,85	R$ 114.939,00	400,95	R$ 287.481,15	R$ 172.542,15

10	16,5	R$ 127.710,00	495	R$ 354.915,00	R$ 227.205,00
11	18,15	R$ 140.481,00	598,95	R$ 429.447,15	R$ 288.966,15
12	19,8	R$ 153.252,00	712,8	R$ 511.077,60	R$ 357.825,60
13	21,45	R$ 166.023,00	836,55	R$ 599.806,35	R$ 433.783,35
14	23,1	R$ 178.794,00	970,2	R$ 695.633,40	R$ 516.839,40
15	24,75	R$ 191.565,00	1.113,75	R$ 798.558,75	R$ 606.993,75
16	26,4	R$ 204.336,00	1.267,2	R$ 908.582,40	R$ 704.246,40
19	31,35	R$ 242.649,00	1.786,95	R$ 1.281.243,15	R$ 1.038.594,15
21	34,65	R$ 268.191,00	2.182,95	R$ 1.565.175,15	R$ 1.296.984,15

O ponto a ser destacado é o seguinte: a maior parte (58%) das pessoas atualmente cumprindo pena por furto foram condenadas por menos de três crimes, o que significa dizer que dão prejuízo aos cofres públicos. Esta é uma estimativa conservadora pois, como vimos, está baseada nas suposições pessimistas de que: 1) se estivessem soltas, todas estas pessoas estariam cometendo crimes; 2) cometendo três vezes mais crimes do que o registrado pelos dados oficiais e 3) manteriam sua "produtividade" mesmo depois de uma certa idade. Além disso, o prejuízo médio de R$ 717,00 por furto pode estar superestimado, pois está calcado em casos de arrombamento, nos quais os valores envolvidos são, em geral, mais elevados do que no furto comum. Os custos de manutenção do preso, por sua vez, estão subestimados, pois não incluem, entre outros itens, os custos de construção de novas prisões, a guarda externa do presídio feita pela Polícia Militar e outros custos intangíveis sugeridos por Levitt como o desperdício de capital humano, declínio salarial dos egressos, perdas da família do prisioneiro, etc. (Levitt, 1996, p. 347)

Se todas essas suposições fossem mais realistas, verificaríamos que o ponto em que o déficit passa a tornar-se superávit está muito além do quarto furto.[8] De toda forma, é expressivo o fato de que em 6 de cada 10 prisões por furto, os custos do encarceramento excedem os eventuais benefícios sociais da redução do crime por incapacitação. Uma vez que as vagas no sistema penitenciário são escassas, não seria mais compensador deixá-las para os presos violentos ou sistematicamente reincidentes e punir os demais de outra maneira?

E mesmo que cheguemos à conclusão de que a privação de liberdade seja um bom investimento social para um certo tipo de criminoso, não existiriam outras alternativas tão ou mais eficientes e sem os ônus provocados pelo encarceramento? Ainda que eficiente, é possível que o encarceramento em massa seja o método menos eficiente à nossa disposição, como sugere Vivian Stern: "criminosos estão sendo produzidos mais rapidamente do que podem ser trancafiados. Qualquer outra abordagem que se concentre na redução do número de recrutas para o

(8) Assim, por exemplo, se considerarmos que metade dos condenados deixaria de reincidir, os crimes potencialmente evitados seriam menores, bem como menor a diferença entre custo e prejuízos evitados. O ponto de inflexão em que a prisão torna-se vantajosa passaria a ser o 7.º furto. Nesse caso, poderíamos dizer que 84% das pessoas atualmente presas por furto estão dando prejuízo aos cofres públicos.

mundo do crime olhando para suas causas sociais será mais efetiva". (Vivian Stern, *A Sin Against the Future*, p. 289)

3. Agir na "boca do funil"

Como conclui Levitt em um de seus artigos, mesmo se avaliarmos o encarceramento em massa como eficaz, isso não diminui a importância de "identificar e corrigir aqueles fatores que jazem na fonte do comportamento criminal. Se verdadeiramente factível, a prevenção e reabilitação serão provavelmente preferíveis ao encarceramento de longo prazo, tanto na perspectiva do custo-benefício quanto na humanitária" (Levitt, 1996)

Esse é o ponto em que a teoria do *prison works* falha, ponto especialmente importante para países extremamente desiguais e que passam por momentos econômicos ruins, como o Brasil. A falha está na premissa de que o número de criminosos é finito e identificável, de tal forma que, uma vez trancafiados, as taxas de criminalidade automaticamente cairiam. (Vivian Stern. Op. cit.) O problema está em que a quantidade de criminosos não é finita pois o criminoso não é algum tipo biológico específico de indivíduo. A quantidade de criminosos varia, entre outros fatores, com os ciclos da economia, com as taxas de desemprego, de urbanização, tendências demográficas, níveis de desigualdade social e outras variáveis. O número de "criminosos em potencial" produzidos por uma sociedade que induz ao crime, como a brasileira, é sempre superior à capacidade de absorção do sistema criminal. É o problema que o ex-comandante da policia militar paulista definiu uma vez como "enxugar o chão com a torneira aberta". Lançando mão da metáfora inicial, a boca do funil é sempre maior do que a ponta. O encarceramento, mesmo que eficaz do ponto de vista custo-benefício para criminosos com elevada reincidência, só concebe a prevenção limitadamente, do ponto de vista da intimidação, que como vimos nem sempre funciona a contento.

Ao invés de confiar excessivamente no sistema criminal e no efeito simbólico da lei, para reduzir substancialmente o crime, como sugerem vários criminólogos, "nós precisamos construir uma sociedade que seja menos desigual, com menos privações, menos insegura, menos desruptiva dos laços familiares e comunitários, menos corrosiva dos valores cooperativos". Os resultados não podem ser pedidos "para já " mas as providências nesse sentido sim. Enquanto isso, ao invés de mandar para cadeia todo tipo de delinqüente, por longos períodos e por qualquer motivo, é preciso reservá-la, como pretendem os adeptos do direito penal mínimo, apenas para aqueles que representam realmente um perigo para a sociedade.

6. POLÍCIA E DIREITO

6.1

LETALIDADE DA AÇÃO POLICIAL NO RIO DE JANEIRO: A atuação da Justiça Militar

IGNACIO CANO

e

JOSÉ CARLOS FRAGOSO

SUMÁRIO: 1. Introdução e antecedentes – 2. Objetivos e metodologia – 3. Casos pesquisados e coletados – 4. Resultados: 4.1 Resultados gerais; 4.2 Inquéritos que viraram processos; 4.3 Considerações sobre o procedimento: 4.3.1 A inexistência legal da Sindicância ou Averiguação; 4.3.2 O pedido de arquivamento dos promotores na fase de inquérito baseado em excludentes de criminalidade; 4.4 Alguns casos exemplares: 4.4.1 Operação policial no morro do Zinco no dia 1 de junho de 1994 que resultou em uma vítima mortal; 4.4.2 Intercepção de policiais militares a um veículo presumivelmente roubado no túnel de Joá no dia 9 de dezembro de 1994, que produziu duas vítimas mortais; 4.4.3 Uma incursão do Batalhão de Choque ao Morro Jorge Turco no dia 3 de fevereiro de 1995, com o resultado de um morto; 4.4.4 Perseguição de um carro suspeito no dia 11 de fevereiro de 1995 na Avenida Brasil que resultou na morte de quatro pessoas; 4.4.5 Perseguição aos assaltantes de um banco em Ramos no dia 15 de outubro de 1993, que acabou com um policial ferido, uma pessoa acidentalmente ferida e um suposto assaltante morto – 5. Conclusões.

Resumo: O presente artigo apresenta o resultado de uma pesquisa encomendada pela Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro com o objetivo de analisar as mortes produzidas pelas intervenções da polícia naquele Estado. Os autores explicam a metodologia utilizada (busca no livro tombo da Auditoria Militar e no Arquivo Judiciário), retratando a dificuldade na obtenção dos dados. Com base nessas informações, apresentam estatísticas e citam algumas intervenções policiais. Visualizando os resultados globais chegaram a conclusão de que a Justiça Militar é incapaz de controlar e punir os abusos na utilização da força letal por parte policiais militares e os crimes que possam ser cometidos no uso da mesma.

Palavras-chave: Justiça Militar – Policial militar – Inquérito policial militar – Violência policial – Execução sumária.

1. Introdução e antecedentes

O presente trabalho é continuação da pesquisa encomendada ao ISER pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, mais especificamente pelas

Comissões de Direitos Humanos e de Segurança Pública, para analisar as mortes produzidas pelas intervenções da polícia no Rio de Janeiro. A pesquisa foi realizada por uma equipe do ISER com a colaboração permanente da Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa. Foi financiada pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) dentro do projeto intitulado "Magnitude e Custos da Violência na América Latina" e contou com o apoio da empresa Xerox e da própria Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. A parte médico-legal foi desenvolvida em colaboração com o professor Nelson Massini, médico legista.

O estudo abrangeu todos os episódios de intervenções policiais que resultaram em mortes ou ferimentos de civis por arma de fogo entre janeiro de 1993 e julho de 1996 no município do Rio de Janeiro, tal como eram relatados nos Registros de Ocorrência (R.O.s) da Polícia Civil. Foram contemplados os casos referentes a policiais militares, policiais civis, e qualquer outro tipo de agente contratado pelo Estado que exercesse funções de segurança pública. Os resultados principais das análises referentes à letalidade das intervenções, ao perfil das vítimas, à informação médico forense sobre os cadáveres, e às características dos confrontos foram divulgados e publicados no final de 1997.[1] O resumo das conclusões fundamentais apontou os seguintes elementos:

a) Os dados oficiais não codificam nem contabilizam o número de mortos ou feridos nas intervenções da polícia, tratando estas vítimas como uma mera externalidade ao trabalho policial. É urgente portanto a implementação de um sistema de registro que permita monitorar estas cifras ao longo do tempo.

b) A polícia do Rio de Janeiro causa um altíssimo número de vítimas nas suas intervenções. Num ano, a polícia mata na cidade do Rio um número aproximadamente igual de pessoas ao de todas as forças policiais dos Estados Unidos juntas.

c) Existem diversos indicadores do uso excessivo da força letal por parte da polícia na cidade. Entre eles, o número de opositores mortos em supostos confrontos é mais de dez vezes superior ao número de policiais mortos. A proporção de homicídios dolosos acontecidos na cidade devidos à ação da polícia é superior a 10% do total. Ainda mais importante, o índice de letalidade (número de mortos dividido pelo número de feridos ocasionados nestes confrontos) mostra que a polícia causa muito mais vítimas letais do que feridos, revelando uma intenção expressa de matar em muitos casos ao invés de imobilizar ou prender os oponentes.

d) Desde a entrada em vigor da política das premiações e promoções por bravura e outras políticas afins, o número de mortos decorrentes das intervenções policiais dobrou, passando de 16 a 32 por mês. Ainda mais revelador, o índice de letalidade também dobrou passando de 1,7 para 3,5 mortos por cada ferido, o que pode ser interpretado no sentido de que a polícia mostrou um interesse crescente em matar opositores em vez de contê-los ou prendê-los. O aumento das vítimas foi especialmente notório no nono Batalhão da PM, depois de passar a ser chefiado por um coronel fortemente identificado com estas políticas.

(1) CANO, Ignacio. *Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro*. ISER. 1997.

e) A grande maioria destes supostos confrontos (83%) não conta com testemunhas civis. Apenas um quarto dos Registros de Ocorrência (26%) mencionam a perícia do local, que é preceptiva em todos os casos com morte. A maioria dos mortos é levada ao hospital pela polícia, desfazendo assim a possibilidade de efetuar a perícia. Do total de casos em que armas deveriam ter sido apreendidas dos opositores feridos ou mortos, um de cada quatro não relata apreensão de armas no registro de ocorrência. Não foi encontrada nenhuma perícia de resíduos de pólvora nas mãos das vítimas. Esta análise residuográfica ajudaria a determinar se a vítima estava realmente envolvida em confronto armado.

f) A informação médico-forense contida nas necropsias do Instituto Médico Legal, analisada em colaboração com o professor Nelson Massini, médico legista, confirmou o uso excessivo da força letal e apontou fortes indícios de existência de execuções sumárias. Um total de 46,5% dos cadáveres apresentavam quatro ou mais orifícios de entrada de bala, com uma média global de 4,26 perfurações por cadáver, sendo que um ou dois impactos são em geral suficientes para imobilizar a uma pessoa. Os disparos atingiam majoritariamente áreas vitais: 61,5% dos mortos apresentavam pelo menos um disparo na cabeça. Por outra parte, 65% das vítimas mortais tinham recebido pelo menos um disparo pelas costas, revelando que muitos deles estariam fugindo em vez de confrontando a polícia. O sinal mais claro de execução são os disparos a curta distância. Encontram-se registros de 40 cadáveres com perfurações cujas bordas mostravam esfumaçamento, tatuagem ou queimadura, ou seja, foram produto de disparos efetuados à queima-roupa. Por último, 222 vítimas mortais (32% do total) apresentavam lesões não relacionadas com os projéteis de arma de fogo. Segundo a avaliação do professor Massini, mesmo que isto possa acontecer em algum episódio de confronto, o alto número de casos com este tipo de lesões revela que algumas das vítimas deveriam estar dominadas antes de serem executadas.

g) O estado do Rio de Janeiro promoveu policiais pela sua participação em vários destes confrontos. A maioria das vítimas mortais destes casos registrava disparos pelas costas e alguns apresentavam inclusive disparos à queima-roupa, o que não impediu o estado de promovê-los.

2. Objetivos e metodologia

Após estudar os resultados dos documentos policiais e médico-legais, o seguinte passo era analisar como a justiça lida com os inquéritos referidos a estas lesões e mortes acontecidas nas intervenções policiais. A existência, em alguns destes episódios, de fortes indícios de execução na documentação médico-forense sublinhava a importância de examinar o modo como a justiça analisa estes eventos. Neste sentido, uma justiça rápida e eficiente constituiria um elemento fundamental para coibir excessos ou crimes decorrentes da própria atividade policial, constituindo-se assim em freio a possíveis abusos e em proteção da sociedade. Paralelamente, uma justiça omissa ou corporativa serviria de apoio à impunidade dos crimes cometidos por policiais, tornando-se assim impossível a contenção dos abusos.

É obrigatória a abertura de inquérito nos casos de homicídio, doloso ou culposo, e de lesões graves. Nos casos de lesões leves, a lei requer, desde dezembro de 1995, representação da vítima para a abertura de inquérito; antes dessa data, a abertura era obrigatória. Em conseqüência, deve existir um inquérito para todos os episódios que ocasionaram vítimas fatais e para a grande maioria dos que resultaram em ferimentos.

Na ausência de informação adicional sobre os casos específicos em que existiam suspeitas de execuções sumárias, além da oferecida pela polícia e pelo IML, e na consciência da extrema dificuldade para se obter esta informação de forma independente (falta de recursos para investigar cada caso, risco envolvido na procura desta informação, medo de parentes e testemunhas para declarar etc.), resta-nos a possibilidade de analisar o conjunto dos casos pesquisados através da documentação oficial coletada e tentar estabelecer conclusões sobre este conjunto.

Neste cenário, optou-se por estudar os inquéritos da Justiça Militar, por várias razões. Em primeiro lugar, a maioria dos casos registrados corresponde a ações da polícia militar (quase 80% do total) que são julgadas pela Justiça Militar. Uma modificação legal impôs posteriormente que os homicídios dolosos cometidos por policiais militares em serviço sejam atualmente competência da Justiça Comum, mas no período considerado todos os crimes cometidos por policiais militares no decorrer da sua função eram julgados pela Justiça Militar.

Em segundo lugar, a Justiça Militar processa uma quantidade de informação obviamente muito menor do que a Justiça Comum, razão pela qual a busca de informação é mais fácil na primeira do que na segunda. Com efeito, os indiciados nos inquéritos da Justiça Militar estão todos registrados num único livro tombo na Auditoria de Justiça Militar.

Considerando então a grande proporção de casos correspondentes à Justiça Militar, a maior facilidade na procura da informação e a limitação de recursos disponíveis para a continuação da pesquisa, foi decidido analisar exclusivamente os inquéritos na Justiça Militar. Isto implica que os episódios relativos a policiais civis ou a outros tipos de agente de segurança pública ficam automaticamente fora do alcance da presente pesquisa.

O mecanismo de busca da informação é complicado e demorado. A raiz do problema é a inexistência de qualquer número de registro comum que permita acompanhar um caso de uma administração a outra. Este é um dos principais obstáculos à realização de qualquer pesquisa ou avaliação que considere o sistema de segurança pública como um todo. Por exemplo, o Registro de Ocorrência fica individualizado pelo seu número de registro, ano e delegacia, enquanto o laudo cadavérico possui seu próprio número de laudo e ano. O único elo entre ambos os registros é a guia de remoção de cadáver que é expedida pela delegacia de polícia mas não guarda relação com o registro de ocorrência. Da mesma forma, os inquéritos na justiça possuem o seu número de inquérito, que por sua vez não está relacionado com o registro de ocorrência.

A unidade básica de registro e análise da pesquisa foi o Registro de Ocorrência da polícia civil, mas este número não servia para encontrar o inquérito na justiça pelas razões anteriormente citadas. Para efetuar a conexão entre Registro de Ocor-

rência e inquérito teria sido preciso uma busca demorada e difícil nos cartórios de cada delegacia.

O livro tombo da Auditoria de Justiça Militar contém, como já foi indicado, os nomes de todos os indiciados ou réus, ordenados alfabeticamente apenas pela primeira letra do nome. Existe um livro diferente para cada período aproximado de um ano. Na época de referência, o inquérito[2] era registrado no livro tombo da Auditoria quando era remitido pelo promotor com pedido de arquivamento ou oferecimento de denúncia.[3] Posteriormente, anotações eram feitas ao lado indicando o resultado do encaminhamento. Depois do arquivamento, os funcionários também anotavam a mão o número de maço em que o inquérito ou o processo poderia ser encontrado no Arquivo Judiciário. O banco de dados da pesquisa continha os nomes dos policiais que apareciam nos registros de ocorrência como envolvidos nos episódios que resultaram em mortes e ferimentos de civis por arma de fogo.[4] Em conseqüência, procedeu-se a procurar os nomes dos policiais registrados como participantes nos episódios considerados. Como não existia certeza do tempo que podia demorar o inquérito a chegar na Auditoria Militar, o nome de cada policial foi procurado no livro tombo do ano em que o fato aconteceu[5] e nos anos posteriores.

Essa busca está longe de garantir resultados ideais. Em primeiro lugar, existiam casos em que não se dispunha dos nomes dos policiais militares participantes da ação. Por exemplo, os casos que chegaram a nossas mãos exclusivamente através dos plantonistas de hospital não registravam a identidade dos policiais e não poderiam, portanto, sequer ser procurados no livro tombo. Em segundo lugar, bastava uma pequena alteração na escrita do nome, seja no R.O., seja no livro tombo, para que a identificação da pessoa ficasse prejudicada. Em terceiro lugar, um policial pode aparecer em vários inquéritos, diferentes do caso pelo qual é procurado. Como não existe nenhuma informação de identificação do caso no livro tombo, a única forma de elucidar se tratava-se do caso procurado era encontrar o próprio inquérito e lê-lo. Isto implicava procurar e ler numerosos inquéritos apenas para poder selecionar os casos de interesse. Em quarto lugar, o livro tombo só contém informação sobre como achar com facilidade os casos já arquivados, mostrando o número de maço e o número do tombo que permitem que o caso possa ser encontrado no Arquivo Judiciário. A informação que o livro contém sobre os inquéritos que continuam em andamento é limitada, apenas a distribuição; a localização deles seria muito difícil e teve de ser descartada. Os casos cujo encaminhamento os funcionários tiverem esquecido de anotar no livro ficarão também perdidos.

(2) Por se tratar da Justiça Militar, quando falarmos de inquérito estaremos fazendo referência, salvo aviso em contrário, aos Inquéritos Policiais Militares (IPMs).

(3) Existia outro livro tombo na Central de Inquéritos da Auditoria que registrava os inquéritos quando eram enviados pelo encarregado.

(4) Quando o policial era simples testemunha ou plantonista que registrava os fatos e, portanto, não tinha participado dos mesmos, não era incluído na base de dados.

(5) Exceto os três primeiros meses de 1993, que apareciam num livro diferente.

Este ponto anterior é de fundamental importância, pois significa que só será possível encontrar os casos correspondentes a:

a) inquéritos que foram arquivados, pois o ministério público não ofereceu denúncia contra ninguém, e portanto não viraram processos;

b) inquéritos que viraram processos depois de que o ministério público oferecesse uma denúncia e já foram julgados, estando o processo arquivado junto com o inquérito.

Em suma, o procedimento seguido foi o seguinte. Uma equipe de três pessoas procurou os nomes dos policiais militares no livro tombo do ano correspondente aos fatos e nos livros dos anos seguintes. Para os nomes que foram encontrados, foi verificado se o livro registrava a localização do inquérito ou do processo no Arquivo Judiciário. Nos casos em que isto acontecia, aparecia do lado o número do maço. Depois de ter acabado a revisão dos livros tombos dos anos 1993 (desde 25 de março),[6] 1994, 1995 e 1996 na Auditoria Militar, a equipe procurou no Arquivo Judiciário os casos cuja localização aparecia no livro tombo. No arquivo, a leitura dos inquéritos ou processos individuais permitia comprovar se tratava-se do caso realmente procurado ou de outros fatos imputados ao mesmo policial. Nesta busca, apareceu um total de 50 casos adicionais que não tinham sido registrados na pesquisa original baseada nos R.O.s, mas que entravam na definição dos casos de interesse: intervenções policiais que resultavam em civis feridos ou mortos por arma de fogo. Estes novos casos não foram incluídos nesta fase da pesquisa, que foi feita exclusivamente sobre o conjunto de episódios levantados na fase anterior, a que tomou os R.O.s como fonte básica. No entanto, a aparição destes novos casos é mais um elemento para sublinhar que os totais de mortos e feridos por intervenção policial obtidos pela pesquisa constituem na realidade uma subestimação das cifras reais. O número verdadeiro de mortes e ferimentos por intervenção policial é, sem dúvida, maior do que o número contabilizado.

Quando era confirmado que o caso procurado tinha sido de fato encontrado, os pesquisadores liam o inquérito e, quando existia denúncia, o processo, e preenchiam uma ficha extraindo a informação fundamental. Além disso, para cada caso era fotocopiado o documento final: a resolução de arquivamento do juiz, se não houve denúncia, ou a sentença nos casos em que houve denúncia. Em algumas ocasiões, os laudos cadavéricos que não tinham sido encontrados na busca inicial no IML também foram copiados. O trabalho de campo foi realizado no último trimestre de 1997 e nos primeiros meses de 1998. A busca e confirmação posterior de alguns casos específicos ficou prejudicada pela inundação e traslado do Arquivo Judiciário. A data do trabalho de campo é especialmente relevante porque é possível que inquéritos que estavam em andamento na época tenham sido posteriormente arquivados e portanto registrados no livro tombo. Em conseqüência, os dados coletados refletem a situação concreta dos livros na época da busca.

(6) O período de janeiro a 24 de março de 1993 estava num outro livro junto a 1992. Este livro não foi revisado porque a possibilidade de um caso acontecido nestes três meses ter sido registrado neste mesmo período é extremamente baixa.

Com a presença de tantas dificuldades para a busca da informação, não existia a expectativa de encontrar todos os casos, nem sequer de chegar perto dessa cifra. Por outra parte, como os casos em andamento não poderiam ser localizados, a expectativa era de encontrar uma proporção maior de casos referentes aos primeiros anos, que deveria diminuir conforme passassem os anos. Todavia, a Lei 9.299 de 7 de agosto de 1996 que transferia para a Justiça Comum os homicídios dolosos cometidos por policiais militares era uma lei procedimental que afetava aos casos em andamento. Isto deve ter feito com que casos recentes que tramitavam na Justiça Militar tenham sido enviados para a Justiça Comum, sendo assim impossível encontrar seu destino final através dos registros da Auditoria Militar. Portanto, a expectativa era encontrar uma proporção ainda menor de casos entre os mais recentes.

3. Casos pesquisados e coletados

Os 1.194 episódios registrados originalmente se distribuem da seguinte forma segundo a possibilidade de serem contemplados nesta segunda fase da pesquisa.

Tabela 1

Tipo de Caso	Número	%
Casos que não envolvem a Polícia Militar	211	17,7
Casos que envolvem a PM mas sem policiais militares registrados	88	7,4
Casos com policiais militares registrados	895	75,0
Total	1.194	100,0

Em suma, quase 18% dos casos não se enquadram nessa pesquisa por não se referirem à policiais militares. Existe ainda uma perda de 7% devida a carência dos nomes dos policiais envolvidos. Restam 895 casos que constituirão o objetivo desta fase da pesquisa na Justiça Militar.

Depois da busca no livro tombo da Auditoria seguida pela pesquisa no Arquivo, 301 casos foram encontrados do total de 895 procurados, o que perfaz uma percentagem de 33,6%. Em outras palavras, um de cada três casos procurados foi encontrado. Esta é uma proporção baixa mas não surpreendente dadas as dificuldades envolvidas na localização dos documentos anteriormente descritas. Apesar da proporção ser baixa, o número de 301 é suficientemente alto para estabelecer conclusões confiáveis sobre o conjunto de casos, desde que não exista nenhum viés importante na seleção dos mesmos que determine um perfil diferencial dos casos coletados. Em princípio, as causas mais importantes que determinam a impossibilidade de localizar os casos parecem possuir um caráter aleatório, como é o caso das pequenas variações ou erros na escrita dos nomes.

De qualquer forma, vamos examinar algumas caraterísticas dos casos encontrados e não encontrados para verificar se apresentam diferenças importantes. Em primeiro lugar, examinamos se foi cumprida a predição de que seriam encontrados mais casos dos primeiros anos, já que os casos em andamento não poderiam ser localizados.

Tabela 2

Tipo de Caso	ANO				Total
	1993	1994	1995	1996	
Casos não encontrados	95 *62,1%*	128 *61,0%*	193 *59,6%*	178 *85,6%*	594 *66,4%*
Casos encontrados	58 *37,9%*	82 *39,0%*	131 *40,4%*	30 *14,4%*	301 *33,6%*
Total	153 *100,0%*	210 *100,0%*	324 *100,0%*	208 *100,0%*	895 *100,0%*

De fato, a proporção de casos encontrados é mais ou menos estável para o período de 1993 a 1995, com uma levíssima subida ano a ano. Somente no ano de 1996 é que a proporção de casos encontrados decresce consideravelmente e chega a ser menos da metade do que nos outros anos. Uma explicação plausível para estes dados é que os casos acontecidos no ano de 1996 não tiveram tempo de terminar o seu percurso no sistema judiciário no momento da busca. Como já foi explicado, outra provável causa da baixa proporção de casos encontrados em 1996 é a lei de agosto de 1996, que transferiu a competência sobre os homicídios dolosos cometidos por policiais militares em serviço para a Comum. De qualquer forma, o ano 1996 possui poucos casos no total porque nele só foram incluídos sete meses (até julho). A conclusão positiva é que os casos de 1995 parecem ter acabado seu processamento no sistema no mesmo nível do que os casos anteriores, já que a taxa de localização é similar, e portanto não faria muito sentido continuar esperando para coletar estes casos.

Outro ponto importante é a comparação dos casos encontrados e não encontrados segundo o tipo de vítima.

Tabela 3

PROPORÇÃO DE CASOS ENCONTRADOS SEGUNDO TIPO DE VÍTIMAS				
	Casos com opositores feridos	Casos com opositores mortos	Casos com feridos acidentais	Casos com mortos acidentais
Casos não encontrados	200 *81,0%*	321 *56,4%*	101 *80,8%*	18 *85,7%*
Casos encontrados	47 *19,0%*	248 *43,6%*	24 *19,2%*	3 *14,3%*
Total	247 *100,0%*	569 *100,0%*	125 *100,0%*	21 *100,0%*

A tabela mostra que a taxa de localização dos casos que envolvem feridos situa-se ao redor de 20%, tanto para os feridos acidentais quanto para os opositores. Já a proporção de casos com opositores mortos sobe para quase 44%. O número de casos com mortos acidentais é pequeno demais para poder realizar qualquer inferência precisa. Estes resultados reforçam a possibilidade de que talvez não seja aberto inquérito em todos os casos em que tenham existido apenas ferimentos. Um ponto positivo é que a proporção de casos encontrados é maior entre os casos mais graves, aqueles que envolvem mortes, superando a taxa de localização de 40%. Não existe, em princípio, nenhuma evidência para suspeitar de um viés no tipo de caso encontrado em relação aos não localizados.

O seguinte passo é comparar os casos encontrados e não encontrados quanto aos indícios de uso excessivo da força letal e de execuções.

Tabela 4

COMPARAÇÃO DE CASOS ENCONTRADOS E NÃO ENCONTRADOS SEGUNDO INDICADORES DE USO EXCESSIVO DA FORÇA LETAL (I)

	Média de Orifícios de Entrada por Cadáver	Proporção de Cadáveres com Disparos pelas Costas	Proporção de Cadáveres com Disparos na Cabeça
Casos não encontrados	4,13	66,5%	52,2%
Casos encontrados	4,33	63,8%	64,9%
Total	4,21	65,3%	57,7%

As diferenças entre os casos encontrados e não encontrados são mínimas nos dois primeiros indicadores e não são estatísticamente significativas.[7] A proporção de vítimas mortais com disparos na cabeça e nenhuma é superior nos casos encontrados, mas a diferença não chega a ser estatísticamente significativa.

Por último, a comparação relativa à existência de lesões não relacionadas com os disparos de armas de fogo e, especialmente, a existência de disparos à queima-roupa. Estes são os indícios mais fortes de execuções sumárias.

Tabela 5

COMPARAÇÃO DE CASOS ENCONTRADOS E NÃO ENCONTRADOS SEGUNDO INDICADORES DE USO EXCESSIVO DA FORÇA LETAL (II)

	Existência de Disparos à queima-roupa		Existência de Lesões não relativas a disparos	
	Não	Sim	Não	Sim
Casos não encontrados	217 *56,7%*	21 *60,0%*	158 *58,7%*	80 *53,7%*
Casos encontrados	166 *43,3%*	14 *40,0%*	111 *41,3%*	69 *46,3%*
Total	383 *100%*	35 *100%*	269 *100%*	149 *100%*

(7) Com um nível de significação de alpha=0,01.

A tabela mostra que a proporção de casos com disparos à queima-roupa e com lesões diferentes das causadas pela arma de fogo são aproximadamente iguais para os casos encontrados e para os não localizados.

Em suma, não encontramos evidência de vieses no perfil dos casos encontrados em comparação com o total. A única diferença clara é que os casos encontrados correspondem em maior proporção a vítimas fatais, tratando-se portanto de casos de especial gravidade pelas suas conseqüências. Em segundo lugar, os casos encontrados tendem a apresentar uma proporção de cadáveres com disparos na cabeça algo superior aos casos perdidos. Em conseqüência, podemos razoavelmente fazer inferências sobre o total de casos a partir dos casos coletados, apenas ressalvando que estes últimos tendem a ser de maior gravidade. Se o sistema judiciário for leniente com os casos pesquisados o será, com maior razão, com os não encontrados que são de menor gravidade.

4. Resultados

4.1 Resultados gerais

Os inquéritos encontrados correspondiam a procedimentos investigatórios que se iniciaram com inquéritos policiais militares que foram abertos pouco tempo depois dos fatos. No entanto, existem inquéritos que começaram com averiguações, sindicâncias e ainda outras figuras administrativas.

Tabela 6

TIPO DE PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO INICIAL	Número	%
Inquérito Policial Militar	200	66,4
Averiguação	67	22,3
Sindicância	19	6,3
Outros	4	1,3
Não se sabe	11	3,7
Total	301	100,0

Mesmo que em alguns dos casos de averiguações e sindicâncias a polícia possa ter aberto um inquérito posteriormente, o fato é que nem sempre os procedimentos são iniciados com a abertura de um inquérito. Isto acontece em apenas dois de cada três casos.

Do total de 301 inquéritos efetivamente encontrados, quase todos tinham sido arquivados, isto é, não tinham produzido nenhuma denúncia.

Tabela 7

RESULTADO DOS INQUÉRITOS ENCONTRADOS		
	Número	%
Inquéritos Arquivados	295	98,0
Inquéritos em que foi oferecida denúncia	6	2,0
Total	301	100,0

Apenas seis inquéritos viraram processos, devido ao fato do promotor ter oferecido denúncia. O resto foi arquivado, a pedido do promotor, geralmente por apreciar excludentes de ilicitude na atuação dos agentes. Os juízes aceitaram o pedido de arquivamento dos promotores em todos os 295 casos.[8] Vale a pena lembrar que os casos que estiverem em andamento não entram nesta busca já que não podem ser localizados no arquivo.

O conjunto de vítimas civis ocasionadas segundo o destino final dos inquéritos é o seguinte:

Tabela 8

NÚMERO DE VÍTIMAS SEGUNDO O DESTINO DOS INQUÉRITOS					
	Casos com opositores feridos	Casos com opositores mortos	Casos com feridos acidentais	Casos com mortos acidentais	Número Total de Casos
Inquéritos Arquivados	45	245	23	2	295
Inquéritos em que foi oferecida denúncia	2	3	1	1	6

Dentro do conjunto de casos arquivados existem vários indícios de uso excessivo da força e de execuções extrajudiciais.

Tabela 9

INDICADORES DE USO EXCESSIVO DA FORÇA LETAL PARA OS CASOS CUJOS INQUÉRITOS FORAM ARQUIVADOS				
Média de Orifícios de Entrada por Cadáver	Proporção de Cadáveres com Disparos pelas Costas	Proporção de Cadáveres com Disparos na Cabeça	Casos com Disparos à queima-roupa	Casos com Lesões não relativas a disparos
4,38	64,3%	65,5%	13	68

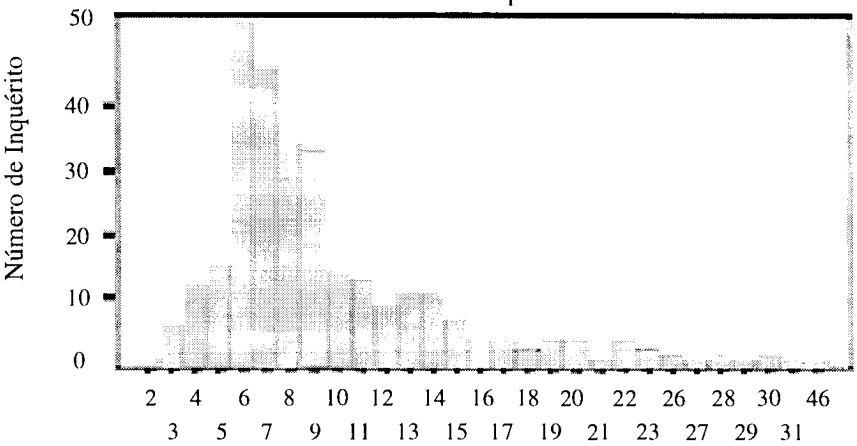
(8) O juiz pode aceitar ou negar o pedido de arquivamento de inquérito feito por um promotor. Se o juiz negar o pedido, o inquérito passa às mãos do Procurador-Geral da Justiça e, se este resolver pedir de novo o arquivamento, o juiz está obrigado a aceitá-lo.

Apesar destes sinais de uso excessivo da força letal e, especialmente, de fortes indícios de execução sumária em alguns casos, como os disparos à queima-roupa, os promotores pediram o arquivamento destes inquéritos.

O tempo transcorrido desde os fatos até o arquivamento do inquérito varia para cada caso. O tempo médio é de 286 dias, isto é, de quase nove meses e meio. O caso encerrado com maior rapidez teve o inquérito arquivado menos de dois meses após os fatos. No outro extremo, encontrou-se um inquérito que demorou mais de três anos para ser arquivado. Logicamente, esta não é uma cifra final pois devem existir casos ainda em andamento.

Gráfico 1

Inquéritos Arquivados segundo o tempo transcorrido entre os fatos e o arquivo



A maioria dos casos são arquivados entre seis e nove meses depois dos fatos. Três de cada quatro casos são arquivados no primeiro ano, mas alguns se arrastam por muito mais tempo.

A equipe de pesquisa revisou as provas existentes nos inquéritos arquivados. Um resumo da análise das mesmas mostrou os seguintes resultados.

Tabela 10

INQUÉRITOS ARQUIVADOS SEGUNDO AS PROVAS CONTIDAS NOS MESMOS NÚMERO DE INQUÉRITOS QUE CONTINHAM....							
Laudo Cadavérico		Declarações de Testemunhas Civis		Perícia do Local (I.C.C.E.)		Outras Provas	
Não	Sim	Não	Sim	Não	Sim(**)	Não	Sim
83	212(*)	185	110	286	9	223	72
28,1%	71,9%	62,7%	37,3%	96,9%	3,1%	75,6%	24,4%

(*) De um total de 252 casos em que houve civis mortos.

(**) Outros três casos continham perícia de local efetuada por outro órgão diferente do Instituto Carlos Éboli, pertencente à própria PM.

A grande maioria dos inquéritos com vítimas fatais contém laudo cadavérico, mas existem ainda casos com mortes de civis em que o laudo cadavérico não pode ser encontrado. No entanto, a maioria dos inquéritos não registrava declarações de testemunhas civis. É mínimo o número de inquéritos que incluem perícia de local, como é preceptivo em casos de morte. Em algumas ocasiões aparece uma perícia de local efetuada por um órgão diferente do Instituto de Criminalística Carlos Éboli; mesmo levando em conta estes casos, a proporção de inquéritos com perícia de local é extremamente reduzida. É revelador que enquanto 26% dos R.O.s em que os fatos tinham sido registrados relatavam a existência de perícia de local, ou pelo menos que o Instituto Carlos Éboli tinha sido chamado, agora apenas 3% dos inquéritos contêm de fato uma perícia de local. Isto parece significar que em muitos dos casos em que a polícia afirmou ter convocado o I.C.C.E. a perícia acabou não sendo feita.

Um de cada quatro inquéritos conta com outras provas, normalmente perícia de balística ou de entorpecentes. Não se encontrou nenhuma perícia de resíduos de pólvora que, como já foi indicado, ajudaria a determinar se as vítimas estavam realmente participando em um confronto armado. Também não foi encontrada nenhuma fotografia dos cadáveres, o que implica uma ausência de um elemento de informação médico-legal sumamente importante.

A conclusão aparente é que muitos inquéritos carecem das provas técnicas e testemunhais que seriam desejáveis para uma melhor apuração dos fatos.

A responsabilidade pela maioria dos inquéritos corresponde a um número reduzido de promotores da Justiça Militar. Do total de pedidos de arquivamento, 119 (40%) estão assinados pela promotora Gizelda Leitão Teixeira, 63 (21%) pelo promotor Marcos Ramayana B. De Moraes, 35 (12%) pela promotora Laucy Esteves, e 33 (11%) pela promotora Anna Maria di Masi. Estes quatro promotores abrangem aproximadamente 85% de todos os pedidos de arquivamento. Dos pedidos de arquivamento correspondentes aos 13 casos em que houve disparos à queima-roupa, cinco foram feitos por Gizelda Leitão, cinco por Marcos Ramayana, dois por Anna Maria di Masi e um por Nelma Glória Trindade de Lima.

4.2 Inquéritos que viraram processos

Como já foi indicado, foram encontrados seis inquéritos em que o promotor ofereceu denúncia. Portanto, estes seis inquéritos viraram processos e foram julgados pelo Conselho de Justiça Militar.

As denúncias dos promotores fazem referência aos seguintes artigos do Código Penal Militar: artigo 209: lesão corporal (2 casos); artigo 206: homicídio culposo (1 caso); e artigo 205: homicídio doloso (3 casos).

Apresentamos um breve resumo destes seis casos:

1) Fatos acontecidos em abril de 1993 que resultaram em um opositor ferido. Os agentes foram denunciados por lesão corporal (art. 209). O inquérito continha um laudo de exame de corpo de delito e cinco declarações de testemunhas civis.

2) Fatos acontecidos em julho de 1994 que provocaram um opositor ferido. Os agentes foram denunciados por lesão corporal (art. 209). O inquérito incluía uma declaração de testemunha civil mas não continha um laudo de corpo de delito.

3) Fatos ocorridos em outubro de 1993, que resultaram em uma pessoa morta acidentalmente. Os autores foram denunciados por homicídio culposo (art. 206). O inquérito continha o laudo cadavérico, perícia do local, três declarações de testemunhas civis e exame balístico.

4) Fatos ocorridos em maio de 1993, com o resultado de um opositor morto. Os agentes foram denunciados por homicídio simples (art. 205). O inquérito incluía o laudo cadavérico, exame balístico e exame de corpo de delito, mas não apresentava perícia do local nem declarações de testemunhas civis. O laudo cadavérico mostrava uma bala na parte posterior do corpo da vítima e outras lesões não relacionadas à arma de fogo.

5) Fatos acontecidos em outubro de 1993, que provocaram um opositor morto. Os autores foram denunciados por homicídio qualificado (art. 205, inc. 2, parágrafo 2: mediante recompensa ou por motivo torpe; e parágrafo 4: à traição ou de emboscada). O inquérito continha laudo cadavérico e exame balístico, mas não apresentava perícia do local nem declarações de testemunhas civis.

6) Fatos acontecidos em outubro de 1993, que tiveram como resultado um policial ferido, um opositor morto e uma vítima ferida acidentalmente. Os autores foram denunciados por homicídio qualificado (art. 205, inc. 2, parágrafo 2: mediante recompensa ou por motivo torpe; parágrafo 4: à traição ou de emboscada e parágrafo 6: prevalecendo-se da situação de serviço). O inquérito tinha laudo cadavérico, duas declarações de testemunhas civis, mas não apresentava perícia do local. O laudo cadavérico mostrava um disparo à queima-roupa na cabeça.

Três elementos chamam a atenção nestes seis casos. Em primeiro lugar, todos estes casos correspondem apenas a fatos acontecidos nos anos 1993 e 1994. Uma possível razão poderia ser que os inquéritos que acabam em denúncia demoram mais tempo a serem julgados do que os outros a serem arquivados, já que o processo levaria um tempo adicional ao do inquérito. De fato, o tempo médio transcorrido entre os fatos e o julgamento nestes seis casos é de 778 dias, que corresponde a quase dois anos e dois meses, mais do dobro do tempo transcorrido nos casos de arquivamento: nove meses e meio. Como a busca foi feita fundamentalmente no final de 1997, todo caso anterior a dezembro ou novembro de 1995 teria pouca chance de ter sido registrado na pesquisa. No entanto, continua sendo inesperada a ausência de casos do início de 1995, a maioria dos quais já poderia ter sido julgada se o tempo de processamento do sistema judicial nos últimos anos permanecesse igual ao registrado nos anos 93 e 94. É possível que alguns destes processos tenham sido transferidos para a Justiça Comum em virtude da Lei 9.299.

O segundo elemento surpreendente é que, com exceção do último processo descrito que inclui um disparo à queima-roupa, os inquéritos que viraram processos, isto é, aqueles em que os promotores decidiram oferecer denúncia, não coincidem com os casos com indicadores mais claros de uso excessivo da força letal ou de execuções sumárias propriamente ditas. Com efeito, dos seis processos dois correspondem a delitos menos graves, lesões corporais, e ainda um a homicídio culposo ou não intencional.

Assim, muitos casos com disparos à queima-roupa foram simplesmente arquivados pela Justiça Militar.

O terceiro ponto que chama poderosamente à atenção é que nenhum destes seis fatos aconteceu em favela. Não obstante o fato de a fase anterior da pesquisa ter demostrado que a polícia ocasiona mais mortos nas favelas e que a letalidade das suas ações é muito mais alta nestes lugares, todos os casos que foram a julgamento se passaram no asfalto. Em outras palavras, deveríamos entender que, segundo a Justiça Militar, não existem sequer indícios de que a polícia militar matasse ou ferisse ninguém irregularmente nas favelas durante este período.

Em todos os seis casos, os promotores pediram a absolvição dos réus devido à falta de provas ou à fragilidade das mesmas. Os seis representantes da defesa "ratificaram integralmente as palavras do Ministério Público". Em conseqüência, os seis processos descritos acabaram na absolvição dos acusados, inclusive aquele que registrava um disparo à queima-roupa na cabeça da vítima. Em outras palavras, considerando tanto os inquéritos arquivados quanto estas absolvições, a conclusão final é que não foi possível encontrar um único caso em que a Justiça Militar condenasse policiais militares por intervenções que resultaram em mortes e ferimentos de civis. Isto não implica que não exista a possibilidade de que haja algum caso em que isso aconteça, visto que, como já foi longamente explicado, apenas uma parte dos inquéritos foi encontrada nos arquivos judiciais. Poderia se pensar inclusive que os processos que resultarem em condenação seriam recorridos e portanto seu percurso judicial demoraria mais tempo, havendo assim uma menor chance de serem coletados na pesquisa. Contudo, não foi encontrada uma só condenação nem sequer para os casos dos primeiros anos, nos quais o tempo para dar lugar a uma setença firme teria sido maior. Isto revela que, de existir, estes processos com condenação em primeira instância devem ter constituído um número muito reduzido.

Esta ressalva não altera o fato de que em 301 casos coletados não foi possível achar uma única condenação, apesar de que em alguns destes casos os laudos médico-legais examinados pelos peritos determinavam uma forte suspeita de execuções sumárias.

Posteriormente descreveremos com mais detalhe alguns casos para exemplificar esta conclusão.

4.3 Considerações sobre o procedimento

Desde o ponto de vista procedimental observam-se duas irregularidades em muitos destes inquéritos:

a) a instrução de averiguações, sindicâncias e outras figuras administrativas em lugar dos inquéritos como é preceptivo;

b) o pedido de arquivamento dos promotores, na fase de inquérito, baseado em excludentes da anti-juridicidade da conduta dos agentes.

4.3.1 A inexistência legal da Sindicância ou Averiguação

O direito processual penal brasileiro não prevê a existência da Sindicância. Assim, tanto o Código de Processo Penal (CPP), aplicável às hipóteses de crimes comuns, quanto o Código de Processo Penal Militar (CPPM), que contempla as normas para a investigação dos crimes militares, cuidam tão-somente do inquérito policial. Acontece que o inquérito policial (civil ou militar) tem sempre um único destinatário: o Ministério Público. Exatamente por tal circunstância é que criou-se esta aberração jurídica que veio a se chamar de "Sindicância" ou ainda, de "Verificação de Procedência de Informações" (VPI). Esta última denominação corresponde a uma tentativa de dar existência legal à Sindicância, pois o CPP determina que a autoridade policial "verificada a procedência das informações, mandará instaurar o inquérito". Trata-se de mera esperteza interpretativa, que os tribunais do país jamais reconheceram.

A importância da Sindicância ou da VPI para a Polícia está em sua independência, na falta de controle institucional sobre os seus resultados. Sem o compromisso legal de remeter os seus resultados a quem quer que seja, a autoridade policial pode fazer da Sindicância um simulacro de investigação, uma ação entre amigos, um arranjo entre quatro paredes, destinada a promover sempre a impunidade, seja por espírito de corpo (quando se trata da criminalidade policial), seja pela corrupção. Encerrada a Sindicância, o caso pode acabar também, pura e simplesmente.

Quando a Sindicância ou VPI precede a instauração de inquérito policial, o que é freqüente, pode abrir a possibilidade de uma tentativa de extorquir dinheiro de alguém, porque é evidente a absoluta inutilidade, para efeitos de investigação legal, de fazer-se uma apuração prévia dos fatos registrados em Boletim de Ocorrência.

É possível concluir desde logo, portanto, que se algum episódio da vida social, que constitua um fato previsto em lei penal sob ameaça de pena, tiver a sua investigação encerrada após uma mera Sindicância Policial ou VPI, estaremos diante de uma grave violação dos deveres a que está obrigada uma autoridade policial.

A PM publica uma nota interna (Nota número 3.110) no dia 3 de novembro de 1994, durante o governo anterior, frisando a obrigatoriedade da instauração de IPM em todos os enfrentamentos dos quais decorram mortes de civis ou policiais, o que revela que deviam existir exemplos de desvio de incumprimento desta prática. Apesar disso, a PM publicou no dia 4 de outubro de1995, já no governo atual, outra nota interna (Nota número 3.156) revogando explicitamente a nota anterior e determinando a instauração de averiguação nas ocorrências que resultarem em mortes de civis ou de PM.

Questionado sobre este ponto, o coronel Dorasil Castilho Corval, comandante da Polícia Militar do Estado, declarou no seu depoimento do dia 15 de maio de 1997 perante a CPI da Assembléia Legislativa que investigava a violência policial que tal resolução tinha sido tomada à instâncias de uma promotora da Justiça Militar:

"Bom, a determinação de novembro (*sic*) a que V. Exa. se refere sobre a questão da averiguação, a Polícia Militar tem trabalhado, pelo menos na minha gestão muito ao lado do Ministério Público militar. A promotora da Auditoria Militar acompanha todo o trabalho da Polícia Militar nessa área; fiscaliza os quartéis, os xadrezes existentes nas unidades, fiscaliza todas as ações que são desenvolvidas e isso aqui foi baixado até por orientação da própria promotora da Auditoria mostrando que não havia necessidade de se instaurar IPM para todas as situações. Então, que se deveria instaurar uma averiguação e, na medida em que aquela averiguação mostrasse a necessidade da instauração do IPM, seria feito IPM como nós temos realizado. Então essa é a razão dessa norma que foi baixada em novembro (sic) de 1995."

Em suma, esta irregularidade conta com o apoio não apenas das altas hierarquias policiais e da Secretaria de Segurança Pública, mas aparentemente também com a do Ministério Público militar.

4.3.2 O pedido de arquivamento dos promotores na fase de inquérito baseado em excludentes de criminalidade

O inquérito policial concluído é remetido ao Ministério Público, que é a instituição pertencente ao Poder Executivo que representa, para fins penais, o interesse social na persecução criminal. Pode o Promotor de Justiça, então, ter uma das seguintes condutas:

a) requerer ao Juiz o arquivamento do inquérito;

b) requisitar à autoridade policial novas diligências e investigações para o melhor esclarecimento dos fatos; ou

c) oferecer denúncia.

O arquivamento de um inquérito policial só se justifica nas seguintes hipóteses:

a) quando estiver extinta a punibilidade do crime (por exemplo, pela prescrição ou pela morte do "indiciado", que é como se denomina o autor do crime na fase investigatória);

b) quando o fato apurado no inquérito evidentemente não constituir crime. Isto significa que o fato não pode ser adequado a um tipo legal de ilicitude. No que nos interessa, significaria negar que alguém foi morto por uma outra pessoa (inexistência do tipo penal que prevê a conduta "Matar alguém" – artigo 121 do Código Penal); ou

c) quando estiverem completamente esgotadas as possibilidades de determinar-se a autoria ou a materialidade do fato. Por materialidade entenda-se, em hipóteses de homicídio, prova da morte de alguém. O arquivamento do inquérito policial com base no presente item significa ter-se chegado a um ponto, nas investigações, em que tudo indica ser inútil o seu prosseguimento. Este arquivamento se opera sem prejuízo de que surjam novas propostas no futuro, hipótese em que ocorrerá o desarquivamento do inquérito policial.

Convém também que se saiba quais são os pressupostos para o oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público. A denúncia é a petição inicial da ação penal pública. Com o seu recebimento por parte de um juiz está instaurada a ação penal, que terminará com a sentença de absolvição ou condenação dos denunciados, agora denominados "acusados" ou "réus", a menos que ocorra uma causa de extinção da punibilidade no decorrer do processo judicial.

A denúncia é uma proposta de prova. Assim, ao denunciar alguém, propõe-se o órgão acusatório a demonstrar, com as provas que for produzir no curso do processo, que estarão presentes, no momento da sentença, e acima de qualquer dúvida razoável, todos os pressupostos legais para punir-se o acusado. Ou seja: não é preciso que o Estado (Ministério Público) tenha, no momento da denúncia, a prova plena do cometimento de um delito por parte do cidadão acusado.

Para o oferecimento da denúncia basta que o Ministério Público tenha a sua disposição, segundo os termos da lei processual penal brasileira, apenas duas circunstâncias, a saber:

a) indícios de autoria; e

b) prova da materialidade do crime.

Em se tratando de homicídio, basta ao Ministério Público ter, portanto, indícios de que o denunciado é o agente do delito, e a prova de que uma ou mais pessoas morreram em decorrência da ação homicida daquele. Quanto aos partícipes (pessoas que, sem realizar diretamente a conduta de "matar alguém", contribuem causalmente para que alguém mate a vítima), poderão eles ser também denunciados, desde que o Promotor de Justiça tenha, além da prova da materialidade, os indícios da participação da pessoa na ação homicida de outrem.

Importante anotar que eventuais provas ou indícios de excludentes da antijuridicidade não podem ser levados em conta para fazer com que o Ministério Público deixe de denunciar quem quer que seja. Em outras palavras, eventuais indicações, colhidas no inquérito policial, no sentido de que o autor do fato tenha, por exemplo, atuado em legítima defesa ou em exercício regular de direito, não servem para justificar omissão do órgão acusatório em oferecer denúncia.

As razões que estão por trás deste princípio são as seguintes. Em primeiro lugar, a apuração policial não é jamais suficiente para que se a tenha como elemento definitivo de julgamento de um fato. Pode a prova do inquérito policial, por exemplo, ter sido feita com favorecimentos para o indiciado. Em segundo lugar, o Promotor de Justiça estaria usurpando a função do Magistrado se pudesse arvorar-se a determinar, no momento ainda da superficialidade do término da investigação policial, que alguém não será submetido às barras do Tribunal porque teria atuado justificadamente (por legítima defesa, ou qualquer outra causa legal de excludência da ilicitude da conduta).

Ou seja: nos termos de nossa lei processual, ainda que o órgão acusatório esteja plenamente convencido de que o autor de um homicídio tenha atuado, por exemplo, em estado de necessidade (que é outra circunstância excludente

da ilicitude), deverá obrigatoriamente oferecer a devida denúncia, para que se perfaça o veredito final pelo órgão jurisdicional (o Juiz ou o Tribunal).

Estes princípios entram em total contradição com os procedimentos observados na Justiça Militar do Estado do Rio de Janeiro, onde os promotores costumam pedir o arquivamento dos inquéritos por homicídios cometidos por policiais militares de serviço, alegando legítima defesa.

4.4 Alguns casos exemplares

4.4.1 Operação policial no morro do Zinco no dia 1 de junho de 1994 que resultou em uma vítima mortal

O Registro de Ocorrência da polícia, intitulado "Auto de Resistência", descreve que os policiais receberam ordem de seguir para o morro do Zinco a fim de localizar um automóvel e seus ocupantes, utilizado num roubo momentos antes. Ao entrarem numa travessa do morro foram recebidos a tiros, reagindo para protegerem suas vidas. Em decorrência deste confronto foi atingido um indivíduo, encontrado agonizante ao lado de uma carabina (apreendida). Foi providenciado socorro numa rádio patrulha para o Hospital Souza Aguiar, onde veio a falecer. Na operação, além da vítima, foi detido um suposto assaltante de carro-forte.

No entanto, o laudo cadavérico apresenta três tiros: dois no tórax, sendo que um deles à queima-roupa; e outro no pescoço, levantando fortes suspeitas de execução sumária.

O IPM foi conduzido no sentido de implantar dúvida quanto à autoria da morte. Na conclusão, afirma-se expressamente que o fato teria sido praticado por "elementos não identificados", sugerindo-se, por conseguinte, que a competência para o julgamento seria da Justiça comum, e não da Justiça Militar. Todavia, o promotor da Auditoria Militar Marcos Ramayana propôs por um fim imediato no inquérito, sob o argumento de ter havido legítima defesa na atuação dos policiais – conclusão esta que contrariou os termos do próprio IPM, mas que significou um ponto final no feito. O requerimento do MP foi ilegal, pois não lhe é permitido, nesta fase processual, concluir pela ocorrência de causa excludente da ilicitude. A obrigação seria a de obter-se melhores elementos de prova sobre a autoria, para então denunciar e dar início ao processo judicial. No entanto, o inquérito não recolhe qualquer depoimento da outra pessoa suspeita que foi presa na operação. Também não aparece no inquérito prova pericial balística para comprovar a autoria dos disparos.

4.4.2 Intercepção de policiais militares a um veículo presumivelmente roubado no túnel de Joá no dia 9 de dezembro de 1994, que produziu duas vítimas mortais

O Registro de Ocorrência, intitulado "Recuperação de Auto Roubado-Troca de tiros com evento de Morte", relata que os policiais foram avisados de um

roubo de carro na Lagoa e perseguiram o veículo até interceptá-lo no túnel de Joá, onde houve troca de tiros, interrompendo a fuga. Duas pessoas foram feridas e um terceiro ferido conseguiu fugir. Uma das vítimas mortais foi socorrida pelos policiais que intervieram na operação e a outra foi encontrada por outros policiais militares na saída do túnel para a Barra da Tijuca. As duas foram levadas para o hospital e faleceram.

No entanto, os laudos cadavéricos mostravam o seguinte:

a) a primeira vítima apresentava quatro disparos frontais no tórax, sendo que dois deles bem próximos e à queima-roupa.

b) a segunda vítima apresentava três disparos no lateral da cabeça, um deles à queima-roupa.

No inquérito, os policiais declararam que houve troca de tiros durante a perseguição, apesar do qual a viatura policial não foi atingida por nenhum disparo. Afirmaram também que os opositores tinham armamento pesado, uma metralhadora, que ficou nas mãos da pessoa que logrou fugir. Não se explica como é possível que, tendo recebido um disparo a curta distância, a segunda vítima fosse encontrada do outro lado do túnel por policiais que não participaram da operação.

A perícia de balística não esclarece se a arma supostamente encontrada junto com os suspeitos tinha sido usada.

A informação que domina a apuração é a que diz respeito ao crime praticado anteriormente pelas vítimas – roubo de carro – como se isto conferisse aos policiais algum direito adicional a matar os opositores. Os disparos à queima-roupa, especialmente na lateral da cabeça, são sinais muito claros de execução. Ninguém cuidou disso nas investigações, nem o Ministério Público se interessou em compreender a mecânica dos fatos. Ao que tudo indica, as vítimas foram dominadas e executadas friamente. Apesar disso, o promotor Gianfilippo Pianezzola requereu e obteve o arquivamento afirmando, de forma ilegal como já foi explicado, que os policiais teriam agido em legítima defesa.

4.4.3 Uma incursão do Batalhão de Choque ao Morro Jorge Turco no dia 3 de fevereiro de 1995, com o resultado de um morto

O Registro de Ocorrência, intitulado "Auto de Resistência", descreve que policiais do BOPE e do Batalhão de Choque entraram no Morro Jorge Turco em Coelho Neto e trocaram tiros com alguns elementos, sendo um deles ferido e socorrido para o Hospital Carmela Dutra, onde faleceu. Com a vítima foi arrecadada uma pistola calibre 9 mm, municiada com seis cápsulas intactas.

O laudo cadavérico mostra um disparo no braço e mais quatro disparos, feitos à queima-roupa, no abdômen.

O inquérito não recolheu qualquer tipo de investigação militar, conforme constatou a própria promotoria. Encontra-se apenas o Inquérito Civil, que a Central de Inquéritos mandou para a Auditoria Militar. A promotora da Justiça Militar, Gizelda Leitão Teixeira, solicita o laudo cadavérico da vítima que estava faltan-

do. Porém, mesmo sendo identificados disparos à queima-roupa, a promotora encaminhou pedido de arquivamento. Note-se que a promotora da Justiça comum Vânia Borsotto Machado Monteiro, na sua manifestação de que o caso era competência da Justiça Militar, também veio a afirmar que teria havido "agressão injusta" por parte da vítima, configurando assim a legítima defesa alegada posteriormente pelo Ministério Público da Auditoria Militar. Esta alegação, como já foi explicado, é irregular nesta fase processual. Os disparos à queima-roupa contradizem claramente o depoimento dos policiais, que afirmam ter existido um intenso tiroteio contra a vítima enquanto esta se encontrava refugiada no interior de um barraco. Cessado o tiroteio, os policiais teriam entrado no barraco e encontrado a vítima ferida. Ora, se os policiais estavam fora e a vítima dentro, como se explicam os tiros à queima-roupa, e ainda mais no mesmo segmento anatômico? Por outra parte, um exame de recentidade de disparo na pistola apreendida teria permitido comprovar se ela foi usada ou não no episódio.

4.4.4 Perseguição de um carro suspeito no dia 11 de fevereiro de 1995 na Avenida Brasil que resultou na morte de quatro pessoas

O Registro de Ocorrência, intitulado "Auto de Resistência", relata que os policiais militares, depois de avistarem um automóvel com cinco pessoas suspeitas, resolveram persegui-lo. Na perseguição, os ocupantes do carro atiraram na polícia, que revidou. O carro capotou na altura da favela Vila do João e quatro dos cinco ocupantes saíram do automóvel atirando contra a polícia, sendo que o quinto ficou ferido dentro do carro. No tiroteio, três opositores foram perseguidos e baleados no confronto e um conseguiu fugir. Os quatro feridos foram levados para o hospital mas faleceram. Dois revólveres e uma metralhadora foram apreendidos.

O Inquérito Policial Militar, instruído pelo tenente André Silva de Mendonça, parabeniza os policiais por empreender uma perseguição a um carro suspeito depois de ter incursionado na favela Barreira do Vasco e afirma que o uso moderado das armas fica demostrado na ausência de feridos na "população civil". Todavia, parece festejar que os quatro "elementos" tenham sido "tirados do convívio com a população ordeira". Numa mistura de futurologia e criminologia improvisada, o instrutor explica o bom resultado da operação porque se os "elementos" não tivessem sido interceptados pelos policiais, "sabe-se lá do que seriam capazes".

No entanto, os laudos cadavéricos das quatro vítimas mostraram o seguinte:

a) a primeira vítima morreu com um disparo no ouvido.

b) a segunda vítima recebeu um disparo na face e outro no abdômen.

c) a terceira vítima sofreu um disparo na parte posterior da perna, que já a teria deixado imobilizada, e ainda dois disparos na face e dois no tórax. A vítima apresentava também escoriações na cabeça e uma ferida irregular com bordas escoriadas no antebraço direito que resultou em perda de partes moles.

d) a quarta vítima apresentava um disparo na cabeça e outro no tórax, ambos à queima-roupa. O disparo que entrou no tórax saiu na região glútea.

Em suma, três das quatro vítimas apresentavam disparos em regiões anatômicas muito próximas da face direita, e duas entre estas três mostravam disparos no abdômen ou no tórax. Uma destas vítimas recebeu dois tiros muito próximos da face direita. É difícil acreditar que feridas tão similares e precisas sejam resultado de intensa troca de tiros como afirmam os policiais. Porém, a quarta vítima é a que mostra sinais mais inequívocos de execução, com dois disparos à queima-roupa: um na cabeça e outro no tórax. Todavia, o disparo que entrou no tórax saiu pelo glúteo, revelando um ângulo de disparo de cima para baixo. Este ângulo é incompatível com uma vítima em pé ou em posição de combate. Portanto, o disparo foi desferido contra uma vítima que não estava combatindo, ainda mais considerando que foi feito à queima-roupa. O ângulo seria compatível, por exemplo, com uma vítima que estivesse ajoelhada.

Apesar de toda esta evidência, o promotor Marcos Ramayana pediu e obteve o arquivamento do caso, em uma forma processualmente irregular como já foi explicado.

4.4.5 Perseguição aos assaltantes de um banco em Ramos no dia 15 de outubro de 1993, que acabou com um policial ferido, uma pessoa acidentalmente ferida e um suposto assaltante morto

O Registro de Ocorrência, intitulado "Roubo a banco com evento de morte", descreve que dois policiais militares perseguiram os autores de um assalto contra a Caixa Econômica Federal, trocando tiros que feriram um dos policiais. Os assaltantes dispersaram-se, sendo que um deles embarcou num ônibus e foi seguido pelo outro policial. O homem desceu do ônibus e o policial, ao se aproximar, percebeu que estava baleado. Foi levado para o hospital, mas faleceu. Dois revólveres foram apreendidos.

O laudo cadavérico mostrou dois disparos, um no abdômen e outro, feito à queima-roupa, na região temporal da cabeça, disparo com todas as características de uma fria execução.

O IPM relata a versão dos policiais militares participantes segundo a qual, o tiroteio começou na saída da agência bancária e nele participaram, além dos policiais e dos opositores, algumas outras pessoas que estavam na fila do banco. Os assaltantes abordaram um carro e os dois policiais pararam um outro carro que passava para perseguir o carro dos assaltantes. Quando estes desceram do carro na rua Uranos, estabeleceu-se um novo tiroteio em que um policial foi ferido no abdômen. A maioria dos opositores fugiu para o outro lado da via férrea, mas um deles, já ferido, subiu num ônibus que transitava em direção a Penha. O policial seguiu o ônibus no carro até a Estação de Ramos, quando percebeu que o assaltante tinha descido e estava caído no chão, estando ainda com vida. Socorrido para o hospital por uma viatura do 22.º Batalhão que chegou, veio a falecer. O policial do 22.º Batalhão declarou que a vítima estava no chão, desarmada e gemendo muito, antes de ser socorrida.

O IPM conclui que os policiais utilizaram-se "moderadamente dos meios necessários para repelir a agressão". Ele não explica, no entanto, como é possível que uma pessoa com uma bala no crânio suba e desça de ônibus para, só então, cair no chão. Também não explica como uma pessoa com uma bala no crânio pode "gemer muito". Uma forma de explicar as contradições seria que o policial militar do 22.º batalhão viu a vítima realmente com vida antes de ser executada.

A promotora Laucy Esteves, com uma energia pouco comum nestes inquéritos, retorna os autos ao encarregado do IPM solicitando provas periciais. O laudo balístico deu um resultado inconclusivo, já que o estado dos projéteis retirados do cadáver não permitiu determinar qual foi a arma que os deflagrou. Por fim, a promotora Esteves ofereceu denúncia contra o policial por homicídio doloso (art. 205, II, §§ 2.º, 4.º e 6.º), isto é, acusou o réu de ter executado a vítima quando se encontrava no chão fora de combate (por causa do disparo no abdômen), em vingança pelos ferimentos ao seu companheiro. Portanto, este é um dos seis inquéritos que viraram processo.

A partir deste momento, não houve na ação penal qualquer empenho na obtenção de provas visto que nenhuma outra prova aparece coletada no processo. A representante do Ministério Público no julgamento, a promotora Gizelda Leitão Teixeira, pediu a absolvição do réu por considerar as provas "frágeis e inconclusivas", deixando de lado as gritantes evidências de que a vítima tinha sido executada. A defesa "ratificou integralmente" as considerações do Ministério Público. O acusado foi efetivamente absolvido.

5. Conclusões

A presente fase da pesquisa na Justiça Militar teve de proceder a uma busca demorada dos inquéritos no livro tombo da Auditoria Militar e, em seguida, no Arquivo Judiciário. A busca foi dificultada pelo fato de não existir qualquer número de registro comum a todas as instituições de segurança pública. A natureza dos registros limitou a pesquisa aos inquéritos arquivados ou aos processos julgados e arquivados, excluindo assim os inquéritos ou processos em andamento.

Como a procura começava no livro tombo pelo nome do policial, os casos em que não existia nome de policial registrado, aproximadamente 10% do total de episódios que envolviam a policiais militares, não puderam ser procurados. Estes casos correspondem fundamentalmente aos que procediam de registros de ocorrência de plantonistas de hospital.

Ao final do processo, um total de 301 casos foram encontrados, o que corresponde um para cada três casos procurados. A taxa de localização permanece constante desde 1993 até 1995 e diminui só no ano de 1996. A proporção de casos localizados é muito mais alta para os episódios com vítimas mortais do que para aqueles que resultam em feridos. Aproximadamente 44% dos casos com opositores mortos procurados foram encontrados. Isto é, a taxa de localização é maior para os casos mais graves.

Comparados os casos encontrados com os não localizados em várias dimensões relevantes, não foram encontradas diferenças significativas entre ambos. Em

princípio, pode-se concluir que não existe nenhum viés aparente no processo de localização dos casos e que, portanto, os casos encontrados representam um subconjunto representativo do total.

Um de cada três casos foi iniciado com uma Averiguação ou Sindicância, ao invés do Inquérito como é preceptivo. O Código de Processo Penal e o Código Penal Militar contemplam exclusivamente o inquérito policial, sempre que existam indícios de ter acontecido um crime. Esta irregularidade, amparada por uma nota interna da PM, abre a porta a outras mais graves, pois permitiria que a autoridade policial encerrasse a investigação sem prestar contas a nenhuma instância judicial. Isto ocorre porque o exame por parte do Ministério Público restringe-se ao inquérito policial, que, através do artifício da Sindicância ou da VPI, sequer é instaurado.

Do total dos 301 inquéritos encontrados, 295 (98%) foram arquivados sem que o promotor chegasse a oferecer denúncia. Todavia, em muitos destes casos o promotor pede arquivamento baseado em excludentes de ilicitude na conduta dos agentes, normalmente legítima defesa ("repelir a injusta agressão"). Ora, o promotor está legalmente obrigado a oferecer denúncia se tiver prova da materialidade do crime e indícios da sua autoria, deixando para a fase processal a consideração das excludentes de ilicitude. Corresponde ao juiz a avaliação final de tais excludentes. Assim agindo, o promotor arvora-se competências que correspondem ao juiz, e parece constituir mais um elemento da defesa do que da acusação.

A maioria dos pedidos de arquivamento são feitos por um pequeno número de promotores da Auditoria Militar. A média de tempo transcorrido entre os fatos e o arquivamento é de nove meses e meio.

Uma análise das provas contidas nos Inquéritos Policiais Militares, lavrados normalmente por oficiais de maior patente do mesmo batalhão dos indiciados, revela uma escassez relativa de provas técnicas. A perícia de local aparece em apenas 12 casos, sendo que em três deles ela não feita pelo Instituto Carlos Éboli, mas por órgãos da própria PM. A prova técnica mais comum é o laudo cadavérico, presente na ampla maioria dos casos, mas não em todos. Com menor freqüência, encontram-se também perícias de balística e de entorpecentes. Não foi registrada nenhuma perícia dos resíduos de pólvora nas mãos das vítimas, que poderia ter ajudado a esclarecer se elas estavam realmente participando em um confronto armado. Da mesma forma, não apareceu nos inquéritos nenhuma fotografia dos cadáveres. Todavia, a maioria dos inquéritos (62%) contém os depoimentos apenas dos policiais militares envolvidos, muitos dos quais, pela sua condição de indiciados, não estão legalmente obrigados a dizer a verdade. E muitos dos casos que incluem depoimentos de civis referem-se a testemunhos indiretos, pois não correspondem a pessoas que viram diretamente o crime apurado (homicídio ou lesões). Na realidade, é difícil imaginar a vítima de um abuso policial ou seus familiares indo declarar no próprio batalhão em que o acusado presta serviço.

A existência de indicadores do uso excessivo da força em muitos casos, entre eles o alto número de disparos, os disparos pelas costas ou na cabeça, não impediram os promotores de pedirem o arquivamento dos mesmos, muitas vezes ale-

gando legítima defesa. Inclusive fortes indícios da existência de execuções sumárias, como as lesões não relativas a disparos e, especialmente, os disparos à queima-roupa, foram deixados de lado pelos promotores que pediram o arquivamento. Um total de 13 casos que apresentavam vítimas fatais com disparos à queima-roupa foram arquivados sem o oferecimento de denúncia.

Os seis inquéritos que deram origem a denúncia não parecem, em princípio, ser necessariamente os mais graves. Dois correspondem a lesões e um a homicídio culposo ou não intencional. Apenas três referem-se a denúncias por homicídio doloso e, entre eles, só um apresenta um disparo à queima-roupa. Nenhum deles aconteceu em favelas, apesar do fato de que, como foi demostrado na fase anterior da pesquisa, a polícia produz mais mortes e a sua letalidade é muito maior nas ações nos morros da cidade.

Nos seis julgamentos, os promotores pediram a absolvição dos réus devido a "falta de provas" ou a "fragilidade" das mesmas, e as defesas "ratificaram integralmente as palavras do Ministério Público". Em conseqüência, os seis julgamentos resultaram na absolvição dos réus, inclusive o processo do disparo à queima-roupa. Com efeito, o promotor de um dos casos argumenta que os disparos "não foram à queima-roupa" como prova da falta de intenção de matar de parte dos policiais. No entanto, nos casos em que houve de fato disparos à queima-roupa, os promotores não parecem fazer uso deste elemento na acusação.

Em suma, considerando tanto os arquivamentos quanto as absolvições, a conclusão final é que não foi encontrado um único caso em que um policial militar fosse condenado pelas mortes e ferimentos a civis, nem sequer quando existiam fortes indícios de execução como disparos à queima-roupa. Isto não significa que não possa existir algum caso, já que nem todos os casos foram encontrados na busca realizada, mas é estarrecedor que vários casos em que tudo indica que a vítima foi executada acabem na mais completa impunidade. Por outra parte, é digno de menção o fato de que, nos casos que chegam a julgamento, as defesas apenas precisaram concordar com a versão do Ministério Público.

Um exame mais demorado de alguns inquéritos mostra um panorama altamente preocupante. Os inquéritos policiais militares apresentam todos uma grande similaridade, feitos da mesma forma e usando sempre a mesma terminologia ("injusta agressão", "uso moderado das armas" etc.), baseados, na maioria dos casos, na versão exclusiva dos indiciados. As provas técnicas são limitadas e não estão sempre presentes. Em muitos casos, testemunhas civis parecem simplesmente não ser chamadas; em outros, grosseiras contradições entre as versões das testemunhas não são esclarecidas. Disparos à queima-roupa são simplesmente ignorados. Via de regra, a conclusão dos inquéritos parece ser, invariavelmente, a mesma, independentemente das características do fato e das provas técnicas apresentadas.

O conjunto dos inquéritos policiais militares deixa assim a impressão de um grande ritual, recheado de formalidades mas com um conteúdo limitado e estereotipado. Os inquéritos aparecem mais como um requisito burocrático, que consome tempo e recursos consideráveis, do que como uma tentativa genuina de se apurar o que aconteceu para poder punir os possíveis crimes cometidos.

É possível encontrar também encarregados de inquérito que parecem felicitar-se pelas mortes das vítimas, percebidas como "inimigos" cuja eliminação, portanto, seria um benefício para a sociedade. Esta ideologia de "limpeza social" esquece que a morte de um opositor em uma ação policial determinada pode ser inevitável, mas é sempre um fato lamentável que mostra a incapacidade do estado de exercer o controle social com meios mais moderados.

Se a instrução do inquérito aparece como um ritual, os promotores parecem também pedir ritualmente, salvo excepções, o arquivamento dos inquéritos, concordando sistematicamente com a versão da legítima defesa dos indiciados. Nos poucos casos encontrados em que é oferecida denúncia, o próprio Ministério Público no julgamento acaba pedindo a absolvição dos réus, relegando a defesa ao papel de ratificar a posição da acusação. Por sua parte, os juízes auditores também parecem aceitar ritualmente os arquivamentos, pois não houve um único caso, entre os 295 que foram encaminhados para o arquivamento pelo Ministério Público, em que o juiz recusasse o pedido do promotor.

Não existem nunca testemunhas que ousem contradizer explicitamente a versão oficial, dessa forma há, somente, as provas técnicas a oferecer o seu testemunho mudo. Não fossem os laudos cadavéricos, seria difícil documentar ou inclusive perceber a gritante contradição existente em alguns casos entre a verdade judicialmente aceita e o que deve ter acontecido na realidade.

Seria importante realizar uma pesquisa específica para poder avaliar em que medida o desempenho dos promotores possa ser explicado por diferentes causas. Entre as possíveis causas estariam: a) ausência de provas técnicas e medo das testemunhas para declarar; b) deficiências na instrução do IPM por parte dos encarregados; c) omissão dos promotores ou parcialidade em favor dos policiais indiciados.

Os resultados globais deste estudo apontam para a conclusão de que a Justiça Militar é incapaz de controlar e punir os abusos na utilização da força letal por parte dos policiais militares e os crimes que possam ser cometidos no uso da mesma.

Isto não quer dizer que todos os casos contemplados na pesquisa correspondam a abusos policiais. É óbvio que devem existir, entre eles, muitos casos de policiais que fizeram um uso legítimo e moderado das armas para proteger vidas humanas, como era o seu dever. No entanto, um dos efeitos perversos da incapacidade do estado de investigar realmente a conduta dos seus agentes é a impossibilidade de separar os casos de uso legítimo da força dos abusos cometidos com a mesma, deixando um ar de suspeita sobre o conjunto de casos que recebe um tratamento legal indiferenciado. O dia em que o estado conseguir uma investigação satisfatória será possível diferenciar: parabenizar os bons policiais e punir aqueles que cometem crimes.

Os resultados convalidam a resolução do legislador que em 1996 decidiu passar a jurisdição sobre os homicídios dolosos cometidos por policias militares para a Justiça Comum. É importante frisar que a lei 9.299 transferiu o julgamento destes homicídios dolosos para a Justiça Comum, porém não acabou com os inquéritos policiais militares para estes casos. Neste sentido, o inquérito conti-

nua sendo feito corriqueiramente no batalhão do policial indiciado. Todavia, esta reforma judicial não contemplou todos os objetivos do projeto original e deixou alguns delitos cometidos por policiais militares em serviço ainda sob a competência da Justiça Militar. Na medida em que estes resultados reflitam a dificuldade geral da Justiça Militar em punir os policiais, eles estariam apoiando uma extensão da transferência para a Justiça Comum de outros crimes cometidos por policiais militares. No entanto, a pesquisa infelizmente não contou com recursos suficientes para pesquisar os casos na Justiça Comum, pois teria sido extremamente interessante comparar o funcionamento dos dois tipos de justiça nestes casos e avaliar dessa forma o desempenho de cada uma em relação à outra.

Em qualquer caso, parece extremamente difícil conseguir a condenação de um policial pela Justiça Militar do Rio por homicídio ou lesões contra civis, a menos que a conduta tenha sido filmada ou exista algum outro tipo de evidência incontestável e de forte impacto na opinião pública. Quando surge uma evidência deste tipo, especialmente quando as vítimas não podem ser acusadas de nenhum crime,[9] as autoridades tentam conter prontamente a indignação popular prometendo uma apuração rigorosa e uma punição dos que resultarem culpados. Cobertas de razão, negam-se a uma punição sem uma apuração prévia. É obvio que a justiça e a administração em geral devem proceder com cautela e com todos os cuidados processuais. Nada poderia ser mais trágico que pessoas inocentes condenadas, sob o impacto apressado da indignação, por meras aparências. Eis uma das razões pelas quais a justiça é, em todo mundo, lenta e cautelosa. No entanto, as necessárias cautelas e o cumprimento dos princípios processais podem se converter numa farsa se ficam reduzidas a isso, a um grande estrutura procedimental que não possui a vontade ou o poder de apurar até o fim e punir os culpados. A vontade ou o poder de acabar com a impunidade.

[9] Lembre-se o recente caso em Fazenda Botafogo no dia 15 de outubro de 1998: Sidney Vieira Lima e sua família foram metralhados no seu carro pela polícia quando se dirigiram ao hospital para a sua mulher dar a luz. A mulher, o bebê que ia nascer e um filho do casal resultaram mortos.

7. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

7.1

JÚRI. NULIDADES. QUEBRA DA INCOMUNICABILIDADE DOS JURADOS E FORMULAÇÃO DE QUESITO SOBRE "INSUFICIÊNCIA DE PROVAS". CASO "ELDORADO DE CARAJÁS"

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO

SUMÁRIO: 1. Consulta: 1.1 Quesitos – 2. Parecer: 2.1 O júri nas Constituições brasileiras; 2.2 O sigilo das votações e a incomunicabilidade dos jurados como preceitos de dignidade constitucional; 2.3 A quebra da incomunicabilidade dos jurados no caso concreto; 2.4 A orientação jurisprudencial sobre o tema; 2.5 Conseqüência da quebra da incomunicabilidade: a nulidade do julgamento; 2.6 A aferição da vontade popular nos julgamentos pelo júri; 2.7 O questionário do júri no vigente Código de Processo Penal; 2.8 A errônea formulação dos quesitos no caso examinado; 2.9 A formulação de quesito em forma negativa; 2.10 Conseqüência processual da apresentação aos jurados de quesito sobre a insuficiência de provas: a nulidade do julgamento – 3. Respostas aos quesitos.

1. Consulta

O Dr. Juvelino Strozake, em nome do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra e dos advogados Nilo Batista, Carlos Guedes do Amaral Jr., Suzana Angélica Paim, Aton Fon Filho e Luiz Eduardo Greenhalgh, formula consulta, com pedido de parecer, encaminhando cópias relativas ao Processo-crime 786/96 do M. Juízo de Direito da 15.ª Vara Penal da Comarca de Belém, feito desaforado da Comarca de Curinópolis, Estado do Pará.

Pelo exame dos documentos enviados, verifica-se que em julgamento realizado nos dias 16 a 18 de agosto de 1999, o Tribunal do Júri daquela comarca houve por bem absolver os réus Mário Colares Pantoja, José Maria Pereira de Oliveira e Raimundo José Almendra Lameira da acusação da prática de lesões corporais que resultaram na morte de dezenove (19) vítimas, reconhecendo, por maioria de votos, a insuficiência de provas para a condenação.

Ainda segundo as peças examinadas, surgiram, durante o referido julgamento, duas questões processuais relevantes.

Primeira: na fase processual do artigo 478 do Código de Processo Penal, em que se faculta aos jurados solicitar esclarecimentos sobre questão de fato suscita-

da nos debates, o jurado Silvio Queiroz de Mendonça interpelou o Promotor de Justiça sobre o conteúdo de fita de vídeo exibida em plenário, fazendo afirmativa sobre fato relevante para a decisão da causa.

Segunda: o Meritíssimo juiz-presidente submeteu ao Conselho de Sentença dois quesitos relacionados à participação dos acusados nas ações imputadas: no terceiro quesito, indagou-se aos jurados se cada um deles concorrera com os demais acusados para a prática das lesões nas vítimas; no sexto quesito, foi perguntado se as provas dos autos eram insuficientes para a condenação. Feita a votação, os jurados *afirmaram*, por quatro votos, o terceiro quesito e *negaram*, também por quatro votos, o sexto.

À vista disso, formula o ilustre consulente as seguintes indagações.

1.1 Quesitos

1. Na sessão de julgamento pelo júri, é possível a um dos jurados expressar, de público, a conclusão que tirou de prova produzida em plenário?

2. Na hipótese examinada, a afirmação feita pelo jurado Silvio Queiroz de Mendonça a respeito de fatos que observou em fita de vídeo exibida caracteriza quebra da incomunicabilidade?

3. Quais as providências legais a serem adotadas pelo juiz-presidente nessa situação?

4. Qual a conseqüência processual da omissão do magistrado na adoção de tais providências?

5. Apresentada pela defesa a tese de negativa de participação dos acusados nos fatos, por insuficiência de provas, quais os quesitos que devem ser formulados a respeito?

6. No caso tratado, a apresentação aos jurados do sexto quesito "As provas contidas nos autos são insuficientes para a condenação do réu?" foi regular? Por quê?

7. Qual a conseqüência processual de eventual irregularidade?

8. Ainda no mesmo caso, tendo a maioria dos jurados afirmado que "o réu... concorreu com os demais acusados para a prática das lesões nas vítimas?" (terceiro quesito) e, depois, negado o mencionado sexto quesito, qual a conseqüência processual que disso se extrai?

Honrado com a solicitação, passo a emitir o meu parecer.

2. Parecer

2.1 O júri nas Constituições brasileiras

O Tribunal do Júri é seguramente a mais antiga, tradicional e duradoura de nossas instituições judiciárias.

Introduzido no Brasil pela Lei de 18 de junho de 1822 para julgamento dos crimes de imprensa, o júri foi acolhido pela Carta Imperial de 1824 como órgão do Poder Judicial (art. 151) e teve, em seguida, seus contornos essenciais definidos pelo Código de Processo Criminal de 1832; assim foi recebido pela primeira Constituição republicana de 1891, que no seu art. 72, § 31, determinava: "é mantida a instituição do júri".

Essa redação levou João Mendes Júnior a afirmar: "a Constituição quis manter a instituição do júri, tanto para a jurisdição federal, como para as jurisdições estaduais, tal como estava no tempo do Império. Assim, os Estados, desde que mantivessem as formas da instituição e as formas da constituição, podiam, quanto às formas assistentes, ou simplesmente regulamentares, fazer alterações".[1]

A mesma idéia de *permanência* dos traços essenciais da instituição voltou a ser ressaltada pelos textos constitucionais de 1934 (art. 72: "é mantida a instituição do júri, com a organização e as atribuições que lhe der a lei"), 1946 (art. 141, § 28: "é mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja ímpar o número de seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude de defesa do réu e a soberania dos veredictos"), 1967 (art. 150, § 18: "são mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida") e 1969 (art. 153, § 18: "é mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida").

A Constituição de 1988, da mesma forma, estabelece em seu art. 5.°, inc. 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".

Dessas repetidas disposições, ao longo de todas as épocas de nossa história constitucional, ressalta a evidente obstinação em se assegurar um verdadeiro *modelo* de julgamento popular, cujos contornos fundamentais são inseparáveis da própria noção de Tribunal do Júri.

2.2 O sigilo das votações e a incomunicabilidade dos jurados como preceitos de dignidade constitucional

Dentre tais características essenciais ao funcionamento da instituição, que no ordenamento brasileiro estão elevadas à condição de garantias constitucionais, interessa aqui examinar particularmente a do *sigilo das votações*, mencionada de forma expressa pela Lei Maior, e à qual se liga outra não menos importante, que é a da *incomunicabilidade* dos jurados, sempre consagrada nos estatutos processuais.

A íntima correlação entre tais garantias do correto julgamento popular sempre foi sublinhada pela melhor doutrina.

(1) João Mendes de Almeida Júnior. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. II, p. 379.

João Mendes Júnior já arrolava, como formas fundamentais à instituição que, por isso, não poderiam ser modificadas pelo legislador ordinário, sem postergação da garantia do art. 72, § 31, da Constituição de 1891, *o voto secreto e a incomunicabilidade do conselho de julgamento*.[2]

No mesmo sentido, Firmino Whitaker, em clássica monografia, depois de indicar os traços característicos da instituição, ressaltava expressamente que para o atendimento de tais condições a lei estabelecera *a incomunicabilidade dos jurados constituídos em tribunal* e *o voto secreto, que evita seduções e fraquezas*;[3] pois, *exigindo a incomunicabilidade, pretendeu garantir a independência dos jurados e a verdade das decisões*.[4]

Isso porque, como limpidamente sublinhou Magarinos Torres, "o que a lei quer do jurado é que ele decida por si, sem influências estranhas, e nisto consiste a excelência do Júri, composto de cidadãos dignos, dando o máximo de atenção cada um (por desconhecer e não confiar nos companheiros), e decidindo por maioria de votos, que apurará, assim, a média do bom senso, sem embargo da divergência de opiniões, natural, da sociedade".[5]

Não é outra, por sinal, a opinião da doutrina mais moderna, como ressalta textualmente Hermínio Marques Porto: "incomunicabilidade e sigilo são previstos como proteção à formação e manifestação, livres e seguras, do convencimento pessoal dos jurados, pela incomunicabilidade protegidos de eventuais envolvimentos para arregimentação de opiniões favoráveis, ou desfavoráveis, ao réu, e pelo sigilo das votações tendo garantia do resguardo da opinião pessoal e individual (...)".[6]

Daí ser possível afirmar que tanto a quebra da incomunicabilidade como a do sigilo da votação constituem violação de formalidades que desnaturam o próprio julgamento popular, retirando-lhe aquilo que lhe é mais essencial: a liberdade e a independência na formação da vontade decisória do cidadão chamado a exercer excepcionalmente a função jurisdicional.

E a lei processual cerca a incomunicabilidade dos jurados de especial proteção.

Assim, no art. 458, § 1.°, CPP, determina-se ao juiz que, antes do sorteio, advirta aos jurados convocados que, uma vez sorteados, *não poderão comunicar-se com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do conselho e multa, de duzentos a quinhentos mil-reis.*

Com a mesma finalidade, no art. 476, CPP, ao tratar-se da consulta dos autos pelos jurados, também exige-se a presença do juiz *para evitar a influência de uns sobre os outros.*

(2) Idem, p. 380.

(3) Firmino Whitaker, Jury (Estado de S. Paulo). 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1930. p. 4.

(4) Idem, p. 82.

(5) Magarinos Torres. *Processo penal do jury no Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1939. p. 134.

(6) Hermínio Alberto Marques Porto. *Júri*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1994. p. 54-55.

E, igualmente, no art. 564, inc. III, alínea *j*, inclui-se entre os casos de nulidades expressamente previstas, o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e *sua incomunicabilidade*.

2.3 A quebra da incomunicabilidade dos jurados no caso concreto

Na situação versada pela consulta, segundo noticiam as peças examinadas – e como, aliás, foi amplamente noticiado pela imprensa nacional –, houve aberta e escancarada violação das regras da incomunicabilidade e do sigilo da votação quando o jurado Silvio Queiroz Mendonça, na fase do art. 478 do CPP, de público, fez diversas considerações sobre material probatório exibido em plenário.

De fato, consigna a ata de julgamento: "Encerrados os debates o Juiz indagou dos jurados se estavam em condições de julgar a causa ou necessitavam de mais esclarecimentos, tendo o jurado Sílvio Queiróz Mendonça solicitado a reexibição da fita K7 em relação ao conflito, acostada aos autos, o que foi deferido pelo MM. Juiz, solicitando ainda o esclarecimento de algumas dúvidas. Nesse interím o jurado fez várias perguntas, dentre elas o RPM solicitou que constasse em ata a seguinte: 'Se quando começa a exibição das imagens da TV Liberal e que são escutados os primeiros tiros, não poderia ser dos sem-terra atacando a tropa do Cel. Pantoja, no ponto do conflito, *pois agora está comprovado que havia sem-terra armado no começo do conflito?*' (grifei) – O jurado pediu que o Promotor manifestasse a sua opinião o que foi indeferido pelo Juízo pois implicaria em reabrir espaço para tecer comentários sobre a denúncia, uma vez que os debates foram encerrados (...)" (fls. 8.542 dos autos).

Evidente, assim, que ao formular indagação ao representante do Ministério Público, na qual inseriu explicitamente a afirmação "agora está comprovado que havia sem-terra armado no começo do conflito", o referido jurado expressou inferência pessoal, relacionada ao próprio mérito da causa discutida perante o júri, que por sinal se ajustava integralmente com a linha de argumentação sustentada pela defesa.

O que a lei permite ao jurado, segundo a previsão do parágrafo único do mencionado dispositivo, é simplesmente a *solicitação* de novos esclarecimentos *ao juiz*, cabendo a esse dá-los ou determinar que o escrivão os dê, à vista dos autos.

Aliás, nem mesmo ao juiz é dado externar, nesse ou em qualquer outro momento processual, a sua *opinião* sobre a matéria discutida no plenário, pois a convicção de cada jurado deve constituir resultado exclusivo da apreciação livre e independente do material probatório produzido e dos argumentos trazidos pelo debate contraditório entre a acusação e a defesa.

Trata-se, pois, no caso examinado, de situação anormal em que o jurado se transmudou em advogado de defesa, extraindo conclusão sobre a prova produzida e pretendendo debater com o promotor de justiça; com isso, passou a exercer influência proibida pela lei sobre os demais membros do Conselho, justamente a respeito de ponto essencial para a decisão da causa.

2.4 A orientação jurisprudencial sobre o tema

Tão inusitada é a ocorrência que na jurisprudência de nossos tribunais costuma ser freqüente a menção a situações em que se discute comunicação entre jurados, mas relacionadas quase sempre a conversas sem importância para a deliberação popular.[7]

Não é única nos anais forenses, no entanto, situação como a dos autos: no julgamento da Apelação Criminal 3.072, da comarca de Campo Grande, o Egrégio Tribunal de Justiça do Mato Grosso defrontou-se com hipótese praticamente idêntica.

Segundo se colhe do texto do v. acórdão publicado pela *Revista dos Tribunais*, n. 469, p. 387-388, naquele recurso discutiu-se justamente acerca de manifestação feita por jurado durante inquirição de testemunha, assim relatada: "durante o julgamento do ora apelado, o Dr. Promotor de Justiça, ao formular, através do Juiz, uma pergunta à testemunha Dário Sorilha Nantes, com referência a pancada que a vítima levara na cabeça e ao receber resposta afirmativa de que, de fato, a vítima lhe havia segredado tudo o que anteriormente constara de seus depoimentos na Polícia e em Juízo, incriminando sobremaneira o réu, o jurado Mário Pedro de Cerqueira Caldas, após ser inquirido pelo Presidente, exclamara: 'Isso é um absurdo, com o que diz o laudo médico a vítima não poderia pronunciar palavra alguma'."

A solução encontrada por aquela Egrégia Corte foi a anulação do julgamento, ficando consignado textualmente no voto do relator: "(...) a lei quer que o jurado decida por si, sem qualquer influência estranha, o que não aconteceu no presente caso, eis que a resposta do jurado Mário Pedro de Cerqueira Caldas perturbou, porque de inopino, e influenciou os demais, conforme positiva o resultado do julgamento que entendo, mesmo sem esse comportamento proibido do jurado, citado, poderia, perfeitamente ser idêntico. Se a mera tentativa de explicação de quesito por parte de um jurado, se não obstada, a tempo, quebra a incomunicabilidade gerando nulidade do julgamento, com maiores razões aquela afirmação que causou perplexidade ao órgão da acusação e inquestionavelmente tirou dos demais jurados justamente aquilo que a lei quer: que cada um decida por si sem qualquer influência estranha."

(7) "A incomunicabilidade que a lei quer assegurar diz respeito ao mérito do julgamento e tem como objetivo impedir que o jurado exteriorize sua forma de decidir e venha influir, quer favorecendo, quer prejudicando, qualquer das partes" (TJSP, rel. Weiss de Andrade, *RT* 432/299). "A lei processual penal não exige que o jurado permaneça mudo durante o horário destinado às refeições. O que se exige é que o jurado não se manifeste sobre os fatos referentes ao processo em julgamento" (TJDF, rel. Waldir Meuren, *DJU* 30.4.84, p. 6401). "A incomunicabilidade dos jurados tem por objetivo assegurar a independência dos juízes populares e a verdade da decisão. Não se pode exigir, porém, que a incomunicabilidade absoluta se estenda até o momento em que os jurados estão em sessão, mas em recesso, desde que a comunicação não se refira ao fato em julgamento" (STF, rel. Alfredo Buzaid, *RT* 571/422 e *RTJ* 104/1267).

A hipótese retratada na consulta é exatamente a mesma: ao referir-se de público às imagens mostradas na fita de vídeo e fazer comentários sobre a prova exibida, externando a conclusão que tirara da mesma, o jurado Silvio Queiroz de Mendonça, além de revelar o seu próprio convencimento, infringindo a regra constitucional que consagra o *sigilo das votações*, criou situação de influência anômala sobre o espírito dos companheiros de Conselho, impossibilitando que cada um decidisse por si, exclusivamente com base nas provas dos autos e na argumentação oferecida pelas partes durante os debates em plenário.

2.5 Conseqüência da quebra da incomunicabilidade: a nulidade do julgamento

Como visto, claríssimas são as prescrição do Código de Processo Penal a respeito da violação da incomunicabilidade dos jurados.

Com efeito, determina o art. 458, § 1.°, CPP, a própria *exclusão* do Conselho, acrescentando a cominação de multa de duzentos a quinhentos mil-réis.

De outro lado, trata-se de caso de nulidade expressamente cominada pelo art. 564, inciso III, alínea *j*: "A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: (...) III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: (...) j) o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade"; cuida-se, ainda, de *nulidade absoluta*, por duas razões.

Em primeiro lugar, por não estar arrolada entre as hipóteses do art. 572 do CPP, em que a lei processual admite o saneamento da irregularidade pela não argüição oportuna e diante da falta de prejuízo.

Aliás, no caso, ainda que se tratasse de situação contemplada no mencionado dispositivo legal, a alegação oportuna pelo representante do Ministério Público e o evidente prejuízo, constatado pelo próprio resultado do julgamento, afastariam qualquer dúvida quanto à imperiosidade do reconhecimento do vício.

Sob um segundo aspecto – e principalmente – a irregularidade em questão importa em *nulidade absoluta* porque macula a própria liberdade de convicção dos integrantes do Conselho de Sentença, infringindo princípios essenciais da própria instituição do júri que, como visto inicialmente, possuem dignidade constitucional.

É que, *sendo a norma constitucional-processual norma de garantia, estabelecida no interesse público, o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre absolutamente nulo, devendo a nulidade ser decretada de ofício.*[8]

2.6 A aferição da vontade popular nos julgamentos pelo júri

Passando ao exame do segundo tema suscitado na consulta – votação de quesito sobre insuficiência de provas – torna-se necessário esclarecer, antes, o mecanismo de manifestação da vontade popular nos julgamentos do Tribunal do Júri.

(8) Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho. *As nulidades no processo penal.* 6. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 23.

Observa-se, a propósito, que dois são os sistemas conhecidos nas legislações para obter-se o *veredicto* dos jurados: no sistema inglês, indaga-se singelamente ao júri se o réu é culpado ou inocente (*guilty or not guilty*), resultando da resposta a condenação ou a absolvição; já no sistema francês, são apresentadas ao jurados indagações diversas a respeito dos vários *fatos* que foram objeto de controvérsia entre as partes (quesitos), extraindo-se das diferentes respostas a conclusão do julgamento.

No Brasil, ao tempo do Código de Processo Criminal do Império (1832) adotou-se modelo de julgamento que mais se aproximava do sistema inglês, pois naquele diploma deveriam os jurados responder somente a cinco questões: "se existe um crime no facto ou objeto da acusação"; "se o acusado é criminoso"; "em que grau de culpa tem incorrido"; "se houve reincidência (se disso se tratar)"; "se há lugar a indenização".[9]

Essa forma de questionário foi posteriormente modificada, pois a Lei 261, de 3 de dezembro de 1841, no seu art. 58 dispôs expressamente: "o Juiz de Direito, depois que tiver resumido a matéria da acusação e da defesa, proporá aos jurados, sorteados para a decisão da causa, as questões de fato necessárias para poder fazer ele a aplicação do direito". Em seguida, eram estabelecidas pela citada lei regras especiais para a formulação dos quesitos da acusação e da defesa (arts. 59 a 64).[10]

Com isso, passou-se a adotar o mencionado *sistema francês*, no qual a deliberação popular resulta de uma pluralidade de respostas a diferentes *quesitos* formulados pelo juiz-presidente acerca de cada ponto da matéria de fato discutida na causa. Esse é o sistema que perdura até hoje em nossa legislação, como adiante se verá.

Cumpre ressaltar, igualmente, que tanto no sistema inglês como no francês não se exige dos jurados a indicação dos *motivos* em que se fundamenta a deliberação, pois é da índole dos julgamentos populares a *íntima convicção*, que exclui a exteriorização dos fundamentos que levaram cada um dos membros do Conselho de Sentença a afirmar ou negar cada quesito.

Como mostra Hermínio Marques Porto, "a observada valoração realizada pelos jurados não é explicitada de modo fundamentado, pois estão os jurados sempre presos à resposta em fórmulas monossilábicas (sim ou não). Mas a resposta do jurado compreende uma fundamentação implícita e que pode ser encontrada na análise das provas, e o estudo em confronto destas pode mostrar, com a expressividade que receberam nos debates orais, as bases motivadoras das respostas aos quesitos".[11]

2.7 O questionário do júri no vigente Código de Processo Penal

O sistema adotado pelo vigente Código de Processo Penal, que remonta à tradição imperial, consagra as apontadas características, pois o pronunciamento

(9) José Henrique Pierangelli. *Processo penal. Evolução histórica e fontes legislativas.* Bauru: Jalovi, 1983. p. 239.

(10) Idem, p. 256.

(11) Hermínio Alberto Marques Porto. Op. cit., p. 144.

dos jurados é obtido por meio da votação separada de *quesitos* a respeito das diversas *questões de fato* suscitadas, expressando-se por meio de respostas *sim* ou *não*, em relação às quais não cabe fundamentação.

Sobre a elaboração dos quesitos, as prescrições do art. 484, CPP, são minuciosas e muito claras e, dentre elas, interessam aqui particularmente as dos incisos I, II e III do mencionado texto legal: *I – o primeiro* (quesito) *versará sobre o fato principal, de conformidade com o libelo; II – se entender que alguma circunstância, exposta no libelo, não tem conexão essencial com o fato ou é dele inseparável, de maneira que este possa existir ou subsistir sem ela, o juiz desdobrará o quesito em tantos quantos forem necessários; III – se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso e culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude.*

Assim, em caso de homicídio, a primeira questão a ser apresentada aos jurados diz respeito ao *fato principal* objeto da acusação, sendo normalmente desdobrada em dois quesitos: o primeiro versando sobre a *materialidade* do fato e autoria das lesões, e o segundo tratando do nexo entre as lesões sofridas e a morte, ou seja, sobre a *letalidade* das lesões.[12]

Tratando-se de hipótese de co-autoria ou participação (como ocorre na situação examinada), a indagação sobre a autoria é feita, no primeiro quesito, de forma indeterminada, para depois individualizar-se em outro quesito, a conduta de cada um dos acusados.[13]

Sobre tais pontos da acusação não se formulam obviamente quesitos de defesa, pois para acolhimento das possíveis teses de negativa da materialidade, da letalidade, e de autoria ou participação, bastará que a maioria dos jurados responda *não* aos quesitos da acusação.

Essa já era, aliás, a lição de Galdino Siqueira: "a defesa, deduzida na contrariedade escrita, no interrogatório ou oralmente ou advinda dos debates, não produz evidentemente, matéria para quesitos, desde que seja consistente na negativa do crime ou da participação neste ou na alegação de algum alibi".[14]

Também é o que se deduz do texto da lei processual quando, ao referir-se à formulação de quesitos da defesa, somente os prevê quando essa consistir em alegação de "fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique (...)" (art. 484, inc. III, CPP).

Por outro lado, não estabelece a lei – nem poderia – a formulação de quesitos sobre os *motivos* das respostas dadas pelos jurados não só porque desnecessários,

(12) Idem, p. 151.

(13) Idem, p. 197; no mesmo sentido, Adriano Marrey *et al. Teoria e prática do júri.* 6. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 540.

(14) Galdino Siqueira. *Curso de processo criminal.* São Paulo: Livraria Magalhães, 1917. p. 475.

à luz do art. 493, que diz não serem as conclusões dos jurados fundamentadas, mas também porque seria verdadeiramente impossível imaginar todas as possíveis razões que levariam cada jurado a justificar sua particular decisão, apresentando quesitos correspondentes.

Finalmente, no que aqui interessa, exige o Código de Processo Penal que os quesitos sejam formulados em *proposições simples e bem distintas, de maneira que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza* (art. 484, VI, CPP).

Essa exigência, que resulta igualmente da própria natureza do julgamento popular, sempre foi ressaltada pela doutrina: "a forma deve ser clara, breve, simples, adequada à compreensão média, dispensando o esforço de interpretação; censurável é o emprego de vocábulos ambíguos ou obscuros" (Whitaker);[15] "a sua redação há de ser tal que permita, sobre cada uma, resposta peremptória, com um sim ou com um não, sem restrições (Espínola Filho).[16]

2.8 A errônea formulação dos quesitos no caso examinado

Conforme assentado na ata de julgamento do caso examinado, durante os debates a defesa dos réus teria alegado "que não foram os acusados que praticaram os crimes e que nos autos não consta provas suficientes para condená-los" (fls. 8541).

Daí terem sido formulados pelo Meritíssimo juiz, quanto ao fato principal e tomando como exemplo o questionário relativo ao co-réu Mário, os seguintes quesitos:

1. No dia 17.04.1996, por volta das 17h00 min, na "Curva do S", localizada no km 96, da Rodovia PA-150, Município de Eldorado dos Carajás, Estado do Pará, foram produzidas na dezenove (19) vítimas as lesões corporais descritas nos laudos necroscópicos constantes dos autos?

2. Essas lesões foram as causas das mortes das vítimas?

3. O réu Mário Colares Pantoja, na qualidade de Comandante do 4.º Batalhão de Polícia Militar de Marabá, ao coordenar a conduta de terceiras pessoas (militares) concorreu com os demais acusados para a prática das lesões nas vítimas?

4. O réu concorreu de qualquer modo para a prática das lesões nas vítimas?

5. A participação do réu foi de menor importância?

6. As provas contidas nos autos são insuficientes para a condenação do réu?

Como também se verifica pela ata dos trabalhos, "a acusação pediu o registro de seu protesto em virtude do MM. Juiz ter incluído o 6.º quesito, que na opinião da acusação seria redundante em relação ao 3.º e 4.º quesito podendo, sempre na opinião da acusação, gerar confusão no espírito dos senhores jurados" (fls. 8.542).

(15) Idem, p. 192.

(16) Idem, p. 578.

Na verdade, além de gerar confusão no espírito dos jurados, como alvitrado no protesto formulado pela acusação, o quesito sobre a *insuficiência de provas* versou sobre o *fundamento* de eventual solução absolutória que, como visto, não pode constituir objeto de indagação ao júri, sob pena de subversão dos mais elementares preceitos que regem a votação popular.

O júri, repita-se, julga por *intima convicção* e assim, ao contrário do que sucede em relação aos juízes togados, que têm a obrigação constitucional de fundamentar todas as suas decisões (art. 93, IX, CF), não deve expressar o *porquê* dos veredictos, igualmente por imperativo da Lei Maior, que assegura, como antes mencionado, o *sigilo* das votações.

Daí, inclusive, a reconhecida impossibilidade de se excluir, com base no art. 66 do CPP, a ação civil no caso de absolvição por negativa do fato pelo júri; segundo o douto magistério de José Frederico Marques, se somente a negação *categórica* da inexistência material do fato pode dar causa à não exigibilidade da reparação civil *ex delicto*, e isto não ocorre com a resposta do júri ao quesito sobre a existência do fato, *em decisão não motivada, impossível é saber-se se a referida negativa foi ou não categórica.*[17]

Nem cabe argumentar que a formulação do mencionado quesito teria sido resultado da alegação de duas teses pela defesa (*negativa de autoria e insuficiência de provas*), pois na verdade a precariedade probatória não representa uma *tese* autônoma, mas sim o *fundamento* da apontada negativa de autoria.

Competia então à defesa sustentar, durante os debates, que somente a convicção segura a respeito das provas de participação dos acusados poderia levar à afirmação do terceiro quesito. E também o juiz, na forma do art. 479, deveria explicar aos jurados o *significado legal* de cada quesito, mostrando que, na dúvida, deveriam responder negativamente ao mencionado quesito.

2.9 A formulação de quesito em forma negativa

Ainda que se pudesse aceitar a formulação de quesito sobre o *fundamento* da tese da defesa – apenas para argumentar – outra irregularidade viciou o julgamento no caso examinado.

É que o apontado quesito sobre a *suficiência de provas* foi apresentado aos jurados em forma negativa ("As provas contidas nos autos são insuficientes para a condenação do réu?").

Como ficou antes sublinhado (supra, n. 7), as indagações sobre o mérito da causa devem ser feitas aos jurados com simplicidade e clareza, de forma a permitir que a deliberação popular se expresse de maneira firme e inequívoca.

Tal não ocorre, obviamente, quando se formula ao jurado questão em forma negativa, pois como acentuado em exemplar julgado do Tribunal de Justiça de

(17) José Frederico Marques. Júri e responsabilidade civil. *Estudos de direito processual penal*. São Paulo: Forense, 1960. p. 250.

São Paulo, "quando se pergunta alguma coisa em termos negativos, sempre se cria dificuldade em se entender a resposta. Pode ser uma ou pode ser outra, com resultados opostos".[18]

Nesse sentido, inclusive, tem o próprio Supremo Tribunal Federal reconhecido a nulidade de julgamentos em que as indagações são apresentadas ao júri dessa forma, levando os jurados à perplexidade que pode favorecer o erro em suas manifestações.[19]

Na situação examinada, mesmo que coubesse indagar sobre a precariedade de provas, cabia ao M. juiz-presidente indagar aos jurados sobre a *suficiência* das provas, possibilitando que pela resposta – sim ou não – ficasse clara a manifestação da maioria. Como foi feito, não se sabe, com segurança, se o *não*, obtido por mínima diferença, exprimiu a real avaliação do Conselho sobre o contexto probatório.

2.10 Conseqüência processual da apresentação aos jurados de quesito sobre a insuficiência de provas: a nulidade do julgamento

Diante de tudo isso, cabe então examinar qual seria a conseqüência processual da apresentação aos jurados de quesito sobre a *insuficiência de provas* para a condenação dos réus.

Também a tal respeito, o Código de Processo Penal é taxativo, ao prescrever no parágrafo único do art. 564, acrescentado pela Lei 263, de 23.02.1948: "Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas".

No julgamento examinado, é evidente que a formulação de quesito sobre a *insuficiência de* provas, que constituiu o *fundamento* da tese da defesa – negativa de participação – não somente caracterizou a *deficiência* mencionada pelo dispositivo legal, por representar uma duplicidade de indagações sobre a mesma questão, mas igualmente levou os jurados a uma visível *contradição* entre as respostas dadas ao terceiro e ao sexto quesitos.

Ademais, a apresentação ao júri de pergunta em forma negativa – *insuficiência* –, gerando dificuldade para ser respondida de forma peremptória pelos jurados – *sim* ou *não* – também caracteriza irregularidade capaz de macular a indispensável manifestação firme e segura do Conselho de Sentença.

Trata-se, sem sombra de dúvida, de *nulidade absoluta*, tanto pela falta de previsão de saneamento (art. 572 CPP), como diante da circunstância de estar viciada, irremediavelmente, a própria decisão popular.[20]

Assim examinadas as questões trazidas pela consulta, passo a responder aos quesitos formulados.

(18) TJSP, Ap. 109.511, j. 27.04.92, rel. Des. Ary Belfort, RT 685/303.

(19) STF, HC 66.494-SP, j. 19.08.1988, rel. Min. Francisco Rezek, *DJU* 16.09.1988; HC 68.069-SP, j. 28.08.1990, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *RT* 660/381.

(20) Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance e Antonio Magalhães Gomes Filho. Op. cit.,

3. Respostas aos quesitos

1. Na sessão de julgamento pelo júri, é possível a um dos jurados expressar, de público, a conclusão que tirou de prova produzida em plenário?

Não. Tanto o preceito constitucional que assegura o *sigilo das votações* (art. 5.°, inc. XXXVIII, alínea *b*, CF), como o disposto pelo art. 458, § 1.°, do Código de Processo Penal, que consagra a *incomunicabilidade* dos jurados, proíbem qualquer manifestação da opinião dos membros do Conselho de Sentença sobre o processo, salvo na oportunidade própria, que é a da votação secreta dos quesitos.

2. Na hipótese examinada, a afirmação feita pelo jurado Silvio Queiroz de Mendonça a respeito de fatos que observou em fita de vídeo exibida caracteriza quebra da incomunicabilidade?

Sim. A afirmativa de que "agora está comprovado que havia sem-terra armado no começo do conflito", registrada na ato do julgamento, evidencia claramente a quebra da incomunicabilidade pelo referido membro do Conselho de Sentença.

3. Quais as providências legais que deveriam ser adotadas pelo juiz-presidente nessa situação?

De acordo com as prescrições do art. 458, § 1.°, do Código de Processo Penal, competia ao juiz-presidente excluir o jurado do Conselho, impor-lhe multa e, em conseqüência, dissolver o júri.

4. Qual a conseqüência processual da omissão do magistrado na adoção de tais providências?

Na forma do art. 564, inc. III, alínea *j*, do CPP, deve ser reconhecida a *nulidade* do julgamento. Trata-se, ademais, de *nulidade absoluta*, não somente porque não previsto o seu saneamento, na forma do art. 572 CPP, mas principalmente por haver, na espécie, infringência a princípios essenciais da instituição do júri, que possuem dignidade constitucional.

5. Apresentada pela defesa a tese de negativa de participação dos acusados nos fatos, por insuficiência de provas, quais os quesitos que devem ser formulados a respeito?

A negativa de participação leva à formulação de um primeiro quesito sobre a autoria, de forma indeterminada, para posteriormente individualizar-se, em outro quesito, a conduta de cada um dos acusados. Não se formula quesito sobre a insuficiência de provas, pois esse nada mais é do que o *fundamento* da tese defensiva, a respeito do qual não se pronuncia o júri.

6. No caso tratado, a apresentação aos jurados do sexto quesito "As provas contidas nos autos são insuficientes para a condenação do réu?" foi regular? Por quê?

Não, por duas razões: primeiro, porque, como acima afirmado, o júri não se manifesta sobre os *fundamentos* das teses apresentadas pelas partes, limitando-se a afirmar ou negar os fatos; segundo, porquanto a redação dada ao mencionado quesito foi negativa ("insuficientes"), sendo reconhecidamente capaz de provocar perplexidade e confusão no espírito dos jurados.

7. Qual a conseqüência processual de eventual irregularidade?

Também aqui ocorre motivo legal para a decretação da *nulidade* do julgamento, diante da *deficiência* na formulação dos quesitos (art. 564, parágrafo único, CPP). Trata-se, igualmente, de *nulidade absoluta*, pois está viciado, irremediavelmente, o próprio veredicto popular.

8. No mesmo caso, tendo a maioria dos jurados afirmado que "o réu (...) concorreu com os demais acusados para a prática das lesões nas vítimas?" (terceiro quesito) e, depois, negado o mencionado sexto quesito, qual a conseqüência processual que disso se extrai?

Houve evidente *contradição* entre as duas respostas, circunstância que também caracteriza a *nulidade absoluta* do julgamento, a teor do mesmo art. 564, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

É o meu parecer.

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

8.1

ALBERTO TORRES E A MUDANÇA SOCIAL NO BRASIL: O EQUILÍBRIO CONSERVADOR E A SUPRESSÃO DO CONFLITO

MARIA JOSÉ DE REZENDE

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Organização e homogeneidade social – 3. A reforma político-jurídica e a geração de uma solidariedade nacional: 3.1 Eliminando o conflito e forjando a coesão social – 4. Considerações finais – Bibliografia.

Resumo: Alberto Torres elaborou inúmeras propostas de reformas sociais e políticas ao longo de sua obra. Neste artigo, serão destacadas aquelas que visavam criar uma organização social fundada no equilíbrio, na homogeneidade e na supressão do conflito. Forjar a coesão era, para ele, a única maneira de vencer a desagregação social e a desorganização política vigentes no país. Demonstrar-se-á que as suas reflexões oferecem as melhores pistas para se compreender alguns traços fundamentais do pensamento conservador brasileiro.

Palavras-chave: Mudança social – Organização – Reforma política – Coesão social – Homogeneidade.

1. Introdução

O pensamento conservador brasileiro do final do século XIX e início do século XX centralizava-se na questão das especificidades brasileiras ao propor a reorganização do Estado de acordo com nossas singularidades. Não avançar para além das mesmas era uma espécie de carta de garantia exigida pelos formuladores daquele ideário que ganhava corpo nas pressuposições de Alberto Torres, dentre outros.

Alberto Torres "concentra sua atenção nas questões referentes à forma de governo, representatividade e legitimidade de poder. O que está em jogo não é a estrutura e a natureza da organização social, nem mesmo a existência em si da 'sociedade civil', mas a ausência de meios e aparelhos institucionais representativos, adequados e legítimos. No máximo, chega a localizar agrupamentos sócio-profissionais, diferenciados e heterogêneos, definidos basicamente pela formação de seus 'interesses' em problemas políticos; daí, a divisão da sociedade em grupos 'privilegiados' e grupos 'prejudicados', de acordo com as suas respectivas posições políticas dentro dos estreitos e hierárquicos mecanismos representativos do regime monárquico" (Marson, 1979, p. 10).

Ao tomar a esfera política a partir desta divisão em grupos privilegiados e prejudicados, Alberto Torres passava ao largo da problemática da exclusão. Defensor de um país essencialmente agrícola e de pequenos proprietários, ele buscava convencer os diversos segmentos da sociedade, através de seus livros e artigos na Imprensa, de que este era o melhor caminho para o país. Para tanto fazia-se necessário inserir no processo político setores que eram prejudicados quanto às suas representações no Parlamento. Os agricultores, os industriais e os comerciantes eram, segundo ele, sub-representados.

"(...) É relevante registrar o momento em que a preservação da ordem política se apresenta como desdobramento da ordem sócio-econômica, mais precisamente das relações sociais consideradas mais propícias à estabilidade de uma sociedade predominantemente agrária" (Torres, 1978, p. 55).

Do ponto de vista da economia, Alberto Torres denunciava o perigo que o país corria por continuar sendo "colônia do capital e do trabalho estrangeiro" (Torres, 1912, p. 2). Contrário aos programas de imigração que tendiam, segundo ele, a esvaziar cada vez mais as possibilidades de que os brasileiros se fixassem na agricultura como atividade principal, ele exaltava a necessidade de uma investidura, por parte do Estado, no sentido de coibir tal tendência que dificultava mais e mais a transformação dos brasileiros ociosos em pequenos proprietários de terra.

Ia neste sentido também a preocupação de Alberto Torres com relação à submissão do país ao desenvolvimento do comércio estrangeiro. O Estado devia ser capaz de pôr um paradeiro neste processo, incentivando o consumo de produtos de nossa própria terra, ou seja, era preciso criar mecanismos de controle das próprias necessidades do povo. Instintivamente, a população criaria uma verdadeira resistência a este tipo de comércio desorganizador de nossas possibilidades internas.

"O Brasil está entrando, em cheio, no torvelinho da política internacional e dos negócios; mas, se toda a sua economia é organicamente fraca, ele está entrando, com a imprevidência de quem se entrega, de quem se lança de braços abertos aos perigos que o cercam, solicitando pressurosamente e aceitando descuidado, capitais e imigrantes" (Torres, 1912, p. 2).

A organização de nossa nacionalidade passava, segundo Alberto Torres, pela construção de uma economia fundada em nossas próprias riquezas e necessidades. De nada adiantava, assinalava ele, a criação de artifícios que supostamente resolvessem os nossos problemas relacionados ao "trabalho, (à) circulação e (ao) consumo". O estudo do país, "de sua gente, de sua índole e de seus interesses" indicavam que a solução, para o campo econômico, era a organização do Brasil como uma nação essencialmente agrícola.

Alberto Torres circunscrevia sua análise à convicção de que havia uma tendência da sociedade brasileira para uma economia voltada para a agricultura não de exportação, mas de subsistência que deveria se firmar como a base de nossa organização social, política e moral. A constituição de indivíduos sãos e úteis que garantiriam a formação de nossa nacionalidade tinha seu fundamento em um tipo de vida social centrado nestes parâmetros.

Há uma associação entre a rigidez física do brasileiro que, para ele, era mal alimentado e, portanto, subnutrido, e a rigidez de normas e regras morais, políti-

cas e jurídicas. Ou seja, a prevalência desta última devia contar com aquela primeira como um modo de sua viabilização. A organização econômica devia, para Alberto Torres, tornar possível uma sociedade fundada sobre nossos valores, índoles, hábitos, costumes, os quais eram a mais forte expressão de nossas condições sociais.

2. Organização e homogeneidade social

A criação de instituições ajustadas à realidade brasileira era, segundo Alberto Torres, o norte de um processo de reformas e mudanças que deveria ser estabelecido. Era preciso superar a desconexão entre a nossa realidade e o regime político vigente no país. Todas as modificações no âmbito da política, da constituição e da economia deveriam refletir costumes sedimentados em nossa sociedade. Isto demonstra que, para ele, os valores de nacionalidade e de patriotismo bem como os valores políticos e econômicos teriam que ser extraídos a partir da conservação de nossas singularidades.

Existia, segundo ele, um quase vazio no plano da vida política e social, que seria preenchido por alguns homens capazes de ler as nossas especificidades a partir de valores de patriotismo e civismo. Em sua perspectiva, os nossos valores morais, cívicos e patrióticos eram praticamente inexistentes, mas a sua efetivação passava pelos nossos traços culturais sedimentados no transcorrer dos séculos. Havia, então, para Torres, um norte para a organização de nossa civilização determinado pelos próprios valores.

A construção de uma teoria pragmática levava Alberto Torres a uma situação ambígua, pois este país não era uma sociedade, nem uma nacionalidade e, portanto, não havia aqui cidadãos. Neste caso, ele garantia que éramos pessoas e não valores; no entanto, ele atestava que sua proposta de organização nacional estava fundada em singularidades justificadas a partir de elementos histórico-culturais.

"É evidente que a nossa organização política e jurídica encobre a realidade de uma profunda desorganização social e econômica. Este Estado não é uma nacionalidade; este país não é uma sociedade; esta gente não é um povo. Nossos homens não são cidadãos, não são pessoas, não são valores. Tudo quanto por eles se faz, é dar-lhes má e insuficiente instrução. Ora, nós carecemos alcançar a linha da civilização contemporânea; e, para sustentar a posição de donos de nossa casa, suprir as lacunas do passado e preencher as condições do presente, ficar atentos às tendências e às surpresas do futuro. Este trabalho tem de ser feito hoje ou daqui a vinte anos, quando nos dispusermos a preparar uma nação; enquanto o não fizermos, estaremos sacrificando, com a geração contemporânea, a geração dos vinte anos depois, porque a sorte desta depende do que houver feito a que a precedeu" (Torres, 1978, p. 199).

A análise do pensamento conservador sobre Alberto Torres tende a exaltar o caráter de denúncia que suas obras possuíam frente à realidade em vigor no início do século. (Gentil, 1938; Sobrinho, 1968) Ao destacar os costumes políticos brasileiros, por exemplo, ele "declara que do ponto de vista moral, um país de constituição democrática, cujo processo eleitoral é fictício ou fraudulento, re-

pousa sobre uma mentira flagrante. Tal democracia não se distingue, politicamente, de qualquer autocracia ou oligarquia, senão pela irresponsabilidade dos que exercem a ditadura" (Lima, 1935, p. 213).

Criticando a oligarquia endinheirada ele afirmava que "o processo de escolha do pessoal que nos dirige(ia) é (era) o mais vicioso possível" (Lima, 1935, p. 213). Os condutores da república no Brasil continuavam, segundo Torres, a formar nossa administração pública através de critérios baseados em caprichos e em pessoalidades.

Sabóia Lima assinala que, para Alberto Torres, "um governo republicano, sinceramente desejoso de fundar a nossa democracia sobre a opinião esclarecida, deveria começar por elevar às posições públicas, e animar para o trabalho, os homens que crêem na eficácia das idéias e têm a coragem serena e firme de (expor) suas opiniões. Só da ação de tais individualidades pode surgir uma verdadeira democracia" (Lima, 1935, p. 212).

Em *A organização nacional*, a concepção da verdadeira democracia como obra de alguns indivíduos e não das massas alinhava, de modo geral, as diversas proposições de Alberto Torres em torno das mudanças necessárias ao país. "Se há uma verdade solidamente conquistada pela nossa inteligência é a da incapacidade das massas para o governo; e um dos mais graves fenômenos das sociedades contemporâneas é o da insuficiência de seus governos" (Torres, 1978, p. 250).

A democracia como obra de alguns indivíduos intelectualmente capazes e embebidos de valores morais e cívicos pode ser tomada como um norte do ideário conservador sobre mudança social no Brasil. A insuficiência dos governos republicanos que tinham vigorado até então era criticada pelo modo de constituição da administração e de condução da política, ou seja, a exclusão de personalidades esclarecidas e portadoras de valores nacionalistas desvirtuava a democracia, segundo Alberto Torres.

A sua concepção autoritária de democracia ancorava-se no estabelecimento de um Estado capaz de coordenar e orientar a nossa vida coletiva. Deste modo as vontades seriam controladas de tal maneira que emergiriam homens sãos e homens úteis. A constituição do país enquanto nação dependia fundamentalmente deste processo de homogeneização social. A criação de uma consciência voltada para a integração e para a unidade política levaria à criação de um espírito verdadeiramente brasileiro.

Caberia ao Estado e ao governo a criação da verdadeira democracia, por isso eles necessitavam incluir em seus quadros administrativos homens que, através do estudo racional e da experiência, fossem portadores de conhecimentos sólidos sobre os problemas brasileiros, bem como de valores duramente contrários à desnacionalização, à anarquia, ao desmando e à desorientação dos costumes.

Coordenar era, para Alberto Torres, a tarefa principal de um governo que pretendesse romper com a desagregação social e com a desorganização política. "Coordenar, por ação consciente, os movimentos da sociedade, é o grande encargo da política; eis porque não será jamais ocioso repetir: um pais não é realmente uma nação se não tem uma política, a sua política: a política de sua terra, de sua raça ou de suas raças, de sua índole, de seus destinos; esta política, superior às

políticas doutrinárias, e sempre falazes, dos partidos, é instintiva, tradicional, nos velhos países" (Torres, 1978, p. 241).

Deste modo, qualquer mudança social e política no Brasil requeria, segundo ele, que o Poder Coordenador instrumentalizasse o Estado na formação do povo. Esta era, para ele, a tarefa básica para se chegar a uma organização social, que vencesse a insuficiência e a desordem da administração e da política no país. Isto possibilitaria, segundo Alberto Torres, a organização de nossa nacionalidade.

Em termos gerais, sua interpretação do Brasil retratava o país como caótico e desorganizado, mas com possibilidades de se deixar conduzir por alguns homens eficientes e com capacidade de ajustar a população a alguns objetivos tidos como inadiáveis, tais como a constituição de uma nação organizada e de um Poder Coordenador cujo papel era o de controlar todas as esferas da sociedade, ou seja, aquele último "invade(ia) áreas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário (e) é (era) formado por representações de classe, de categorias profissionais (e) de crenças religiosas (...)" (Oliveira, 1997, p. 12).

3. A reforma político-jurídica e a geração de uma solidariedade nacional

A análise atenta da obra *A organização nacional* revela a concepção de Estado e de governo de Alberto Torres, bem como os seus papéis no processo de mudança social. O caráter pragmático de suas reflexões visando formular um projeto político que ele denominava de realista e de nacionalista, levava-o a uma insistente busca de conexão entre a sociedade e o Estado. Ou seja, ele discordava das concepções teóricas que contrapunham ambos.

O Estado enquanto soma de vontades dominantes não poderia ser compreendido como autônomo e desconexo da sociedade nos seus aspectos políticos, jurídicos, econômicos e culturais. Na esfera administrativa, a relação entre o Estado e a sociedade se faz através das vontades dirigentes que constituem aquele primeiro e que dá a ele organicidade em sua relação com a segunda, tendo em vista que as vontades dirigentes são organizações de poderes existentes na sociedade. As leis e as convenções políticas é que demarcam o modo como os representantes dos interesses da sociedade devem atuar no âmbito do Estado para não dar vazão à prevalência de interesses meramente individuais.

As modificações constitucionais e também as convenções políticas eram necessárias, naquele momento, tendo em vista que o Estado e o governo no Brasil tinham sido até então, inclusive na República, um processo de reafirmação de interesses individuais dos representantes das vontades dirigentes. Era preciso quebrar este modo de atuação das vontades dominantes.

A prevalência dos interesses individuais no interior do Estado nestes moldes somente era possível tendo em vista a ausência de organização nacional, pois ela estabeleceria os parâmetros de atuação das camadas dirigentes e dos demais setores da população em geral. O Estado e o governo eram responsáveis pela criação de mecanismos de controle sobre toda a população para que a sociedade não se transformasse em um campo de batalha, pois "as forças sociais, agindo

livremente, colidem nos seus interesses, nas suas ambições particulares, carentes de um eixo diretor" (Marson, 1979, p. 182).

Os interesses diversos não poderiam ser convertidos em forças sociais tendo em vista que isto levaria a uma combatividade que aceleraria a nossa desorganização nacional. A harmonização de interesses era, então, o caminho do progresso que deveria estar baseado na generalização de uma cultura que recusasse choques de interesses pessoais e de grupos.

O desenvolvimento desta cultura da recusa da combatividade seria, para Alberto Torres, fruto "dos atos, do temperamento e do caráter dos dirigentes" (Torres, 1978, p. 141) do Estado e dos governos. A mensuração da capacidade de nossos condutores deveria ser feita com base em suas possibilidades de coibir a violência moral. Portanto, era preciso inverter completamente as bases em que se assentava a própria política, ou seja, fundar a política sobre a capacidade dos governantes e não na violência física e moral.

"Fundar a política sobre a capacidade dos governantes, é, em suma, todo o ideal da moral política; e o destino dos países novos depende absolutamente da consciência que tiveram seus estadistas da necessidade de uma direção evolutiva, bem como do esforço que puseram em realizar a obra da substituição da base da política" (Torres, 1978, p. 144).

A fundação da política na capacidade dos dirigentes teria como objetivo a implementação de uma nacionalidade que expressasse de modo incontestável o conjunto de valores morais e políticos destes "agentes regeneradores", para usar uma expressão de Adalberto Marson. "O componente elitista do aparelho estatal desta nacionalidade regenerada evidencia-se no seu mecanismo de escolha e na sua ação burocrática. (...) Tratava-se de uma imposição das circunstâncias inerentes à formação colonial e aos impasses de uma ordem internacional ameaçadora. As nações novas diferiam das nações antigas por não terem a maturação e a espontaneidade necessárias à consolidação dos vínculos sociais orgânicos" (Marson, 1979, p. 181).

Somente os indivíduos mais capazes compreenderiam no que consistia a tarefa do governo e do Estado. O estabelecimento de uma ponte entre as condições objetivas e o sistema de valores verdadeiramente nacionalistas se daria através "da intervenção dos mais capazes, dos dotados de percepção superior e claridade mental. (...) As reformas subordinavam-se a mudanças de atitude, de vontade e de comportamento. O Estado com seus inúmeros aparelhos servia de conduto para o desempenho dessas capacidades" (Marson, 1979, p. 181).

Alberto Torres recorria a história da humanidade para justificar a sua concepção de mudança gerida pelos homens mais capazes. Ou seja, ele procurava elementos para demonstrar que a própria política surgiu e se desenvolveu, a partir da formação de grupos que se destacavam no interior de uma tribo e de uma comunidade, por exemplo, a partir de suas habilidades no entendimento da vida social e na proposição de caminhos e direções.

A habilidade e o talento de alguns indivíduos tinham que ser tomados como fundamento do que tinha havido até então em termos de organização social e política na história da humanidade. Percebe-se que Alberto Torres reserva para a

política o lugar privilegiado de onde as mudanças sempre foram operadas. "À política, arte inicial e global da vida do homem na sociedade e da sociedade no meio físico, caberá, daqui por diante, enfeixar todas as outras artes práticas, de modo a indicar-lhes as oportunidades e os meios de ação, fazendo surgir cada progresso no lugar próprio e a seu tempo, evitando as precipitações e inversões do desenvolvimento social, que, com aparência de procedimentos, não representam senão abortos ou saltos da evolução" (Torres, 1978, p. 158).

Era exatamente por estes motivos que o espaço da política deveria ser ocupado pelos homens mais capazes de "coordenar, por ação consciente, esses movimentos da sociedade (que) é (era) o grande encargo da política; eis porque não será(ia) jamais ocioso repetir: um país não é realmente uma nação se não tem política, a sua política, a política de sua terra, de sua raça ou de suas raças, de sua índole, e de seus destinos; esta política, superior às políticas doutrinárias, e sempre falazes, dos partidos, é instintiva, tradicional, costumeira, nos velhos países" (Torres, 1978, p. 158).

Aqueles que propusessem medidas de harmonia e de equilíbrio como fundamento de nossa organização social ainda inexistente se mostrariam capazes de construir uma política fundada nas singularidades brasileiras. Era preciso extrair de nossa população aqueles indivíduos que apresentassem preocupações e propostas construtoras de nossa nacionalidade.

Resta esclarecer, porém, quem seriam, para Alberto Torres, os agentes de mudança. Não havia uma precisão suficiente sobre esta questão no interior de sua obra, tendo em vista que em determinados momentos os reformadores seriam incumbidos de viabilizar a organização, portanto eram precedentes a ela; e em outros, se for analisada sua proposta de reforma constitucional, havia todas as indicações de que os agentes de mudança seriam fruto da própria organização.

"Analisando-se o próprio comportamento do reformador, chega-se à conclusão de que a ação política através da imprensa, da educação, da opinião e do estudo, as esferas de atuação do intelectual-político, constituem métodos privilegiados na formação da nacionalidade. Não se trata de confiar nessas instituições em si (a imprensa, a escola, as academias, as faculdades, associações civis e religiosas), que se acham travadas pelo efeito geral da desorganização, mas das pessoas de boa vontade, de elevação moral, de caráter, de patriotismo, de neutralidade, aqueles que têm seus espíritos iluminados pelos problemas da terra e da gente: os homens feitos à imagem e semelhança do próprio Alberto Torres. O círculo de magistrados, jornalistas, políticos honestos, estudiosos práticos, homens probos e honestos,[1] com quem trocava correspondência publicada nos jornais, os que se reuniam na roda de influência pessoal em sua casa" (Marson, 1979, p. 182).

(1) No jornal *O imparcial*, em 1916, Alberto Torres insistia em que possuíamos no país homens com grandes virtudes de sentimentos e intenções. Ou seja, valores indicativos de nossas possibilidades de organização social, era preciso criar mecanismos para garantir suas participações no Estado e no governo e realizar, assim, as mudanças necessárias (Torres, 1916, p. 6).

Adalberto Marson observa que a dificuldade para definir os agentes sociais que deveriam operar as mudanças estava no fato de Alberto Torres não vincular diretamente a sua proposta de reforma a qualquer grupo social. No entanto, "tudo leva(va) a crer que a elite nacionalista é que impulsionaria o programa de reformas dentro do aparelho estatal. (...) Na ânsia de legitimar os interesses nacionais, recusava-se a delegar a qualquer setor da sociedade a responsabilidade da reforma. (...) Encerrado nos muros da ação intelectual, burocrática e jurisdicista, o projeto de Alberto Torres ficava aberto a quem se julgasse mais capacitado a dirigir a nação" (Marson, 1979, p. 185-6).

A insistência de Alberto Torres de que uma elite nacionalista deveria conduzir as mudanças que se faziam necessárias naquele momento era um modo de vincular a sua proposta de reforma a um determinado grupo social. Isto contradiz a leitura de Marson de que havia uma recusa de delegar a um setor específico o papel de executor das reformas pois as proposições de Torres se circunscreviam ao âmbito de uma noção de capacidades e talentos absolutamente rígida.

O projeto de Alberto Torres não estava aberto a quem se julgasse capaz, tendo em vista que ele sempre combateu veementemente a própria suposição da capacidade. Ou seja, os dirigentes em ação, no país, se consideravam aptos e capazes de conduzir a República brasileira, mas suas atuações e medidas indicavam uma total inabilidade para compreender os aspectos definidores de nossa especificidade enquanto povo, economia, política e cultura.

3.1 Eliminado o conflito e forjando a coesão social

Por que para Alberto Torres a reforma jurídica era fundamentalmente importante no processo de geração de uma solidariedade nacional que não permitisse à sociedade brasileira mover-se a partir de uma perspectiva de conflito? Se todos os indivíduos acreditassem firmemente que estavam protegidos pela lei estaria, então, formado um "revestimento abstrato" que nortearia a construção de uma coesão nacional.

A preservação da unidade nacional seria incumbência do governo federal que deveria atuar como guarda dos mecanismos de coesão social e também como potencializador da mesma através da instrução formal, da aplicabilidade de normas jurídicas e políticas bem como da estruturação econômica voltada para o atendimento de nossas necessidades e especificidades.

A condução do país, nestes termos, aboliria, segundo ele, duas moléstias presentes no mundo moderno: o individualismo e o socialismo, à medida que extirparia tanto a ambição desenfreada como o despeito pelo que não se possui. Acabar com a importância exagerada que se deu à propriedade e ao capital e também com a intenção de se anular a capacidade pessoal, através de uma socialização forçada de interesses, era o objetivo básico da proposta de reforma sócio-política e econômico-cultural de Alberto Torres.

Ele argumentava que existia "uma fórmula conciliadora de justiça social, que, baseando-se sobre o direito do homem a obter os elementos necessários à vida sã, no moral e no físico, deixa espaço para as desigualdades naturais, decorrentes das forças dos indivíduos. A supressão dos elementos artificiais de desigualdade realizará a igualdade relativa e o bem-estar geral, desde que todos os indivíduos, possuindo os elementos essenciais à vida, e encontrando o terreno da concorrência desbravado de privilégios de fato, puderem pôr em ação a capacidade de trabalho indicada pela lei da aptidão" (Torres, 1978, p. 126).

É fundamentalmente reveladora a sua perspectiva de que as desigualdades econômicas eram naturais, pois provinham das forças individuais, portanto, insolúveis. Neste caso, restava operar mudanças a partir do pressuposto básico de que "o objetivo da vida humana não é um objetivo material, é um objetivo psíquico" (Torres, 1978, p. 127) voltado para a amenização do poder dos privilegiados e da miséria das classes inferiores.

A conciliação das desigualdades sociais no plano dos valores morais, cívicos e patrióticos, através da criação de uma solidariedade nacional, norteou toda a proposição de Alberto Torres em torno da conservação e da mudança. A implementação de um equilíbrio conservador de interesses estava em nossa alma, pois era ele uma base psíquica que havia se formado no transcorrer dos séculos.

Resgatar o equilíbrio conservador de interesses presentes em nossa índole, através da contenção das ostentações e das ambições que potencializavam os efeitos negativos da propriedade e, também, da eliminação da exacerbação da propaganda política dos anarquistas que Alberto Torres chamava de demagogos dos proletários, era o fundamento de suas proposições sobre a mudança social.

Em sua crítica aos endinheirados, como ele os denominava, Torres assinalava que "os maiores miseráveis do mundo (eram) os milionários céticos. Atingindo a culminância, onde supunham achar o fruto divino da felicidade, e não compreendendo o épico sentido da lei e do ideal que arrasta o homem para o seu destino, caem, desiludidos, perante a insignificância do prêmio material" (Torres, 1978, p. 130).

Sua crítica não se dirigia à propriedade em si ou à riqueza, mas sim àqueles que eram portadores das mesmas e se consideravam acima da lei e do ideal de criação de uma sociedade que assegurasse "a todos os homens a posse dos elementos necessários à vida sã, do corpo e do espírito, provendo-lhes os meios indispensáveis ao exercício de suas aptidões, segundo a direção de suas capacidades" (Torres, 1978, p. 130).

A riqueza e a propriedade não poderiam impedir, segundo Torres, que se desenvolvesse entre nós uma sociedade fundada no talento de cada indivíduo, tanto no campo econômico quanto no campo político. A aptidão da maioria das pessoas no Brasil era para o trabalho agrícola, daí sua defesa de que este país se orientasse no sentido da constituição da pequena propriedade que garantiria os meios necessários para uma vida sã física e moralmente.[2]

(2) Neste tipo de economia essencialmente agrícola, Alberto Torres defendia também a criação de indústrias agrícolas.

"O Brasil tem de ser uma república social, por força de seu destino, e da fatalidade de seu surto na era da questão social; e tem de ser, intuitivamente, uma república agrícola. É preciso que seja, porém, uma república social, previdente e conservadora, para que o povo não sinta um dia a necessidade de arrancar à força o que os governos lhe podem dar dentro da ordem, sem prejuízo de terceiros" (Torres, 1978, p. 132).

A conciliação conservadora de interesses que Alberto Torres mencionava insistentemente passava por uma reestruturação de todas as camadas sociais.[3] As classes inferiores tinham que adquirir uma consciência da importância de seu papel como agente dinâmico da reprodução da vida social, mas o grau de dinamicidade estaria circunscrito ao plano da ordem moral, jurídica e política. Ou seja, ter consciência de sua importância não significava a criação de possibilidades para questionamentos da própria estrutura social.

As mudanças propostas por Alberto Torres visavam criar mecanismos de ajustes tão fortes que nada escaparia ao controle da ordem social e psíquica por eles gerados. A subsunção às condições políticas, jurídicas, morais e econômicas assumiria, para ele, uma feição integradora. Seu papel era produzir, de modo cada vez mais eficiente, um alto grau de coesão entre todas as camadas da sociedade.

4. Considerações finais

Alberto Torres argumentava que a insistência em situar os problemas sociais no âmbito da luta de classes tinha origem no processo de criação de expectativas frustradas na população. "A democracia política foi uma destas conquistas parciais: obra da burguesia do dinheiro e das letras, ela realizou a ascensão desse novo poder, consagrando expressamente, para todos, os direitos de que estes careciam, e que reclamavam; direitos que, assim outorgados à massa proletária e miserável, nada lhes conferindo que fosse realmente prático, não as elevaram, também, ao nível do seu oficioso patrono e porta-voz. Destas posições resultou a atitude de luta, entre as classes" (Torres, 1978, p. 229).

Antes de formar a democracia, era preciso formar o homem nacional que não se perderia em utopias coletivistas e nem em radicalismos individualistas. Os indivíduos mais pobres seriam, então, amparados e conduzidos pelo Estado que teria a função de tornar menos desiguais as suas possibilidades e os seus meios de trabalho. Isto seria feito garantindo aos brasileiros um pedaço de terra cultivável, instrumentos de trabalho e ensinamentos práticos na agricultura. Enfim, o governo deveria estar voltado para a formação de uma maioria de agricultores, pois isto garantiria à população soluções práticas para os seus problemas e não promessas abstratas como a democracia política vinha fazendo até então.

(3) "Demos terras a todos os homens válidos; instruções primária, a todos os que podem ver e ouvir; instrução secundária e superior, a todos os que são capazes, não a dando a nenhum que o não seja; educação social e profissional, também a todos; e não temamos o futuro" (Torres, 1978, p. 135).

A liberdade tinha que ser real e positiva e somente poderia emergir de uma reforma constitucional que partisse do pressuposto de que as democracias são instáveis e volúveis, pois prometem coisas irrealizáveis. "Formados por eleição, os governos democráticos tendem a reproduzir os impulsos, as preferências, as simpatias e os preconceitos do momento. (...) O problema das eleições dos governantes é, e será por algum tempo, uma das maiores dificuldades da política. As emendas propostas neste estudo contêm uma forma de escolha que parece conciliar o regime representativo com os interesses permanentes e contínuos da sociedade, fazendo seleção das capacidades" (Torres, 1978, p. 250).

"A sintaxe e o léxico são claramente conservadores e autoritários: o Poder Coordenador invade áreas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, é formado por representações de classe, de categorias profissionais, de crenças religiosas, numa anunciação precoce das tendências corporativistas fascistas – aliás, todo período de intensa produção e prestígio dos conservadores brasileiros coincide com a ascensão do fascismo, mas eles nunca foram, abertamente, fascistas" (Oliveira, 1997, p. 12).

Enfim, as nuanças de um ideário conservador sobre mudança social ficam patentemente delineadas no empenho de Alberto Torres em manter um sistema de idéias e valores que norteavam a organização social brasileira desde os tempos da escravidão. A sua proposta de estabelecimento de uma sociedade fundada em elementos genuinamente nacionais, ou seja, em nossas singularidades, guardava na sua essencialidade a conservação do modo de constituir as relações econômicas e político-culturais em vigor no país.

Bibliografia

FERNANDES, Florestam. *A sociologia no Brasil*. Petrópolis : Vozes, 1976.

GENTIL, A. *As idéias de Alberto Torres*. São Paulo : Nacional, 1938.

IGLÉSIAS, F. Prefácio. *A organização nacional*. São Paulo : Nacional, 1978.

LIMA, A. Sabóia. *Alberto Torres e sua obra*. São Paulo : Nacional, 1935.

MARSON, A. *A ideologia nacionalista em Alberto Torres*. São Paulo : Duas Cidades, 1979.

OLIVEIRA, Francisco de. Viagem ao olho do furacão. *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo, n. 48, p. 3-19, jul. 1997.

SOBRINHO, Barbosa Lima. *Presença de Alberto Torres*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1968.

TORRES, Alberto. *O problema nacional brasileiro*. São Paulo : Nacional, 1933.

———. *A organização nacional*. São Paulo : Nacional, 1978.

———. Balões cativos. *O imparcial*. Rio de Janeiro, 01.set.1916.

———. Pela terra dos pais e pela terra dos filhos. *Jornal do Comércio*. Rio de Janeiro, 27 out. 1912.

9. ANTIGUIDADES DE DIREITO CRIMINAL

9.1

RUY BARBOSA E O PROCESSO DREYFUS

RENÉ ARIEL DOTTI

SUMÁRIO: 1. Ruy, o processo e a defesa: 1.1 Uma vasta obra; 1.2 Os tempos fecundos do exílio; 1.3 O processo Dreyfus; 1.4 A defesa de Ruy antecedeu a carta de Zolá; 1.5 A polêmica sobre a prioridade da defesa; 1.6 O reconhecimento da primazia do patrocínio de Ruy; 1.7 A revisão do processo e a reabilitação de Dreyfus; 1.8 O texto da antológica defesa de Ruy – 2. A violação de princípios fundamentais do processo penal: 2.1 Uma revisão contemporânea do processo Dreyfus; 2.2 O princípio da investigação; 2.3 O princípio da verdade material; 2.4 O princípio da livre apreciação da prova; 2.5 O princípio *in dubio pro reo*; 2.6 A proibição da prova obtida por meios ilícitos; 2.7 A publicidade dos julgamentos; 2.8 A forma como garantia de validade do processo; 2.9 O devido processo legal; 2.10 Constituição e processo penal; 2.11 O chamado *erro judiciário*; 2.12 A necessidade da revisão através da História.

Resumo: O erro judiciário, propositadamente cometido contra o Capitão Alfred Dreyfus, transformou-se em um dos mais famosos casos criminais da História. Não somente fatores externos, como o documento da suposta traição (um *dossiê* cuja autenticidade foi negada pelo acusado), o orgulho ferido da França diante de uma derrota bélica para a Alemanha, o nacionalismo popular acicatado e a dignidade ferida do Exército, conspiraram em favor da condenação. Havia também um aspecto pessoal relevante para somar-se à carga de preconceito: Dreyfus era judeu.

Tais componentes de mistério e paixão foram muito bem explorados por Ruy Barbosa em um vigoroso e antológico texto de defesa do militar injustiçado que, afinal, alcançou a reabilitação.

Palavras-chave: Reabilitação – Erro judiciário – Processo Dreyfus – Defesa de Ruy Barbosa – Crime de traição.

1. Ruy, o processo e a defesa

1.1 Uma vasta obra

Em seu ensaio "Rui[1] Barbosa e a técnica da advocacia", o historiador e ex-parlamentar, Professor Rubem Nogueira, pondera que a maior dificuldade que

(1) Quanto à grafia do prenome (Ruy ou Rui) preferiu-se a primeira forma que, aliás, era a grafada pelo seu titular como se poderá verificar em manuscritos e outros

oferece o exame da vida de Ruy Barbosa, como advogado forense, e dos processos em que atuou, resulta da vastidão e da complexidade dos elementos de que hoje dispõe o pesquisador de sua obra jurídica.[2]

Como se destacou muito bem, Ruy Barbosa "foi a vida inteira o homem do livro. Viveu do livro, com o livro e para o livro. Foi mais propriamente através do livro que se lhe revelaram a sociedade e o mundo".[3] A propósito da organização de sua biblioteca, existem páginas escritas por historiadores com os mais ricos detalhes. Ele sabia a prateleira e a fila em que estava cada livro porque cada um deles fora ali colocado por suas próprias mãos. Como narra Américo Lacombe, desde que davam entrada no velho solar da São Clemente os livros passaram a ter um contato direto com o seu senhor, a começar pelo desempacotamento ou desencaixotamento, a seguir pela abertura lenta e atenta das páginas, e as marcações dos trechos de interesse pessoal, seguindo-se o preparo dos "papagaios" e as recomendações aos encadernadores, até a colocação nas prateleiras. Tudo era feito pelo dono. "Cada livro, pois, tinha a sua história individual, bem gravada na memória do grande bibliotecário, que lhes conhecia o tom, a cor da capa, a macieza do papel, o cheiro e a consistência."[4] A prodigiosa capacidade de trabalho do imortal *Águia de Haia* foi sumariamente referida por Lacombe,[5] ao informar que no ano de 1980 – quando se comemorou o cinqüentenário de inauguração da Casa – nada menos que 116 tomos contendo a obra de Ruy Barbosa já haviam sido publicados. E com o detalhe expressivo de que ele não dispunha de secretárias ou auxiliares, nem mesmo, sequer, de uma máquina de escrever.

A leitura das obras jurídicas de Ruy Barbosa assemelha-se, para os profissionais e estudiosos de Direito, a uma visita aos clássicos de nossa literatura como Gonçalves Dias (1823-1864), Castro Alves (1847-1871) – seu contemporâneo no curso de Direito nas *Arcadas* –, Olavo Bilac (1865-1918) ou Machado de Assis (1839-1908).

1.2 Os tempos fecundos do exílio

A coragem cívica, o vigor dos textos jornalísticos e o ardor da advocacia em causas políticas, principalmente quanto aos princípios constitucionais, fizeram

documentos contendo a sua assinatura. O seu maior biógrafo, Rubem Nogueira, assim procedeu nas obras premiadas *O advogado Ruy Barbosa*. Rio de Janeiro : Gráfica Olímpica, 1949 e *História de Ruy Barbosa*. Salvador : Progresso, 1957. No entanto, por fidelidade às fontes mais diversas, mantém-se a forma por elas adotadas (Rui), quando se tratar de transcrição de textos ou títulos de obras.

(2) Em *Rui Barbosa: escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro : Nova Aguilar, 1995, p. 480.

(3) PIRES, Homero. Rui Barbosa e os livros. *Rui: sua casa e seus livros*. Rio de Janeiro : Ministério da Educação e Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1980. p. 27.

(4) LACOMBE, Américo Jacobina. Rui e os livros. *À sombra de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1984. p. 142.

(5) *Rui: sua casa e seus livros*. Op. cit., p. IX.

de Ruy Barbosa uma figura temida pelo vice-Presidente Floriano Peixoto (1854-1895), o famoso *Marechal de Ferro* que assumiu a presidência em face da renúncia de Marechal Deodoro (1827-1892), ocorrida em 23 de novembro de 1891. Entre os movimentos dirigidos contra o governo autoritário de Floriano, se destacou a chamada *Revolta da Armada* (1893). Mesmo não tendo participado daquela conspiração, Ruy Barbosa saiu do Rio de Janeiro, "numa aventura cheia de riscos", para a Argentina, de onde mais tarde rumou para Londres, via Lisboa, lá permanecendo até junho de 1895, quando retornou ao Brasil.[6]

A experiência vivida no exílio foi muito fecunda. Poliglota, não foi difícil para ele conhecer de perto os costumes e as tradições da Inglaterra que desde menino ardentemente admirava e considerava a sua *pátria espiritual.* Lá exerceu atividades de jurisconsulto, mercê do conhecimento do sistema jurídico e das instituições do país da Rainha Victória (1819-1901), tendo o ensejo de emitir pareceres que lhe renderam bons honorários. Os textos mais relevantes de sua temporada no exílio foram os opúsculos reunidos mais tarde em livro sob o título de *Cartas da Inglaterra.* A obra condensa informações e opiniões sobre as coisas e os fatos do *Velho Mundo.* Entre os trabalhos escritos no exílio se destaca o exame dedicado ao processo criminal instaurado contra o jovem Capitão Alfred Dreyfus, cujas peças fundamentais eram transmitidas pela imprensa de Paris e Londres. O opúsculo remetido de Londres e publicado pelo *Jornal do Commercio* do Rio de Janeiro, no início de 1895 sobre o famoso *affaire*, foi a primeira manifestação afirmativa, que se tem notícia entre nós, da inocência de Dreyfus o que viria a se confirmar, anos mais tarde, com a revisão de sua condenação.

1.3 O processo Dreyfus

A condenação de Alfred Dreyfus (1859-1935), por ato de um Conselho de Guerra, em 1894, e o episódio de degradação, na manhã de um sábado, no pátio da Escola Militar, em Paris, caracterizaram os atos mais repulsivos desse histórico *erro judiciário.*

Capitão de artilharia em função junto ao Estado-Maior, Dreyfus, descendente de judeus alsacianos foi acusado, aos 35 anos de idade, de ser o autor de uma carta (o famoso *borderaux*), pela qual eram transmitidos ao adido militar alemão em Paris, Major Schwartzkoppen, informações sobre recursos e planos estratégicos do Exército francês. Submetido a um Conselho de Guerra integrado por sete oficiais, seus colegas de farda, acabou sendo condenado, por unanimidade de votos e em sessão secreta (*à huis clos*), à destituição das honras militares e ao degredo perpétuo na Ilha do Diabo (Guiana Francesa). Segundo registros confiáveis, o Conselho proferiu o seu veredicto louvando-se em meras presunções extraídas de um tipo de prova da qual não tiveram conhecimento o acusado e seu defensor (o intimorato advogado Monsieur Demange). Foi determinante para a condenação, a apontada semelhança dos caracteres da letra de Dreyfus com a do redator do *borderaux.* Prevale-

(6) NOGUEIRA, Rubem. *História de Ruy Barbosa,* cit., p. 144.

ceram, naquele triste caso, *razões de Estado* ou conveniências do Governo perante a necessidade de se reprimir energicamente a espionagem militar numa época em que muitos franceses estavam dominados pelo espírito de *revanche* contra os alemães, vitoriosos na guerra de 1870.[7]

A violação do princípio do *due process of law* foi comentada por um escritor português que se debruçou, "com piedade e indignação, sobre o martírio do Capitão Dreyfus".[8] Deplorou ele a violação de todas as regras e princípios de Direito consignados na legislação de todos os povos que garantem aos réus o conhecimento das provas em que se baseia a acusação.[9]

A França da época do julgamento ficou dividida em dois campos opostos, atiçados pelas paixões religiosas e políticas. E, segundo observou Ruy Barbosa, a pena de morte – prevista pelo art. 76 do Código Penal para aquele tipo de infração – somente não foi aplicada porque a Constituição de 1848 abolira o *homicídio legal* para os delitos políticos, entre os quais se incluía a traição.

O *caso Dreyfus* foi considerado por Emile Zolá (1840-1902) como "o mais absurdo dos folhetins policiais". Ao desditoso e honrado Capitão Dreyfus atribuiu-se a autoria de um papel incriminador, segundo o exame grafológico feito pelos peritos Belhomme, Varinald e Couard. A sua reabilitação, com a descoberta do verdadeiro autor do documento comprometedor, foi declarada pela Corte de Cassação, em 1906. Comentando o rumoroso processo, Ruy Barbosa lembrou que o seu segredo fora conseqüência de sua origem. Segundo notícias correntes na imprensa européia, dentro e fora da França, "todo o edifício da acusação assentava em um documento subtraído a uma legação estrangeira".[10] Os grafólogos foram denunciados na imprensa por Zolá como "mentirosos e fraudulentos em suas informações, a não ser que um exame médico os declare atacados de doença dos olhos ou do cérebro".[11]

1.4 A defesa de Ruy antecedeu a carta de Zolá

Apesar de não ser advogado constituído na causa, Ruy Barbosa acompanhou-a em lances essenciais através da imprensa francesa e inglesa naquilo em que lhe era possível o acesso. E já no segundo dia após a solenidade de aviltamento de Dreyfus, foi escrita em Londres a primorosa peça de defesa que seria trazida ao

(7) SENNA, Homero. *Uma voz contra a injustiça: Rui Barbosa e o caso Dreyfus*. Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1987. p. 1.

(8) Cf. Homero Senna. Op. e loc. cit.

(9) CARREIRO, José Bruno. *O drama do capitão Dreyfus*. Porto : Educação Nacional, s.d., p. 84.

(10) *Dreyfus*. Rio de Janeiro : Organização Simões, 1952. p. 37.

(11) A carta aberta, atacando o Estado-Maior francês e os principais condutores do processo, acarretou ao famoso romancista a condenação por uma corte criminal como ele já previra ao assumir os riscos de sua iniciativa libertária e imortal.

Brasil por um amigo de absoluta confiança, para ser publicada no *Jornal do Commercio*, do Rio de Janeiro, o que ocorreu na edição de 3 de fevereiro de 1895.

A corajosa iniciativa do Conselheiro antecedeu a célebre carta de Emile Zolá (*J'accuse*), publicada no jornal *L'Aurore*, dirigido por Georges Clemanceau, na edição de 13 de janeiro de 1898 e nominalmente destinada ao Presidente Félix Faure.

1.5 A polêmica sobre a prioridade da defesa

A propósito e procurando negar a *primogenitura* dessa defesa, Magalhães Júnior afirma que o jornal *L'Autorité*, na edição de 14 de dezembro de 1894 – vinte e quatro dias antes do opúsculo de Ruy – já condenara o julgamento a *portas fechadas*, em artigo de Paul Cassagnac, justamente o diretor daquele órgão conservador da imprensa francesa. O mesmo escritor brasileiro comenta outras matérias divulgadas nos jornais *Le Paris* (13.11.1894), *Archives Israelites* (6.12.1894) e *Le Figaro* (11.12.1894), concluindo que "tudo quanto Rui relata sobre as circunstâncias do processo, irregular e parcialmente conduzido, não é, por sua vez, senão o extrato do juízo dos jornais ingleses, imparciais e isentos, sem a paixão irracional dos anti-semitas da França, sem aquela rancorosa intolerância e aqueles excessos de mal compreendido patriotismo, que levaram até homens como Maurice Barrès, Georges Clemanceau, François Coppée, Jules Clarétie, Arsène Houssaye e outros a se alinharem nas fileiras exaltadas dos adversários de Dreyfus, constituindo uma força de pressão sem a qual não teria existido o ambiente propício à consumação da tremenda injustiça. Além de ser alheio a esse estado de espírito, Rui caíra sob a influência da imprensa inglesa, que, de um modo geral, tomara o partido de Dreyfus". E arremata: "O longo artigo de Rui, não passando de uma série de excertos, da simples tradução de trechos e mais trechos de reportagens e editoriais da imprensa inglesa, não lhe poderia conferir, por isso mesmo, qualquer espécie de prioridade."[12]

Essas observações cavilosas provocaram enérgica contestação,[13] como se poderá observar no escrito do Professor J. Soares de Melo. O Catedrático de Direito Penal da Universidade de São Paulo narra que, estando em Paris, dirigiu-se à Biblioteca da Rua Richelieu e ali compulsou todos os números do jornal *L'Autorité*, do período do processo e julgamento, e não encontrou um único artigo em que Paul de Cassagnac defendesse Dreyfus. Ao contrário, lamentava esse jornalista, em seus veementes escritos, que o suposto espião não pudesse ser fuzilado. Soares de Mello completa dizendo: "Até a publicação da carta de Rui,

(12) MAGALHÃES JR., Raimundo. *Rui, o homem e o mito*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2. ed., 1965. p. 204 a 206 (a acentuação é do original).

(13) A tentativa inócua de R. Magalhães Júnior, em detratar a vida e a obra de Ruy Barbosa, gerou as mais variadas manifestações de indignação. Um exemplo dessa *resistência à infâmia* se contém no livro de Oswaldo Orico, ocupante da Cadeira n.º 10, que o imortal tribuno fundou na Academia Brasileira de Letras, intitulado *Rui o mito e o mico*. Rio de Janeiro : Distribuidora Record, 1965.

nenhuma manifestação na França a favor de Dreyfus. Tendo estudado o assunto profundamente, desafio prova em contrário."[14]

1.6 O reconhecimento da primazia do patrocínio de Ruy

Na edição de 19 de fevereiro de 1898, o jornal *El Tiempo*, de Buenos Aires, traduziu e reproduziu, integralmente, o artigo de Ruy, destacando ser aquele "o primeiro arrazoado em favor de Dreyfus". As conclusões do jurista brasileiro – prosseguia o periódico argentino – "consideradas, quando ele as deu a lume, como aventurosas temeridades da sua preocupação jurídica, ou da sua mania liberal", acabaram de ser confirmadas pela justiça francesa.[15]

O jornal *A Imprensa*, dirigido por Ruy, em 1.º de novembro daquele ano, reproduziu o opúsculo de defesa, fazendo-o preceder das seguintes palavras, extraídas da citada edição de *El Tiempo*: "Foi o Sr. Rui Barbosa quem primeiro levantou a sua enérgica e autorizada voz contra as numerosas irregularidades do processo Dreyfus. O eminente jurisconsulto brasileiro, expatriado em Londres durante o ano de 95, escreveu ao *Jornal do Commercio*, do Rio de Janeiro, aquelas notabilíssimas cartas, que mais tarde foram publicadas em livro. Em uma dessas cartas da Inglaterra, o Dr. Barbosa faz a defesa de Dreyfus. (...) Hoje que novamente a atenção pública do mundo converge para o extraordinário caso Dreyfus, as alegações expostas com lógica irrefutável pelo Sr. Rui Barbosa, esclarecerão aqueles que há pouco tempo leram a carta de Emílio Zola, pedindo, num grito de sofrimento e desespero, justiça para quem legalmente ainda não fora julgado."[16]

No ano de 1899, Ruy Barbosa verteu para o francês a sua defesa e a publicou no Rio de Janeiro, através da Tipografia Leuzinger, sob o título *Le Premier Plaidoyer pour Dreyfus*. O opúsculo chegou às mãos do grande injustiçado, que o considerou extremamente curioso em face da data de sua primeira publicação. E isso é por ele mesmo admitido no capítulo III do livro *Souvenirs et Correspondance*, editado no ano de 1936, por iniciativa de seus filhos.[17]

Segundo o historiador Rubem Nogueira, foi a imediata intuição de Ruy Barbosa que detectou o erro judiciário contra o Capitão Dreyfus, como ele próprio reconhecera ao lhe atribuir o papel histórico de seu primeiro defensor. Depois dele é que Emile Zola produziu a célebre acusação aos manipuladores da falsa acusação.[18]

(14) J. Soares de Melo. *Rui e a questão Dreyfus – Refutação a R. Magalhães Jr.* São Paulo: RT, 1968, p. 99-129 e 87-88.

(15) Homero Senna. *Uma voz contra a injustiça*. Op. cit., p. 11.

(16) *A imprensa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1947, p. 2 e *Obras completas de Rui Barbosa*, 1898, v. 25, t. 2.

(17) *Souvenirs et Correspondance publiés par son fils*. Paris: Bernard Grasset, 1936.

(18) *História de Ruy Barbosa*. Op. cit., p. 145.

1.7 A revisão do processo e a reabilitação de Dreyfus

Quatro anos estar cumprindo a sua pena de banimento na Ilha do Diabo, a inocência de Alfred Dreyfus é reconhecida e a sua dignidade é reabilitada.

Em 1896 – dois anos após a condenação – o Comandante Picquart descobriu que o verdadeiro autor do *borderaux* era um oficial vinculado ao Estado-Maior francês, o Comandante Esterházy. Apesar daquela demonstração, o Senador Scheurer-Kestner não logrou obter a revisão do processo. O oficial Esterházy foi submetido a julgamento pelo Conselho de Guerra e absolvido. Mas a revisão passou a ser exigida por um grande número de franceses ilustres e obteve o apoio de Clemanceau, em *L'Aurora*, e de J. Reinach, em *Le Siècle*. Foi sob aquele generoso cenário de emoção e indignação que Zola publicou, a 13 de janeiro de 1898, a sua carta-aberta e que, embora nominalmente dirigida ao presidente da França, atacava o seu Estado-Maior e determinadas figuras do processo.

No mês de setembro de 1898 descobriu-se que a única peça existente nos autos *justificando* a condenação era um documento fraudulento, fabricado pelo Coronel Henry que, preso, confessou o fato e se suicidou. O Governo, que não mais poderia represar a onda de protestos internos e externos, autorizou a reabertura do caso. Os chamados *dreyfusistas*, situados à esquerda, exigiam "a justiça e a verdade" e promoveram uma notável campanha antimilitarista. Os *antidreyfusistas* se opunham à revisão, em nome da coisa julgada, da honra do Exército e reacenderam a campanha anti-semita. A França ficou dividida e passou a viver em uma atmosfera de *guerra da religião* e de confronto entre a mentira e a verdade. A Corte de Cassação determinou que Dreyfus fosse submetido a um novo julgamento. O Conselho de Guerra confirmou a condenação, em setembro de 1899, reconhecendo, porém, circunstâncias atenuantes. O indulto foi uma conseqüência desse novo pronunciamento e da pressão pública. Em 1906, a Corte de Cassação reabilitou a vítima do *erro judiciário* que, ao contrário de seu paradigma, não foi praticado por culpa (como a imprudência, a negligência ou a imperícia na avaliação da prova), mas por manifestações dolosas (dolo direto de alguns e eventual de outros). Dreyfus foi nomeado Chefe de Batalhão e agraciado com a Legião de Honra. No ano de 1930, a publicação dos *Cadernos* do adido militar alemão comprovou definitivamente a inocência do martirizado capitão. O verdadeiro culpado (mas não o único), fora Esterházy.

A propósito, Émile Zola arrola em sua carta-aberta os responsáveis pela farsa judicial: "*Acuso* o tenente-coronel Du Paty de Clam de ter sido o autor diabólico do erro judiciário, inconscientemente quero crê-lo, e de ter defendido depois sua funesta obra, durante três anos, valendo-se das astúcias mais absurdas e culpáveis; *Acuso* o general Mercier de se haver tornado cúmplice, ao menos por fraqueza de espírito, de uma das maiores iniquidades do século; *Acuso* o general Billot de ter tido entre as mãos as provas palpáveis da inocência de Dreyfus e tê-las abafado, tornando-se cúmplice nesse crime de lesa-humanidade e de lesa-justiça, com um fim político e para salvar o Estado-Maior comprometido; *Acuso* o general De Boisdeffre e o general Gonse de se terem tornado cúmplices do mesmo crime: um, sem dúvida, por paixão clerical; outro, quiçá, por esse espírito de classe que faz das repartições do Ministério da Guerra a arca santa inatacável;

Acuso o general De Pellieux e o comandante Ravary de terem feito um inquérito criminoso, quero dizer, um inquérito da mais monstruosa parcialidade, de que temos, no relatório do segundo, um monumento imperecível de cândida audácia; *Acuso* os três peritos grafólogos, senhores Belhomme, Varinald e Couard, de mentirosos e fraudulentos em suas informações, a não ser que um exame médico os declare atacados de doença dos olhos ou do cérebro; *Acuso* os funcionários do Ministério da Guerra de terem sustentado na imprensa, principalmente em *L'Éclair* e *L'Écho de Paris*, uma campanha execrável para ludibriar a opinião pública e encobrir as próprias faltas; *Acuso*, por último, o primeiro Conselho de Guerra de ter violado o direito, condenando um acusado com fundamento numa peça que se conservou em segredo, e *acuso* o segundo Conselho de Guerra de ter acobertado essa ilegalidade para cumprir ordens, cometendo o crime de absolver, conscientemente, um culpado. Fazendo tais acusações, sei que incorro nas penas dos artigos 30 e 31 da lei de imprensa de 29 de julho de 1881, que pune os delitos de difamação. É voluntariamente que me exponho a tais riscos. Quanto às pessoas que acuso, não as conheço, jamais as vi e não sinto por elas nem rancor nem ódio. Para mim, não são mais que entidades, espíritos de malefício social. E o ato que aqui realizo é apenas um meio revolucionário para precipitar a explosão da verdade e da justiça. Não tenho mais que uma paixão: a da luz, em nome da humanidade que tanto tem sofrido e que tem direito à felicidade. Meu protesto inflamado não é senão o grito de minha alma. Que ousem, pois, arrastar-me aos tribunais e que o inquérito se faça à luz do sol! Espero. Dignai-vos aceitar, Senhor Presidente, a expressão do meu profundo respeito. Émile Zolá."[19]

1.8 O texto da antológica defesa de Ruy

A seguir é publicado, integralmente e no estilo original, o imortal texto que constitui um dos mais expressivos arrazoados em defesa de princípios fundamentais do Direito, da Política e da Ética, sob o título *O processo do Capitão Dreyfus*. Os vícios do processo e do procedimento e o culto às tradições jurídicas da Inglaterra, constituem pontos expressivos do longo e substancioso arrazoado, pleno de informações e reflexões humanas, sociais, políticas e culturais. Vale reproduzir:

"Eis aí um fato, de expressão quase trágica, sobre o qual se acaba de exercer distintamente a consciência dos dois povos que a Mancha separa: um, na maneira de resolvê-lo; o outro, na de considerá-lo. Decompostas através dele, como dois feixes diferentes de luz coados pelo mesmo prisma, destacam-se em matizes característicos certas qualidades de ordem moral, predominantes no espírito e na história das duas grandes nações.

"Tudo quanto ressumbra das causas que geraram a terrível sentença, resume-se na frase interrompida, em que Me Demange, ao abrir da audiência, declarou que a acusação inteira assentava exclusivamente em um documento contestado. A esta revelação do advogado, o oficial presidente lhe cortou a palavra, votou-se o

(19) *Dreyfus*. Op. cit., p. 75 a 78 (ortografia do original).

huis clos, e a instância imergiu no mistério, cujo termo é a condenação do acusado a penas de irresgatável infâmia.

"Não me cabe descrever a cerimônia atroz da degradação militar, prelúdio feroz da expiação sobre-humana, que se abriu ontem para o malfadado. Essa cruel solenidade horrorizou a Europa. Antes de se separar irremissivelmente da pátria, amaldiçoado pelos seus conterrâneos, para ir agonizar, sob o indelével ferrete, em remoto presídio penal, esse infeliz passou pelos tratos do mais tremendo suplício conhecido na história das torturas morais. O formidável espetáculo fora preparado com todos os requintes da encenação regulamentar. Quando o condenado entrou no quadrângulo da Escola Militar, as insígnias, que ainda lhe sobressaíam na farda, já não figuravam ali senão por artifício convencional, como outros tantos estigmas no peito e na fronte daquele homem. O alfaiate substituíra de véspera as costuras por alinhavos; o cutileiro partira e ressoldara a espada, que no outro dia se devia quebrar publicamente diante das tropas. A lenta e implacável pragmática esgotou no flagelado o cálix das afrontas possíveis. Se entre elas não figura o esbofeteamento, dir-se-ia que não é senão para poupar à mão do executor o vilipêndio do contacto com o rosto do réprobo. Desde *képi* até às listas vermelhas das calças, um a um lhe caíram aos pés, arrancados por um subalterno, os emblemas da dignidade militar. Ficaram-no envolvendo apenas os restos negros e rotos da farda, imagem do luto pela honra que acabava de despir. Nesse miserável extremo ainda lhe coube a penitência de transpor as filas do quadrado; e, entregue então à polícia civil, submetido, como os criminosos comuns, à medição antropológica, passou das mãos dos seus camaradas às dos gendarmes, para acabar os dias em Nova Caledônia, entre a escória dos criminosos, onde a família irá respirar com ele o ar dos galés.

"Qualquer que fosse o crime daquele desgraçado, a rebuscada e caprichosa desumanidade dessa punição revolta profundamente o sentimento contemporâneo. Aqui o efeito foi de indignação e espanto. A repugnância ao escândalo por pouco se não transmudou em misericórdia e simpatia pelo aflito. 'A cerimônia da degradação', escreve o Sr. de Blowitz em um dos seus telegramas ao *Times*, 'apresenta hoje em dia um espetáculo de aspecto bárbaro, do qual nenhuma lição se pode colher. É deplorável que se não pudesse pronunciar a pena de morte.'

"A *Pall Mall Gazette*, uma das folhas inglesas que mais reserva guardaram no tocante ao processo Dreyfus, soltou esta tarde os diques ao seu *humour* e à sua severidade nestas palavras: 'Não há muito que a Europa metia à bulha o imperador da China pelo seu sistema obsoletamente bárbaro de punir arrancando botões ao acusado. Contudo, o contágio já se comunicou à França. Custa a perceber o proveito da repulsiva cena celebrada sábado na praça da Escola Militar. A degradação simbólica, nas leis militares, é uma relíquia da média idade, em que a investidura se operava também por um ritual solene. Compreendemos o clamor pela execução de espiões e traidores. Compreenderíamos, até, como recurso disciplinar, a eficácia e o valor de um aparato como esse, quando levado a efeito no campo de batalha. Mas, devemos confessá-lo, os pormenores da degradação, concebidos e postos por obra a sangue-frio, meses após a perpetração do alegado crime e semanas depois da sentença proferida contra o infeliz, deixam-nos a impressão de um penalidade quase materialmente idêntica à tortura'.

"Dilacerante, como é, todavia, essa expiação no seu cortejo de circunstâncias terríveis, não conseguiu moderar, em França, o espasmo de ódio insaciável, que agita contra o acusado todas as classes da população. 'Até agora', observa o correspondente do *Daily News*, 'não se imaginava a comoção de Paris, quando, já um século, ao reboar o grito de perigo da pátria, o rei e a rainha foram enviados ao cadafalso como cúmplices da invasão estrangeira.' Mas as cerimônias da guilhotina nem sempre acabam entre bravos e palmas, como a execução do assassino de Carnot. Entre os espectadores do patíbulo há, muitas vezes, corações tocados de compaixão e olhos úmidos de lágrimas. Na turba que cerceava de longe o suplício de Dreyfus só havia lampejos e acentos de ira. Tão miseranda é a sua sorte que a polícia, ao que se diz, terá de adotar precauções, para lhe defender a vida contra a indignação patriótica dos calcetas. E, segundo o *Figaro*, quando o ex-oficial, saciado de opróbrio, ao passar pelos oficiais da reserva, renovou o seu protesto insistente de inocência, um deles cuspiu-lhe à face o epíteto de 'Judas'.

'Este episódio' – telegrafa o correspondente do *Times* – 'recorda-me o que se deu, no ano de 1871, em Bordeaux, quando a Assembléia ali trabalhava. O serviço de sentinelas fora confiado à guarda nacional, que aderira à República, e tinha em conta de reacionária a Assembléia. Uma vez, quando Thiers descia as escadas do teatro, onde ela funcionava, um guarda nacional gritou: *vive la République!* Thiers, com o olhar chispeante, caminhou para o soldado, sacudiu-o pelo braço, e, com o agudo peculiar da sua voz, ainda mais timbrada pela paixão, lhe bradou ao ouvido: '*On ne parle pas sous les armes*'. Desconfio que ele teria dito o mesmo a este oficial da reserva, futuro guarda nacional.'

"Que faculdade sobre-humana deu àquele homem energia bastante, para sobreviver às emoções incomportáveis dessa provação? A não se tratar de um miserável, bronzeado na fronte, calejado no coração pela prática habitual dos vícios que emasculam o caráter, e saturam de impudor os mais baixos vilões, só duas forças seriam capazes de forrar uma alma contra a abjeção incomparável daquela queda, contra o desespero inaudito daquele destino: a insânia, ou a inocência. Ora, Dreyfus não tinha no seu passado uma nódoa, um traço duvidoso. Quinze anos de serviços imaculados e a alta posição de confiança, que ocupava no mais delicado ramo da administração da guerra, definem-lhe a fé de ofício. A superabundância dos seus recursos, a opulência de sua família, a simplicidade dos seus hábitos, a sua aversão ao jogo, a concentração exclusiva da sua vida particular nas afeições domésticas excluem a suspeita das seduções tenebrosas, que são freqüentemente a explicação obscura dessas catástrofes da honra. De onde viria, pois, a tentação inexplicável, que instantaneamente prostituiu aquele ornamento da sua classe, aquela nobre esperança dos seus concidadãos?

"Narram as testemunhas atentas do suplício que o executado não empalideceu nunca. Os passos não lhe vacilaram. Não lhe tremeu a voz. A cabeça esteve-lhe sempre ereta. Ao ver, de manhã, preparada a sua farda para a cerimônia, 'Capitão', disse ele ao oficial presente, 'estais sendo instrumento da maior injustiça deste século.' Quando, ao empuxão do executor, o *képi* lhe desceu sobre os olhos, a mão levantou-se-lhe como invocação de um inocente: 'Por minha mulher e meus filhos', exclamou, 'juro que sou inocente. Viva a França!' Aos apupos de um grupo de oficiais, 'com admirável império sobre si mesmo', diz um jornalista, respondeu

serenamente: 'Feri, mas não insulteis. Eu sou inocente'. E, ainda ao sair, no momento em que os gendarmes lhe punham algemas, teve forças, para dizer aos seus camaradas do 59 de infantaria: 'Crede-me, senhores, sou um mártir!'

"A insistência desse protesto, com as circunstâncias que o distinguem, precedem, e circundam, não tem analogia na crônica das hipocrisias do crime. Sua repercussão no jornalismo inglês, alheio às alucinações locais, sóbrio, como se sabe, em pontos de sentimentalismo, mas inclinado à retidão dos costumes jurídicos deste país, foi vasta e profunda.

"A *Pall Mall Gazette* enuncia-se assim: 'Segundo todas as informações, o Capitão Dreyfus sofreu a provação mais dilaceradora, a que se podia expor um homem, de cuja sensibilidade moral ainda restasse alguma coisa, com um estoicismo antes conciliável com o sentimento da inocência do que com a consciência do crime.' E, depois de considerar nas antecedências honrosas do condenado, conclui: 'A ser assim, Dreyfus será um inocente, ou um louco'.

"O *Daily Graphic*, que ainda se não pronunciara a favor dele, remata hoje com estas ponderações: 'As dúvidas existentes e francamente exprimidas fora da França na questão da criminalidade ou inocência de Dreyfus, não sofrerão quebra, por certo, em presença da singular fortaleza com que o condenado padeceu o medonho castigo. A sua firme protestação de inculpabilidade tende, naturalmente, a suscitar a crença de algum erro cometido contra ele'.

"Mas entre franceses não é lícito sequer pôr em dúvida o crime de Dreyfus: 'Quem quer que deixasse transparecer, a esse respeito, a menor incerteza, ou denotasse o mais leve sentimento de comiseração, seria encarado com o mesmo horror e o mesmo ódio que o próprio traidor'. Pleno arbítrio de negar a Deus, aluir a propriedade, santificar a comuna, divinizar Marat; mas obrigação estrita e universal de teimar e bater fé em como Dreyfus é o mais desprezível dos malfeitores. 'Nisto se afincou o público desde o primeiro dia', escreve um correspondente inglês. 'Criminoso de quê, esse criminoso? Ninguém o sabia; e, até hoje, ninguém dentre o público, o sabe. Todavia, a existência da traição passou em julgado como fato indisputável.'

"Onde o corpo de delito? Onde a identificação entre o seu autor e o acusado? Ninguém seria capaz de mostrá-lo. Ninguém viu o processo. Ninguém tem notícia de documentos, ou depoimentos. Fala-se em um papel, cuja letra se atribui ao condenado. Mas o que a esse propósito se conhece, por indiscrições publicadas no *Figaro*, é que, de cinco peritos ouvidos sobre o caráter da letra nesse escrito anônimo, se três reconhecem a de Dreyfus, dois sustentam o contrário.

"Essa multidão espumante, que cercava, ameaçadora, a Escola Militar, bramindo insultos, assuadas e vozes de morte, – que mais era, portanto, afinal, do que uma força violenta e cega, como os movimentos inconscientes da natureza física? Pela minha parte, não conheço excessos mais odiosos do que essas orgias públicas da massa irresponsável. Nada seria menos estimável, neste mundo, que a democracia, se a democracia fosse isto. Esses escândalos representam o pior desserviço à dignidade do povo, e constituem o mais especioso argumento contra a sua autoridade. Não é sob tais formas que ele se há de mostrar digno da soberania, cujo cetro as tendências da nossa época lhe reconhecem. Se o número não souber dar razão dos

seus atos, se as maiorias não se legitimarem pela inteligência e pela justiça, o governo popular não será menos aviltante que o dos autocratas. Nem a invocação da pátria imprime a tais desvios fisionomia menos antipática. Mal honram a pátria as contorções de um patriotismo histérico, que vive a se superexcitar com a obsessão de traições, que julga de oitiva, fulmina por palpites, e instiga os magistrados a prevaricarem, antepondo a popularidade à justiça.

"Aqui, onde não chega o revérbero ardente do braseiro francês, ninguém compreende o encarniçamento da imprensa daquele país sobre o cadáver moral de Dreyfus. O governo excluiu da cerimônia os jornalistas estrangeiros, sob uma razão de decência. O pudor da França queria encerrar no círculo doméstico o aparato da ignomínia de um homem, que vestia o glorioso uniforme do exército francês. Entretanto, no dia imediato à execução, parecia ter-se posto a prêmio entre os jornais, como tema de concurso literário, a descrição do espetáculo, sobre cuja humilhante crueldade se tinha querido baixar o véu da vergonha, o mesmo véu, que, ao menos por coerência, diz o *Standard*, devia ter coberto a execução de uma sentença, cuja gestação se incubou às ocultas.

"Não contentes, os diretores morais da opinião, naquela grande metrópole de tantas cruzadas humanitárias e liberais, encetaram uma campanha, a que se diz vai ceder o governo, para se aditar aos sítios de degredo a Guiana Francesa, que oferece aos irritados pela benignidade da condenação de Dreyfus a segurança de uma polícia mais eficaz e um clima ainda funesto ao homem do que o da Nova Caledônia. Custa a compreender que interesse nacional possa haver, deveras, para a França em acumular sofrimentos sobre os restos de vida sobrenadantes àquele naufrágio. Nessa extrema descaridade parece haver alguma coisa da mutilação após o sacrifício, que, em certos estados bárbaros, assinalava os costumes penais, e revelar-se a *bête humaine* acordando inesperadamente no homem civilizado. Pois em verdade ainda haveria agonias que espremer daquela agonia? Para a lição moral, assim como para o efeito expiatório, a medida ainda teria muito que encher?

"Como quer que seja, votar uma lei, para agravar a miséria de um condenado, seria singular novidade na história penal destes tempos. Nessa medida, adotada especial, senão expressamente, para sobrecarregar as conseqüências de uma sentença já proferida, ferindo um homem já esmagado, há uma intenção de vindita individual, um caráter de rancor, um elemento retroativo, que as noções de direito cristão não tolerariam. Não importa que seja apenas trocar degredo por degredo. Se a nova localidade se elege, por ser mais áspera, mais inóspita, menos habitável do que as contempladas na lei sob que se proferiu o julgado, a alteração projetada seria, em substância, uma verdadeira revisão de sentença por ato legislativo, isto é, um mal dissimulado exemplo dessa retroatividade penal, que as legislações contemporâneas estigmatizam.[20]

[20] Essa lei foi votada nas Câmaras francesas um mês depois, e o *Journal des Débats*, em editorial de 9 de fevereiro, exprimia-se assim a seu respeito:

"Ce n'est um secret pour personne que le projet de loi a été presenté, en vue d'un cas unique, à la suite de la condamnation prononcée contra l'ex-capitaine Dreyfus. Ce n'est pas assurêment una trés bonne habitude que celle que l'on prend d'improviser

"Se os oficiais que compunham o conselho de guerra dispusessem, na hipótese, da pena de morte, certamente, a meu ver, não hesitariam em pronunciá-la. Essa decisão, mais clemente e mais heróica a um tempo, encerraria, ainda, para a classe a que pertencia o degradado, a vantagem de poupar-lhe, com a eliminação imediata dessa existência aviltada, o reflexo inevitável de vergonha destingido sobre os seus antigos companheiros de armas. Só um obstáculo insuperável na letra da lei poderia deter a mão aos juízes fardados, em cujo espírito a indignação e a piedade, de mãos dadas, deviam pleitear pela pena capital.

"O tribunal recuou, com efeito, ante disposições legislativas na sua opinião inelutáveis. O art. 76 do Código Penal consignava a morte como a pena reservada aos crimes da natureza do imputado a Dreyfus. Mas a Constituição de 1848 aboliu a pena de morte nos delitos políticos, entre os quais se incluía a traição militar, e a Lei de 8 de junho de 1850 fixou, para esses casos, o degredo com prisão perpétua numa fortaleza, acrescentando que as pessoas incursas nessa cominação desfrutariam a liberdade compatível com a segurança necessária à custódia dos condenados.

"Não me cabe apreciar o acerto, ou desacerto, do direito francês neste ponto. Computando a traição militar entre os delitos políticos, ele obedeceu à lógica de uma filantropia, cuja influência se assinalou no Brasil republicano por um espécimen curioso, na extinção absoluta da pena de morte por estatuto constitucional, com reserva apenas das disposições militares em tempo de guerra. Todos aliás conhecem o valor dessa barreira moral em certos países. Na França, porém, os juízes de Dreyfus, apesar de homens de espada, a consideraram inviolável. Se houvessem de pronunciar-se como legisladores, o seu voto seria provavelmente diverso. Aquele que tachar de excessiva a pena de fuzil, para o crime de que se acusa Dreyfus, não poderia admiti-la para outro. Se há delito equiparável ao parricídio, é esse, felizmente não menos raro do que o seu congênere. O oficial que entregou ao inimigo os planos de defesa da pátria emparelhada com o que vende ao inimigo a vida dos seus camaradas. O opróbio dessa inconfidência suprema eqüivale ao da traição no campo. Um soldado, um cidadão não pode perpetrar atentado mais negro. Não há militar, não haveria talvez estadista, que não lhe cominasse resolutamente a última pena.

"Uma coisa, porém, é fazer a lei; outra, executá-la. E os julgadores de Dreyfus, unânimes em condená-lo, acordaram com a mesma unanimidade no respeito ao seu papel de aplicadores da vontade escrita do legislador.

"Na dignidade com que desempenharam essa grave magistratura, no império, que, a bem dela, exerceram sobre os seus próprios sentimentos e as paixões dos

ainsi des lois pour un fait spécial, pour ou contre un individu. Cette méthode de législation laisse infiniment à désirer.

"[...] Mais on n'aurait pas pu édicter une loi désignant les îles du Salut comme lieu spécial de déportation pour les traîtres, et appliquer cette loi à Dreyfus, sans créer une peine nouvelle avec effet rétroactif, et c'eût été une derogation regrettable à un des principes essentiels de la législation."

Nota incluída na 1. ed. em livro das *Cartas de Inglaterra* (Rio de Janeiro : Tip. Leuzinger, 1896).

seus compatriotas, aqueles sete oficiais deram à opinião versátil e irritadiça do país um exemplo virtuoso. A França, porém, não se satisfez com a sentença. No sentir, por que assim digamos, unânime de Paris, Dreyfus devia ter sido condenado à morte. Essa foi a voz das ruas, a da imprensa e a da tribuna. Os radicais trovejaram tempestades contra o governo e a situação social. O Parlamento incendiou-se em uma cena de escândalo. O próprio elemento moderado teve que render o seu preito à força da corrente, propondo às Câmaras, por órgão do governo, a cominação da pena extrema à espionagem em tempo de paz; como se a precipitação remediasse o caso julgado, ou se as reformas semeadas pelos furacões políticos na região do direito penal pudessem lançar raízes na consciência dos povos, e levantar-lhes a moralidade.

"O *povo soberano*, os partidos e governos, entre as nações sem disciplina jurídica, estão sempre inclinados a reagir contra as instituições que se não dobram aos impulsos das maiorias e às exigências das ditaduras. A lei foi instituída exatamente para resistir a esses dois perigos, como um ponto de estabilidade superior aos caprichos e às flutuações da onda humana. Os magistrados foram postos especialmente para assegurar à lei um domínio tanto mais estrito, quanto mais extraordinárias forem as situações, mais formidáveis a soma de interesses e a força do poder alistados contra ela. Mas há nações, que a não toleram senão como instrumento *dos tempos ordinários*; e, se encontram nela obstáculo às suas preocupações, ou às suas fraquezas, vão buscar a salvação pública nos sofismas da conveniência mais flexível, a cuja sombra os impulsos instintivos da multidão, ou as aventuras irresponsáveis da autoridade se legitimam sempre em nome da necessidade, da moral, ou do patriotismo.

"Não há mais odiosa iniqüidade, alegam, do que passar pelas armas o conscrito, cuja mão, sob o frenesi de um desvario momentâneo, se levantou contra o seu superior, e poupar a vida ao oficial, que refletida e interessadamente, *atraiçoa a sua pátria, isto é, alia-se, contra ela, ao estrangeiro*. Assim discorre a dialética, e assim raciocina o francês. Porque o francês não adverte em que a lei é a lei com todas as suas insuficiências, todas as suas desigualdades, todos os seus ilogismos, e em que a observância dela é o caminho para a sua reforma, único remédio real aos seus defeitos, menos funestos, em todo caso, do que o arbítrio da razão humana, encarnada no número, no poder, ou na força.

"Certo, responde o inglês, no seu ponto de vista, que acabo de antecipar; certo o crime de Dreyfus é tamanho, quanto o do pobre soldado, senão maior, muito maior. 'Mas' (e aqui deixo falar um dos mais altos inspiradores da opinião do Reino Unido), 'o caso é que a lei fixa a morte como a cominação adequada, numa espécie, não na outra; e *os exércitos não se mantêm senão pela mais rígida aderência a leis inflexíveis*. Se o Capitão Dreyfus fosse fuzilado, nenhum oficial mais nunca se sentiria em segurança; porque, de futuro, qualquer outra lei, que tocasse a oficiais, poderia ser conculcada por uma explosão do sentimento público. Assim, por exemplo, a que legitimasse a repressão militar de movimentos sediciosos. Se a lei favorece em demasia os traidores, é modificarem a lei. A Câmara francesa trata agora de converter em delito de pena capital a traição, ainda quando inspirada por motivos políticos. Pela nossa parte, não temos que objetar. Fuzilar, porém, o Capitão Dreyfus em virtude de uma disposição retroa-

tiva, seria extinguir esse sentimento de confiança na seriedade da lei, *tão essencial à disciplina quanto a própria severidade*.'

"Estas palavras são do *Spectator*, que representa, na Inglaterra, a mais fina flor da cultura jornalística e, ao mesmo tempo, o equilíbrio mais exato entre as opiniões moderadas.

"A tendência, não sei se diga francesa, se latina, a condenar por impressões, a antecipar as sentenças, a se substituir aos juízes, e a ditar arestos aos tribunais tomou, neste ominoso episódio, feições dignas de estudo no seu contraste com o sentir de aquém-Mancha.

"Dias antes do julgamento, o correspondente do *Daily News* tinha com certo advogado francês um diálogo, que mereceu reprodução integral em telegrama a essa folha, uma das mais influentes na política do país. – 'A opinião, hoje, nos tribunais', dizia o jurista, 'é que Dreyfus, infelizmente, sairá absolvido.' – 'Por que *infelizmente*?' – 'Porque é deplorável que esse canalha, desonra da França, não sofra o que merece.' 'Mas supondo que o conselho de guerra o absolva, não acreditais na honestidade dos juízes?' – 'Os juízes farão seu dever; mas, se absolverem, é porque não terão encontrado provas contra Dreyfus.' – 'Isso é claro', acudiu o jornalista. – 'mas o que eu quero dizer', retrucou o advogado, 'é que, se não se acharem provas, será porque as autoridades as terão sonegado.' – 'Suponde, porém, a inocência de Dreyfus.' – 'Se ele fosse inocente, acreditais que haveria da parte de potências estrangeiras (da Alemanha e da Inglaterra) todo esse afã por exculpá-lo?' – 'Mas deveras andam potências estrangeiras tão empenhadas na soltura de Dreyfus?' – 'Ora muito inocente sois em fazer tal pergunta.' – 'Mas demos que assim seja: não é culpa de Dreyfus.' – 'Talvez não; mas o fato demonstra o seu crime.'

"E era um homem do foro, versado no hábito de lidar com as delicadas questões da prova judiciária, quem, de olhos fechados, fulminava essa condenação absoluta, num caso cuja prova, até hoje, não se conhece, e a cujo respeito ninguém, fora do círculo dos membros do tribunal condenador, pode afirmar sequer a existência de provas, dignas de tal nome.

"O que nos deixa calcular ainda melhor a temeridade das prevenções, que agitam, neste assunto, a fibra doentia do patriotismo francês, é a mancomunação, em que se sonhou figurarem várias potências européias como co-interessadas no escape de Dreyfus. A Alemanha coube naturalmente o primeiro quinhão na suspeita, que obrigou a embaixada do império em Paris a sair à imprensa, protestando pela sua inocência na culpa do acusado. As folhas inglesas deram-se os parabéns de que o vizinho deste lado da Mancha não fosse escolhido, para substituir, na posição de *scapegoat*, de bode expiatório, o inimigo de além-Reno. Não há dois meses que o *Figaro*, com a perspicácia de *vieux malin* que se lhe conhece, dava ao mundo a estupenda nova de que os *sportsmen* ingleses de primeira classe, os *blasés* das emoções da caça ao tigre, se tinham organizado em excursão venatória a Madagascar, com o intento de aproveitarem a expedição francesa contra os Hovas, para se exercitar no *Tir aux Français*. 'Esse esporte de novo gênero, sem precedentes nos anais do mundo civilizado e, até, do mundo bárbaro, não é de todo novo' (acrescentava seriamente a folha parisiense) 'para os nossos amáveis vizinhos da outra banda do canal. Ao que parece, já se entrega-

ram a esse passatempo contra os nossos soldados dispersos em Tonkin e no Dahomey.' E, no país mais morbidamente sensível ao ridículo, essa ridícula monstruosidade percorreu circunspectamente, como rebate dado ao sentimento nacional, toda a imprensa francesa, produzindo nos ânimos superexcitação tal, que o governo teve que descer à necessidade de desmentir a grotesca atoarda. Ainda mais recentemente, não há duas semanas, creio eu, outro jornal francês contava, com o mesmo aprumo, a história do suborno recebido pelo Sr. Clemanceau do Tesoiro britânico, para advogar os interesses da Inglaterra no Parlamento e na imprensa. O deputado francês viera em pessoa a Londres, para embolsar ele mesmo a propina, que *Lord* Rosebery, o *Premier* inglês, se dignou de ir entregar-lhe no *Reform Club*, em Pall Mall. O *Daily News* esfrega as mãos de que a Inglaterra evitasse o estigma no caso Dreyfus. Essa fortuna, diz ele, vem provavelmente de estar já transbordando a taça da nossa infâmia com a transação entre *Lord* Rosebery e o Sr. Clemenceau.

"Não pode haver absurdo, já se vê, por descomunal e risível, que não encontre monção favorável na credulidade daquele país, quando a corda patriótica estremece em um desses períodos de vibração tão comuns ali desde 1870. Estranho fenômeno o da rapidez e intensidade com que, em uma nação de gênio tão lúcido, e qualidades tão fortes, esses desvarios emergem à tona da opinião agitada, assumindo às vezes a aparência das grandes vagas de tempestade.

"Considerando nisto, o observador estrangeiro dificilmente poderá furtar-se a uma impressão de dúvida em face do caso Dreyfus. Esse homem estava condenado pela intuição geral dos seus compatriotas, antes de sê-lo pelo tribunal secreto, que o julgou. Mas essa intuição ofereceria mais visos de solidez do que a que andou buscando entre as potências rivais da França outros tantos padrinhos e coréus do acusado?

"A *St. James Gazette*, em um editorial sob o título de *'Traitor or victim?'*, não vacilou em sugerir como perfeitamente possível a hipótese de uma injustiça na condenação de Dreyfus. 'Não é mister', diz ela, 'duvidar, um momento sequer, da honorabilidade dos oficiais, que constituíram o tribunal. De boa mente, e sem a mínima reserva mental, os damos por tão honestos, quanto os oficiais ingleses que funcionaram nos conselhos de guerra, a que foram submetidos os tripulantes e capitães do *Anson* e do *Victoria*. Mais não poderia dizer um inglês. E, todavia, não há quem, lendo as atas do processo nesses dois feitos, não concebesse as mais sérias desconfianças acerca da capacidade dos tribunais marciais como mecanismo fidedigno para a apuração da verdade. Um oficial e um *gentleman* não são necessariamente bons aquilatadores em questões de prova. E as circunstâncias, em que se reuniu o conselho de guerra francês, não favorecem a hipótese de que estivesse em condições de deliberar com toda a imparcialidade precisa.'

"Semanas antes do julgamento o ministro da guerra qualificara de indubitável a culpabilidade do acusado. O General Mercier, na opinião dos seus próprios conterrâneos, não prima pela discrição; e 'não seria absurdo supor que outros, além dele, no exército francês, tivessem formado juízo antes do processo'. A argüição pertence, por sua natureza, ao número das que mais tendem a suscitar prevenções imediatas contra o acusado. Essas prevenções surgiriam naturalmen-

te, ainda quando se não tivesse produzido a exaltação pública ateada pela declaração prematura do ministro da guerra. Nada perturba mais profundamente a serenidade aos homens públicos, em França, do que o receio de incorrerem na tacha de tibieza patriótica. A influência exercida por esse temor era singularmente agravada, na espécie, pela presunção de ameaça à 'defesa nacional'. Quando a cólera francesa se acende ao grito irreflexivo *Nous sommes trahis*, o incêndio lavra por todas as classes, poucos o evitam, e raros ousarão arrostá-lo. Os militares são, de mais a mais, especialmente susceptíveis neste particular. A imagem da Alemanha projetava sobre a questão o crepúsculo sinistro dos seus malefícios. O dever de hostilidade à velha inimiga acentuava-se em uma dessas nevroses, de que a mania da espionagem, tão comentada e já proverbial na imprensa inglesa, é outro sintoma peculiar. Dificilmente se conceberia, ainda em tribunais civis, o vigor de ânimo preciso, para julgar com calma, em França, a causa de um francês suspeito de pactuar com alemães. Que não será, nos tribunais militares, em pleito de antemão sentenciado pela 'opinião pública', e tratando-se, por cúmulo, de uma acusado, em cujas veias circula sangue judaico?

"O certo é que, valham o que valerem estas e outras interrogações, formuladas na imprensa inglesa, a cotação moral da sentença fulminatória contra Dreyfus ficará dependente sempre da confiança implícita, que os membros do conselho de guerra e a unanimidade do seu *veredictum* inspirarem, mais ou menos imperfeitamente, a cada espírito. Sete oficiais superiores não podiam conchavar-se no crime de condenar um camarada inocente. A prova, que satisfez com igual plenitude aquelas sete consciências, devemos supor que satisfaria absolutamente a outras quaisquer, por mais provectas, exigentes e severas na liquidação da verdade judiciária. Mas, se o crédito pessoal dos juízes e a confiança na sua capacidade profissional bastassem, para dispensar a garantia suprema da justiça, a publicidade, o argumento procederia com a mesma força em relação a todos os tribunais civis e militares, aos quais todos assiste a presunção de honra e competência; e, conseguintemente, o sigilo, a tradição medieva e bárbara, devia restabelecer-se como regra geral do processo. Rejeitar a conclusão, rigorosamente lógica, é confessar o vício da premissa. A clandestinidade do processo inquina de suspeita as decisões mais justas. Os tribunais mais ilustres dependem, para a sua respeitabilidade moral, da luz, que derramam sobre o espírito público, do esclarecido assentimento, que neste conquistam.

"Mas o segredo, no processo Dreyfus, é, talvez, conseqüência da sua origem. Segundo as notícias correntes na imprensa européia, dentro e fora da França, todo o edifício da acusação assentava em um documento subtraído a uma legação estrangeira. Divulgá-lo seria arriscar, a um tempo, a segurança do país e a honorabilidade da acusação. Confessar a subtração era colocar-se mal, para vindicar a honra da nação, e dar ao exército, na condenação do acusado, uma lição de honra. Resta saber se a contradição moral envolvida nesse proceder não é antes uma homenagem às paixões intolerantes do que um serviço à justiça pacificadora.

"Como quer que seja, na Inglaterra a forma inquisitória dada em França a esse julgamento seria hoje impossível. O *Times*, a tradição viva deste país, exprimiu o sentimento inglês sobre o assunto num artigo memorável. Não sei resistir ao prazer de transcrever-lhe os trechos capitais. Fá-lo-ei, porque, além de tudo, nenhum país necessita mais de lições como esta do que o Brasil destes dias.

'Quando entramos a considerar nas circunstâncias do processo' (diz ele), 'não podemos acabar conosco ocultar o nosso espanto, ao vermos o modo positivo como, em Paris, vulgo e imprensa dão por incontroversa a criminalidade do acusado. Asseveram-nos que a opinião pública e os periódicos aprovam unanimemente o *veredictum* do conselho de guerra. Mas o processo correu a portas fechadas, e o público parisiense, portanto, absolutamente não pode ter fundado a sua aquiescência no conhecimento dos fatos, em que assentou a condenação. Ao instaurar-se o processo, a semana passada, o acusador por parte do governo reclamou que a investigação se fizesse em segredo. A regra geral em vigor nos tribunais militares, em França, fulmina de nulidade os processos, que se não celebrarem publicamente; mas reserva aos juízes o arbítrio de estabelecer o sigilo, nos casos em que a publicidade lhes pareça envolver risco para a moral, ou para a ordem. Assim se resolveu na espécie do Capitão Dreyfus. O seu advogado, M.e Demange, lavrou protesto, e tentou argüir o ponto. Mas cortaram-lhe peremptoriamente a palavra. Qual seja o documento, a que ele aludiu como o único esteio da acusação, e porque reputaram necessário ocultar-lhe o caráter e a origem, questões são estas, que a resolução do tribunal deixou à mercê das conjecturas públicas. É a voz que o documento, ou os documentos, subtraídos pelo Capitão Dreyfus, tinham sido comunicados por ele à embaixada alemã, e que desta se retiraram por outro ardil do mesmo gênero. Mas, apesar de terem sido secretos os trabalhos do conselho de guerra, foram dados a lume os nomes das testemunhas, e deste modo se sabe que nem de uma nem da outra parte se citou a juízo ninguém da embaixada alemã, ou de outra qualquer legação estrangeira.

'Não queremos censurar o melindre do povo francês a propósito de infrações que envolvem, não só a segurança de uma grande potência militar, senão também a santidade de deveres particularmente imperiosos para o soldado. Contudo, não podemos deixar de refletir que, quanto mais odioso e impopular for um crime, tanto mais de preceito é que a sua verificação e o seu castigo se rodeiem de todas as salvaguardas da justiça pública. *E delas a mais indispensável é a publicidade.*

'Na Inglaterra seria impossível admitir uma agregação de oficiais, fossem quais fossem, o direito de julgar a portas cerradas uma querela susceptível de resolver-se em penas infamantes, mais aniquiladoras, por assim dizer, para um homem de honra, do que a própria morte.

'Em verdade, a prevalecer o aresto desentranhado agora dos piores dias da revolução e do absolutismo napoleônico, não há motivo para não se deliberarem nas mesmas condições, a portas fechadas, sentenças capitais, sob o pretexto, cujo árbitro absoluto ficaria sendo o próprio tribunal, de que a ordem periclitaria com a publicidade.

'Pode haver, bem se compreende, importantes documentos militares, tais quais os que se dizem desviados pelo Capitão Dreyfus, cuja natureza dite às autoridades prepostas ao serviço da guerra a conveniência de obstar-lhes a ventilação pública do conteúdo. Mas nada mais fácil a qualquer tribunal do que discutir a identidade desses documentos, e tratar a questão do seu extravio criminoso, ou da sua apreensão ilegítima, sem consentir, entretanto, em que a sua matéria transpire. Do que se praticou no processo Dreyfus, a parte censurável não está em se encobrir ao público o teor dos papéis, que se averbam de furtados, senão sim em

condenar o réu, sem a comprovação, em tribunal aberto e mediante depoimentos solenes, *de que o acusado foi realmente o autor do furto.*

'Os membros do conselho de guerra eram, não há dúvida, homens de bem, cujo empenho se cifrava em fazer justiça. Mas, por outro lado, não podemos esquecer que o caráter da imputação, de que se fazia cargo ao Capitão Dreyfus, devia, pela sua índole, predispor contra ele o espírito do exército, bem como o do povo, e que o único amparo contra essa influência havia de estar na publicidade assegurada aos argumentos da defesa e à inquirição das testemunhas. Além de que é para temor que a propaganda anti-semítica, acesa em França, avivasse a hostilidade contra o Capitão Dreyfus, membro de uma família hebréia bem conhecida, e a favor de quem um homônimo, o Grande Rabino de França, foi nomeado testemunha. A presunção é, certamente, que a sentença do conselho de guerra obedeceu à prova confidenciada exclusivamente a esse tribunal. Mas as condições de sigilo infelizmente imposto ao processo geram dúvidas, que, no caso de argüição tão grave, associada a penas severas e oprobiosas, não deviam ficar indecisas. Se importa ao povo francês guardar os segredos da administração da guerra, *infinitamente mais importante é, para ele, preservar, nas suas instituições, a justiça pública da suspeita sequer de iniqüidade, ou de subserviência às correntes da paixão popular.*'

"Esse hábito de colocar os direitos permanentes da justiça em altura inacessível às conveniências do governo, às crises da política, ao clamor das tormentas populares, é a virtude cardeal da Inglaterra. Todas as opiniões e todos os partidos, aqui, estão unificados no sentimento inerradicável desta necessidade.

"Essa unanimidade, perpetuada através de todas as situações, nos dias prósperos e nos dias calamitosos, infundiu ao indivíduo uma confiança absoluta na ordem social, e apoiou solidamente nessa confiança o interesse comum; de modo que o povo mais individualista da terra é, ao mesmo tempo, aquele onde mais desenvolvida se acha a consciência ativa da solidariedade humana e da coesão nacional. Graças a essa estabilidade e a essa soberania do princípio jurídico, dominando todas as esferas da vida coletiva como a lei a que todas as outras leis se subordinam, é que a Inglaterra descreve, entre as outras nações, essa longa órbita de paz, cuja curva majestosa ainda está por medir.

"Outros povos, muito menos confiantes na justiça, têm nela apenas um frágil teto de vime artístico para os dias tranqüilos e azuis, devassado, roto e lançado ao chão pela primeira borrasca que desce do céu. Esses, quando os ventos maus lhes toldam o horizonte, dão-se pressa em abandonar as garantias do direito, como os primeiros esteios ameaçados, para ir pedir ao empirismo dos políticos sem convicções, ou à estrela dos déspotas sem escrúpulos a panacéia miraculosa, ou o signo salvador. E então os mais desacreditados instrumentos da arte de oprimir, os golpes de autoridade, os tribunais de exceção, as justiças secretas se preconizam em novidades salutares, e dominam sem freio, ora em nome das leis, sofismadas mais ou menos capciosamente sob color do bem público, ora em nome do bem público, declaradamente sobreposto às leis. Essas nações, fadadas ao cativeiro alternativo da anarquia e da ditadura, cuidam fugir da desordem, evocando o arbítrio, e não fazem mais do que oscilar periodicamente entre a agitação demagógica e a inércia servil. É para elas que se imortalizou a frase de Sieyès: 'Não sabem ser justos, e querem ser livres!'

"Afortunada condição, a todos os respeitos e insular no meio do mundo contemporâneo, a deste país! As suas antigas liberdades, as mais veneráveis da terra, desafiam intempéries e perigos, abrigadas à toga dos seus juízes, como as crenças austeras do seu culto sob o mármore das suas velhas catedrais.

'Com que palavras poderemos deplorar assaz o infortúnio de viver sob um governo como o nosso?' dizia, sob Luiz XVI, uma amiga de Turgot.[21] 'Fraca e desditosa criatura como sou, eu preferiria, contudo, a sorte do mais insignificante membro da nação inglesa à de soberano da Prússia.' Quantas vezes, aqui, o forasteiro experimentado nas misérias da impostura das formas liberais nos nossos tempos, sob as democracias mais pretensiosas, não será levado a fazer, em relação a elas, com *a república do Reino Unido*, o mesmo confronto, que M.lle de Lespinasse, nos fins do século dezoito, em relação à monarquia francesa, evolver os olhos, com a mesma inveja, para este torrão tranqüilo, onde amadurecem, na paz e na liberdade, para uma raça privilegiada, os frutos doirados da justiça!"[22]

2. A violação de princípios fundamentais do processo penal

2.1 Uma revisão contemporânea do processo Dreyfus

Uma revisão do processo movido contra o Capitão Dreyfus à luz dos princípios fundamentais do processo penal em um Estado Democrático de Direito dos dias correntes, mostra que várias foram as transgressões cometidas não somente em relação ao acesso e à produção dos meios de prova como, também, frente a outros interesses comunitários como a publicidade dos debates e da decisão.

O processo judicial ou administrativo deve estar submetido a um regime de legalidade no qual despontam determinados princípios fundamentais para adquirir validade e eficácia. Eles se relacionam à *promoção processual*, ao *prosseguimento processual;* à *prova* e à *forma.* Entre os princípios relativos à prova se destacam: *a)* o *princípio da investigação*; *b)* o *princípio da verdade material*; *c)* o *princípio da livre apreciação; d)* o *princípio* in dubio pro reo.[23] E quanto aos princípios referentes à forma, avulta o da *publicidade* dos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário e das respectivas decisões.

(21) M.lle de Lespinasse *apud* Lady Blennerhassett. *Madame de Staël.* [Trad. Ingl.] London, Chapman and Hall, 1889, v. I, p. 70.

Nota incluída na 1. ed. em livro das *Cartas de Inglaterra* (Rio de Janeiro: Tip. Leuzinger, 1896).

(22) Datada de Londres, 7 de janeiro de 1895. Extraída de *Cartas de Inglaterra.* Rio de Janeiro : Ministério da Educação e Saúde, 1946. p. 13-38 (*OCRB*, v. 23, t. 1, 1896). Reproduzida por Homero Senna, em *Uma voz contra a injustiça.* Op. cit., p. 25 a 40 (notas de rodapé e destaques em grifo, do original).

(23) Este último é inerente ao processo penal e também ao processo administrativo-disciplinar.

2.2 O princípio da investigação

O princípio da investigação constitui elemento integrante da estrutura basicamente acusatória do processo penal. A sua característica essencial está na autonomia do juiz ou tribunal para a apuração dos fatos, acima e além da vontade das partes. A investigação constitui um fenômeno relativo ao *impulso* do procedimento e também à *descoberta dos fatos*. Daí a designação paralela de *princípio da verdade material.*

2.3 O princípio da verdade material

A descoberta da verdade material, nos crimes de ação pública e nas ações cíveis versando sobre interesses coletivos ou individuais indisponíveis, constitui um poder-dever do Estado, posto que a administração da justiça é uma das suas elementares obrigações.

Como acentuam Ada Pellegrini Grinover e outros, em face da "colocação publicística do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e do próprio Estado. Assim, a partir do último quartel do século XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de espectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas, conhecer *ex officio* de circunstâncias que até então dependiam das alegações das partes, dialogar com elas, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares, etc".[24]

Assim ocorre, portanto, no âmbito do processo penal, civil ou administrativo quando o litígio versar sobre interesses da coletividade ou direitos individuais de que não se pode dispor. O magistrado, para melhor decidir uma causa envolvendo disputa entre pais e filhos menores, por exemplo, está legitimado a proceder de ofício quanto à colheita da prova. A propósito dispõe o art. 130 do Código de Processo Civil que cabe ao juiz determinar, de ofício (ou a requerimento da parte), "as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias". A regra se insere no conjunto de normas que realçam os princípios da investigação e da verdade material como assunto de interesse comunitário e não apenas uma faculdade no campo probatório, a ser exercida pelos litigantes. Essa conclusão repousa no dispositivo paradigmático, segundo o qual "ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade" (CPC art. 339).

No sistema do Código de Processo Penal, o art. 156 constitui o *marco de referência* quanto à posição dinâmica do magistrado que não permanece neutro

(24) ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* São Paulo : Malheiros, 11. ed., 1995. p. 64.

diante do confronto das partes: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligência para dirimir dúvida sobre ponto relevante".[25] Essa regra se desdobra no art. 196 ("A todo o tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório") e no parágrafo único do art. 502 ("O juiz poderá determinar que se proceda, novamente, a interrogatório do réu ou a inquirição de testemunhas e do ofendido, se não houver presidido a esses atos na instrução criminal").

2.4 O princípio da livre apreciação da prova

O princípio da livre apreciação da prova também integra a relação dos princípios inerentes à reconstituição dos fatos e está consagrado no art. 131 do Código de Processo Civil[26] e art. 157 do Código de Processo Penal.[27] Sob outro aspecto, o princípio reflete uma das garantias elementares para o exercício imparcial da jurisdição. Com efeito, dispõe a Constituição Federal que os juízes gozam das garantias de *vitaliciedade, inamovibilidade* e *irredutibilidade de vencimentos* (art. 95) e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC 35/79) declara entre os *deveres* do magistrado o de cumprir e fazer cumprir "com *independência*, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício" (art. 35, I).

A regra do art. 182 do Código de Processo Penal ("O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou *rejeitá-lo*, no todo ou em parte") e do art. 436 do Código de Processo Civil ("O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados no processo") se aplicam perfeitamente ao processo ora revisto, não somente no plano das regras do processo comum como também do processo especial. Com efeito, dispõe o art. 297 do Código de Processo Penal Militar (Dec.-lei 1.002/69) que "o juiz formará convicção pela livre apreciação do conjunto das provas colhidas em juízo. Na consideração de cada prova, o juiz deverá confrontá-la com as demais, verificando se entre elas há compatibilidade e concordância". E mais especificamente, reza o art. 326 do mesmo Estatuto castrense: "O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte".

2.5 O princípio in dubio pro reo

A dúvida jamais pode autorizar uma sentença condenatória em matéria criminal ou disciplinar. Esta é a firme orientação da jurisprudência abastecida por antigas fontes que admitem o natural desconhecimento por parte dos indivíduos quanto ao universo dos fatos naturais e humanos. Negando que a dúvida pudesse

(25) Corresponde ao art. 296 do CPPM.

(26) CPC art. 131. "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o entendimento".

(27) CPP art. 157. "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova".

reduzir-se à *equivalência dos raciocínios contrários*, Aristóteles identificou-lhe as faces distintas: *a)* como estado subjetivo de *incerteza*; *b)* como situação objetiva de *indeterminação*.

Em página antológica, o magistrado Souza Neto adverte, com elevação, que não se pode condenar alguém em estado de dúvida: "Não há um princípio de Filosofia, um dogma de moral, um cânone de religião, um postulado de bom senso, uma regra jurídica que autorize um pronunciamento condenatório an dúvida (...) A justiça só vive da prova. Só o arbítrio se alimenta do monstro da presunção. A dúvida é a certeza dos loucos. Estes são julgados, não julgam."[28]

Em tema de processo penal militar, à luz do sistema positivo brasileiro, pode-se concluir que o generoso princípio está albergado pelo art. 439 do Código de Processo Penal Militar, ao prever as causas de absolvição a serem consideradas pelo Conselho de Sentença: *a)* estar provada a inexistência do fato, ou não haver prova da sua existência; *b)* não constituir o fato infração penal; *c)* não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal; *d)* existir circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade ou imputabilidade do agente; *e)* não existir prova suficiente para a condenação. Prevalece em tais situações a regra segundo a qual "ônus da prova compete a quem alegar o fato" (CPPM, art. 296). É incumbência da acusação demonstrar a existência do fato típico, ilícito e culpável. A dúvida, portanto, em relação à ocorrência ou não de determinado *fato* deve ser resolvida em favor do acusado. Sempre que se caracterizar uma situação de prova dúbia, aplica-se o generoso princípio.

Quanto ao processo do Capitão Dreyfus, a absolvição deveria ser determinada com base na primeira hipótese (não haver prova da existência do fato), posto que o *borderaux* era um documento falso. Em outra opção do Conselho Militar, respeitado o princípio *in dubio pro reo*, a solução absolutória estaria fundada na cláusula da *ausência de prova suficiente* para a condenação.

Ao princípio do *in dubio pro reo* deve somar-se a regra elementar segundo a qual a simples presunção não pode fundamentar uma condenação. A propósito, declarava o Código Criminal do Império (1830): "Nenhuma presumpção, por mais vehemente que seja, dará motivo para imposição de pena" (art. 36).[29]

Sob outro aspecto, a garantia constitucional do *direito de calar*, como um dos aspectos do princípio de que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo em processo criminal[30] e o princípio da presunção (*juris tantum*) de inocência, se

(28) *A mentira e o delinqüente*. Op. cit. em *A tragédia e a lei*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1959. p. 5.

(29) Não se desconhece a existência de precedentes no sentido de que a reunião de indícios convergentes e veementes podem autorizar a condenação penal (*RT* 395/309; 673/357; 401/285). Mas a melhor orientação é a que reproduz a lição do Código do Império, como a adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, *verbis*: "Os indícios, por mais veementes que sejam, não bastam para alicerçar um juízo condenatório" (*RT* 450/380) e pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (JTACRESP 51/422; 56/265 e 312; 58/253).

(30) A regra se contém no § 2.º do art. 296 do CPPM: "Ninguém está obrigado a produzir prova que o incrimine, ou ao seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão".

opõe ao juízo presuntivo para reconhecer a autoria ou a materialidade de um delito, na ausência de prova direta ou indireta. Os meros *indícios*[31] não são suficientes em face da exigência do exame de corpo de delito sempre que a infração deixar vestígios, sob pena de nulidade do processo.[32] Com efeito, se o silêncio do réu não pode mais ser interpretado em prejuízo da defesa,[33] também a recusa em doar material para o exame pericial deve autorizar a mesma conclusão.

2.6 A proibição da prova obtida por meios ilícitos

É curial que o procedimento a ser adotado para a realização dos meios de prova deve ser legal e legitimamente adequado, como o exige a Constituição declarando a inadmissibilidade da prova colhida por meio ilícito (art. 5.°, LVI). Antes mesmo da Carta Política de 1988, assim já o declaravam o Código de Processo Penal Militar[34] e o Código de Processo Civil.[35]

O projeto de Código de Processo Penal, aprovado pela Câmara dos Deputados no ano de 1983[36], estabelecia: "Todos os meios legais, ainda que não especificados neste Código, são admissíveis para provar a verdade dos fatos, e, quanto ao estado das pessoas, devem ser observadas as restrições à prova estabelecidas na

(31) CPPM, art. 382. "Indício é a circunstância ou fato conhecido e provado, de que se induz a existência de outra circunstância ou fato, de que não se tem prova".

(32) CPPM, art. 328. "Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado." CPP art. 500, III, *b* (nulidade por ausência do exame de corpo de delito).

(33) "O acusado tem o direito de permanecer em silêncio ao ser interrogado, em virtude do princípio constitucional – *nemo tenetur se detegere* (art. 5.°, LXIII), não traduzindo esse privilégio auto-incriminação." (STF, 1.ª Turma, HC 75.616-6 (SP), rel. Min. Ilmar Galvão, j. 07.10.1997, em *DJU* 14.11.1997, p. 58.767-768) E "Interrogatório – Acusado – Silêncio. A parte final do art. 186 do CPP e do art. 305 do CPPM, no sentido de o silêncio do acusado poder se mostrar contrário aos respectivos interesses, não foi recepcionada pela Carta de 1988, que mediante o preceito do LVIII (sic) do art. 5.°, dispõe sobre o direito de os acusados, em geral, permanecerem calados". (STF, 2.ª Turma, RE 199.570-0 (MT), rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.12.1997, em *DJU* 20.03.1998, p. 17; *apud* Alberto Vilas Boas. *Código de Processo Penal: Anotado e Interpretado*. Belo Horizonte : Del Rey, 199, p. 219).

(34) CPPM art. 295. "É admissível, nos termos deste Código, qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou à disciplina militares".

(35) CPC art. 332. "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa".

(36) Projeto de Lei 1.655 – B, publicado no Diário do Congresso Nacional de 19.10.1984, p. 002 *et seq.* O referido *disegno di legge* após aprovação com emendas na Câmara dos Deputados foi remetido ao Senado Federal e dali retirado pelo Governo.

lei civil" (art. 255). E o § 1.º do mesmo dispositivo era bem expressivo: "As provas obtidas por meios ilícitos não podem ser consideradas pelo juiz para formação de sua convicção".

Todo e qualquer elemento probatório, colhido por meio ilícito, repugna a consciência jurídica posto atentar, inclusive, contra a *dignidade da pessoa humana* que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III).

Muito a propósito, assim leciona Figueiredo Dias: "Por isso se diz que em processo penal está em causa, não a 'verdade formal', mas a *verdade material*, que há-de ser tomada em duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo 'absoluta' ou 'ontológica', há-de ser antes de tudo uma verdade *judicial, prática* e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço mas *processualmente válida*."[37]

2.7 A publicidade dos julgamentos

A publicidade dos julgamentos efetuados pelo Poder Judiciário é uma das garantias fundamentais do *due process of law*, expressamente declarada em nossa Carta Política: "A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem" (art. 5.º, LX). E em outra parte, reservada ao funcionamento do Poder Judiciário, a Constituição reza que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos (art. 93, IX).

Relativamente às audiências, sessões e atos processuais, a publicidade já havia sido garantida, como regra geral, pelo Código de Processo Penal, ressalvadas as hipóteses da prática da justiça a *portas fechadas* visando prevenir escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem (art. 792 e § 1.º).

No sistema do processo penal português, vigora também a mesma orientação como se poderá verificar pelo art. 86 do Código de Processo Penal de 1987. Comentando o dispositivo, Maia Gonçalves salienta que o Código inverteu a posição tradicional em matéria de segredo da justiça, pois formulou como regra e sob a cominação de nulidade, a publicidade dos atos processuais a partir da instrução.[38]

O processo penal – comum ou especial – é sempre um *assunto da comunidade* como tem sido afirmado insistentemente e a publicidade dos atos de instrução judicial caracteriza uma das expressões de vigor dos regimes democráticos.

2.8 A forma como garantia de validade do processo

Dispõem o art. 159 e parágrafos do Código de Processo Penal: "Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por *dois* peritos oficiais. *§ 1.º*. Não

(37) FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra : Coimbra, 1981. v. I, p. 193-194 (grifos do original).

(38) MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes. *Código de Processo Penal anotado*. Coimbra : Almedina, 1991. p. 160.

havendo peritos oficiais, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, escolhidas, de preferência, entre as que tiverem habilitação técnica relacionada à natureza do exame. *§ 2.º* Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo." O art. 422, primeira parte, do Código de Processo Civil, é imperativo: "O perito cumprirá *escrupulosamente* o encargo que lhe foi cometido, independentemente do termo de compromisso." A regra, aplicável por analogia ao processo penal, comum ou militar,[39] é completada, quanto à perícia criminal, pelo disposto no art. 319 do Código de Processo Penal Militar: "Os peritos descreverão minuciosamente o que examinarem e responderão com clareza e de modo positivo aos quesitos formulados, que serão transcritos no laudo."

É curial que a desobediência às regras de procedimento para a realização do exame, acarreta a sanção de nulidade do respectivo ato (CPPM art. 500, IV), ou seja, por "omissão de formalidade que constitua elemento essencial do processo".

Passados quase 150 (cento e cinqüenta) anos da publicação dos clássicos *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*, continuam vivas as palavras que o espírito e o talento de Pimenta Bueno modelou nesta lição de resistência contra o arbítrio: "Os termos e condições que a lei prescreve, são meios protectores que garantem a execução imparcial da lei, a liberdade e plenitude da accusação e da defesa: são pharóes que assignalão a linha e norte que os magistrados e as partes devem seguir, precauções salutares que encadeão o arbitrio e os abusos, que esclarecem a verdade, e dão authenticidade ou valor legal aos actos."[40]

E, mais incisivamente, arremata o mestre imortal: "É de maxima necessidade que haja inteira pontualidade nos actos substanciaes ou importantes do processo criminal, regras fixas; aliás não será possivel esperar a manifestação do crime ou da innocencia. É pois *conseqüente annular-se o processo, desde que são preteridas as suas formulas substanciaes, ou as cominações expressas da lei, porquanto o que se pratica contra seus preceitos nada vale: seria contradictorio estabelecel-as com esse caracter, e deixar violal-as impunemente.*"[41]

Muito pouco valeria a garantia instituída pelo princípio da legalidade em relação aos delitos e às penas (*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*) se o sistema da justiça criminal não cuidasse também da legalidade em relação aos atos e termos do processo.

Quando a forma visa preservar interesse de ordem pública – como na contraditoriedade e amplitude de defesa – a sua violação constitui nulidade absoluta. E as nulidades absolutas "não exigem demonstração do prejuízo, porque nelas o

(39) CPP art. 3.º. "A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito". Os princípios gerais de Direito e a analogia podem preencher os casos omissos no CPPM, conforme dispõe o art. 3.º, incisos *d* e *e* deste Estatuto.

(40) PIMENTA BUENO, José Antonio. *Apontamentos*. Op. cit., Rio de Janeiro : Empreza Nacional do Diario, 1857. p. 59-60.

(41) Op. cit., p. 60. (grifos meus).

mesmo é evidente".[42] Também concluindo que a nulidade absoluta fica a salvo da advertência contida no art. 563 do Código de Processo Penal é o ensinamento de Paulo Sérgio.[43]

Tem-se entendido, e sem objeção plausível, que a violação dos princípios constitucionais incidentes no sistema e no funcionamento do processo penal, caracteriza nulidade absoluta. Com efeito, a obediência às regras do *devido processo legal* constitui requisito essencial para a correção da prestação jurisdicional.[44]

2.9 O devido processo legal

A obediência à *forma* legalmente estabelecida para a realização dos atos processuais constitui uma das faces do *devido processo legal.*

A Constituição de 1988, inovando em relação às leis fundamentais anteriores, consagrou expressamente o princípio do *due process of law.*

Sob o regime das leis fundamentais anteriores o generoso princípio poderia ser extraído por via implícita, assim como se continha na *cláusula salvatória* da Constituição Federal de 1967, com a Emenda 1/69 (art. 153, § 36). No diploma vigente a matéria vem clara e expressamente consagrada: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"(CF art. 5.°, LIV).

No sistema do Código de Processo Penal português o valoroso princípio do *due process of law* foi também acolhido de modo imperativo como se verifica pelo art. 2.°, *verbis*: "A aplicação de penas e de medidas de segurança criminais só pode ter lugar em conformidade com as disposições deste Código."

Maia Gonçalves, com o seu renomado prestígio de comentador, salienta: "Enquanto com o *princípio da legalidade da acção penal* se visava estabelecer o dever de acusação em relação a qualquer infracção criminal, com a conseqüente rejeição do *princípio da oportunidade*, com o *princípio da legalidade do processo*, agora consagrado e posto em lugar de destaque entestando o Código, pretende-se significar que todo o processo, *incluindo portanto o inquérito*, que é uma fase de natureza processual, está submetido às normas do Código. O *princípio da legalidade do processo*, agora consagrado, implica um dever, não só para os agentes incumbidos da sua aplicação e das normas de processo penal de natureza extravagante, os quais não poderão praticar actos processuais fora do previsto no Código, como igualmente, para o legislador, no sentido de se absterem de criar fórmulas processuais *ad hoc*, extrínsecas à estrutura do Código e pelas quais se possam aplicar penas ou medidas de segurança criminais".[45]

(42) GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal.* São Paulo: Malheiros, 1992. p. 24.

(43) LEITE FERNANDES, Paulo Sérgio. *Nulidades no processo penal.* São Paulo: RT, 1976. p. 177.

(44) GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al.* Op. cit., p. 18.

(45) MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes. *Código de Processo Penal*, Op. cit., p. 51 (grifos do original, salvo quanto à expressão "incluindo portanto o inquérito").

2.10 Constituição e processo penal

Nunca é demasiada a releitura do iluminado texto de João Mendes sobre as relações entre Constituição e o processo penal. Vale transcrever: "O *processo criminal*, tem seus princípios, suas regras, suas leis; princípios fundamentalmente consagrados nas constituições políticas; regras scientificamente deduzidas da natureza das cousas; leis formalmente dispostas para exercer sobre os juizes um despotismo salutar, que lhes imponha, quasi mecanicamente a imparcialidade. Por isso, todas as constituições políticas consagram, na declaração dos direitos do homem e do cidadão, o solemne compromisso de que ninguem será sentenciado sinão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada. As leis do processo são o complemento necessario das leis constitucionaes; as formalidades do processo são as actualidades das garantias constitucionaes. Si o modo e a forma da realisação dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discrição dos juízes, a justiça marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbitrios, seria uma occasião constante de desconfianças e surprezas".[46]

2.11 O chamado erro judiciário

Embora apelidado de *judiciário* o erro na apuração do fato delituoso quanto à sua autoria, materialidade ou outras circunstâncias relevantes, é geralmente de responsabilidade da má investigação por parte da Polícia Judiciária (civil ou militar) quando a colheita da prova por meios ilícitos – como a tortura – é uma deplorável rotina. A Constituição de 1988, sensível a essa dramática realidade, estabelece que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário (art. 5.°, LXXV).

A revisão criminal é um dos instrumentos jurídicos para reduzir as conseqüências produzidas pela ilegalidade ou abuso de poder da investigação e a injustiça da condenação (CPP art. 621 *et seq.* e CPPM, art. 550 *et seq.*).

2.12 A necessidade da revisão através da História

Pouco tempo após a morte de Alfredo Dreyfus, seus filhos editaram o livro contendo lembranças e a correspondência em torno da vida e da terrível provação a que foi submetido o desditoso militar. A obra de Homero Senna, referida em vários momentos do presente artigo, contém a reprodução de uma fotografia da esposa e do casal de filhos de Dreyfus. Ela tem a aparência jovem e os rostos do casal de crianças estão carinhosamente acomodados nos ombros da mãe. Aquele *retrato de família* teria acompanhado o Capitão no desterro e, por isso, estaria manchado de lágrimas.

(46) ALMEIDA JR., João Mendes de. Op. cit., v. I, p. 8-9.

Muito mais que a recuperação da dignidade perdida e das vantagens do posto, a revisão em torno da condenação de Alfred Dreyfus deve constituir o exercício permanente das gerações que, no presente e no futuro, se comprometem a apurar a verdade através do processo criminal, extraindo das mazelas do mundo e da vida, as lições de resistência contra a opressão dos preconceitos e a tirania das paixões.

Essa é a *revisão permanente* dos erros e dos defeitos dos julgamentos temerários que são proibidos pelas mais antigas *escrituras* até aos mais modernos *códigos* de garantia da dignidade humana.

10. JURISPRUDÊNCIA

10.1 Jurisprudência Comentada

10.1.1

A QUESTÃO DA DERROGAÇÃO DO ART. 14 DA LEI 6.368/76 PELO ART. 8.º DA LEI 8.072/90

GERALDO ROBERTO DE SOUSA

***HABEAS CORPUS*. Crime de quadrilha ou bando. Interpretação dos arts. 8.º e 10 da Lei 8.072, de 25.07.1990.**

Ementa: *Quando há choque entre dois dispositivos de uma mesma lei, a antinomia não pode ser resolvida pelos critérios de hierarquia ou da sucessividade no tempo, porque esses critérios pressupõem a existência de duas leis diversas, uma hierarquicamente superior à outra, ou esta posterior à primeira. Nesse caso, que é o de mais difícil solução, o que é preciso verificar é se a antinomia entre os dois textos da mesma hierarquia e vigentes ao mesmo tempo é uma antinomia aparente, e, portanto, solúvel, ou se é uma antinomia real, e, conseqüentemente, insolúvel.*

A antinomia aparente é aquela que permite a conciliação entre os dispositivos antinômicos, ainda que pelo que se denomina "interpretação corretiva", ao passo que a antinomia real é aquela que, de forma alguma, permite essa conciliação, daí decorrendo a necessidade de se adotar a chamada "interpretação ab-rogante", pela qual o intérprete elimina uma das normas contraditórias (ab-rogação simples) ou elimina as duas normas contrárias (ab-rogação dupla).

Dessas três soluções, a que deve ser preferida – só sendo afastável quando de forma alguma possa ser utilizada – é a interpretação corretiva, que conserva ambas as normas incompatíveis por meio de interpretação que se ajuste ao espírito da lei e que corrija a incompatibilidade, eliminando-a pela introdução de leve ou de parcial modificação no texto da lei.

– No caso, a interpretação corretiva é perfeitamente aplicável. Com efeito, atendendo-se a que o art. 8.º da Lei 8.072/90 se dirige à pena e a que o art. 10 dessa mesma Lei tem inequivocamente como em vigor o tipo delituoso previsto no art. 14 da Lei 6.368/76, a forma de afastar-se a interpretação ab-rogante – que só deve ser utilizada no caso extremo de inconciliabilidade absoluta – será a da conciliação sistemática, mediante a interpretação restritiva de ambos os dispositivos, deixando ao primeiro a fixação da pena inclusive para a quadrilha que se forma para a prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e ao segundo a especialização do tipo do crime de quadrilha com essa finalidade.

Habeas corpus *indeferido.*

HC 68.793-8/RJ – 1.ª T. – STF – j. 10.03.1992 – Rel. p/o Acórdão Min. Moreira Alves.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 10 de março de 1992.

Moreira Alves, Presidente e Relator p/o Acórdão.

RELATÓRIO – O *Sr. Min. Sepúlveda Pertence*: O il. Defensor Público João Familiar Filho impetra *Habeas Corpus* contra o acórdão que reformando a sentença, apelada, condenou o paciente pelo crime de associação previsto no art. 14 da Lei 6.368/76 (Lei de Entorpecentes), em concurso material com o de venda de entorpecentes, do art. 12 do mesmo diploma.

2. Argumenta (fl.):

"... o estudo da Lei de entorpecentes, como um todo, está a indicar que se o réu for condenado nas penas do art. 12 e restar provada a associação, aplicar-se-á o disposto no art. 18, III, dessa lei e não o crime autônomo do art. 14, em concurso material, como fez o v. acórdão;

Há evidente concurso aparente de normas a impedir a aplicação simultânea dos arts. 12 a 14 da lei específica;

A jurisprudência tem entendido que:

'O crime definido na Lei de Tóxicos, em seu art. 14, diz respeito à associação de agentes que não chegam a praticar qualquer dos outros delitos previstos em norma incriminadora. Assim, tal dispositivo é de se considerar como subsidiário em relação a outros ilícitos mais graves, motivo pelo qual somente cabe sua configuração nos casos de não demonstrada a prática dos denominados delitos principais. Sua funcionalidade, pois, pode ser figurada como a de soldado de reserva da ordem jurídica. Descabe, pois, razão a quem o entenda como aplicável cumulativamente, por exemplo, com o crime do art. 12' (TJRS – AC – Rel. Des. Marco Aurélio C. M. de Oliveira – RJTJRS 106/113).

'Não cabimento do concurso, seja material ou formal, dos crimes de tráfico e associação e tão-somente do motivo especial de aumento de pena prevista no art. 18, III, da Lei 6.368/76' (TJRJ – AC 7.304 – Rel. Des. Gonçalves da Fonte).

'Inocorrência do concurso material

1. O delito de associação somente é punível quando configurar delito único; cometido o crime do art. 12 da Lei 6.368/76, é de aplicar-se a exasperadora do art. 18, III, da mesma lei, dispositivo que se justifica por si mesmo, pois sendo outra a interpretação, não haveria razão para o preceito e, muito menos, para a sua aplicação.

2. Apelo parcialmente provido, para excluir a incidência do art. 14 da Lei 6.368/76, dado que o delito do art. 12 foi praticado nas especiais circunstâncias previstas nos ns. I e III do art. 18 da mesma lei, sujeitando o réu aos acréscimos ali previstos' (TFR – AC 6.621 – Rel. Min. Washington Bolivar – *DJU* 03.10.1985, p. 17.077).

'Associação reconhecida que só admite punição como delito autônomo. Impossibilidade de concurso material entre a infração capitulada no art. 14 e qualquer outra da lei de tóxicos. Havendo cometimento do ilícito previsto no art. 12 é de aplicar-se tão-só as exasperadoras do art. 18, I e III ...' (TFR – AC 6.596 – Rel. Min. Costa Leite – *DJU* 31.10.1985, p. 19.520).

No mesmo sentido: *RTFR* 113/201 e 106/220.

O Paciente está a sofrer evidente constrangimento ilegal, uma vez que condenado, por crime que inexiste face à sua subsidiariedade diante da efetiva presença do crime do art. 12;

O E. TFP, na Ap. 4.819, *DJU* 11.09.1981, p. 8.825, decidiu:

'A pena correspondente ao delito definido no art. 14 da Lei 6.368/76 só é de se aplicar quando praticado isoladamente, sendo de repelir-se o concurso material entre ele e qualquer outra infração prevista no mesmo diploma, em vista da regra do seu art. 18, inc. III';

Como bem destacou o Des. Marco Aurélio C. M. de Oliveira, votando na Ap. 68303774i, da Primeira Câmara Criminal do TJRGS:

'A norma especial (tráfico, com a norma complementar atinente à majoração pela associação para a prática do crime) pretere a norma geral da mera associação do art. 14 sem tráfico. E essa preterição se torna obrigatória face ao princípio da especialidade.

Mas há outro princípio a ser obrigatoriamente aplicado, por se tratar de elemento reitor na interpretação da lei penal. Como a norma do art. 14 trata de associação e a norma do art. 12 somada a sua operacional do art. 18, III, trata de crime que ultrapassa a mera associação, tanto que essa associação funciona apenas como majorante do crime, há de se aplicar a norma principal em detrimento da norma do art. 14. Esta guarda natureza meramente subsidiária e funciona como tipo de reserva. Isto

é, se se comprovasse processualmente a prática da associação e não se lograsse demonstrar a prática do tráfico, a norma do art. 14 seria suficiente para, uma vez imposta, impedir que o crime ficasse impune. Os tratadistas têm salientado que os tipos subsidiários funcionam como verdadeiro 'soldado de reserva' no combate ao crime. Isso traz como conseqüência a inaplicabilidade cumulada da norma principal com a norma subsidiária'."

3. À tese, contrapõe-se o parecer Ministério Público, da lavra do il. Subprocurador-Geral Mardem Costa Pinto, *verbis* (fl.)

"É que a possibilidade de concurso material, envolvendo os delitos dos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, é hoje pacífica tanto na doutrina quanto na jurisprudência, inclusive do Excelso Pretório, como se vê das ementas a seguir transcritas:

'Ementa: – Penal e processual penal. Tóxicos.

Concurso material: art. 12 e art. 14 da Lei 6.368/76. Possibilidade.

O crime previsto no art. 14 da Lei de Tóxicos (Lei 6.368/76), isto é, associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos seus arts. 12 e 13, é ilícito autônomo e, portanto, punível, em concurso material, com qualquer dos outros crimes tipificados naqueles dois outros artigos.

A qualificação de que trata o inc. III, do art. 18 da Lei de Tóxicos, diferentemente, se dá quando a associação é eventual, decorrendo de reunião ocasional, sem que haja uma quadrilha organizada previamente, em conluio de previsão duradoura.

Precedentes. – HC 67.384-8/SP – Rel. Min. Aldir Passarinho – *DJ* 25.08.1989 – p. 13.556'.

'Ementa: – *Habeas corpus*. Entorpecente. Concurso material dos crimes previstos nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76. Possibilidade do concurso, se a associação é previamente organizada por grupos brasileiro e israelense, como organização anterior e necessário ao tráfico.

Habeas Corpus denegado – 67.386-4/SP – Rel. Min. Carlos Madeira – *DJ* 23.06.1989 – p. 11.001.'

'Ementa: – Lei de Tóxicos, arts. 12 e 14. Crimes autônomos. Concurso material. Seria ilógico que, organizado o bando para praticar crimes, deixasse de ser punido exatamente porque realizou os objetivos para que foi constituído.

HC indeferido. – 63.611-0/RJ – Rel. Min. Cordeiro Guerra – *DJ* 11.04.1986 – p. 5.393.'

Por outro lado, a conclusão de se tratar de associação ocasional, sem as características de quadrilha organizada, de modo a viabilizar a eventual aplicação do aumento previsto no inc. III, do art. 18, da Lei 6.368/76, em lugar do concurso material impugnado, é matéria que não pode ser deslindada no âmbito do *habeas corpus* já que demanda exame acurado de toda a matéria de fato."

É o relatório.

VOTO – O *Sr. Min. Sepúlveda Pertence* (Relator): Há, no caso, uma circunstância de fato que torna de sabor acadêmico a elegante discussão, que os autos retratam, sobre a possibilidade, no contexto da Lei de Entorpecentes – Lei 6.368/76 –, de concurso material entre o delito de associação, do seu art. 14, e o crime dos arts. 12 e 13, à vista do complicador representado pelo art. 18, III, que tipificou como causa especial de aumento da pena aplicada a esses últimos a circunstância de "decorrer de associação", a prática deles.

2. Dá-se, com efeito, no caso concreto, que, em face de inovação legislativa anterior à condenação do paciente a ele, nas circunstâncias de fato, já não se poderia atribuir o crime de associação do art. 14 da lei aplicada.

3. É que o acórdão impugnado, para condená-lo às penas do art. 14, partiu da circunstância, que julgou provada, de ter o paciente o auxílio de dois outros indivíduos na gestão da "boca de fumo" que mantinha. Lê-se, na decisão (fl.):

"Encerram os autos também a notícia de episódio significativo: cinco dias depois da prisão do sentenciado, o Cabo PM. Ricardo Correa Nunes recebeu ordem de dirigir-se à mesma rua, onde havia um tiroteio, e foi encontrar, sendo socorrido no Pronto-Socorro de Nilópolis, Isaias Ladeira Lopes, o 'Choco-

late', que informou tratar-se de troca de tiros entre o grupo de 'Paulo Macarrão' e bandidos rivais, estes procurando assumir a exploração da 'boca de fumo' (fl.). Isaias, quando ouvido em Juízo, logo esclarecendo que conhece 'Macarrão pois é namorado de sua prima', a princípio procurou negociar, mas acabou admitindo como verdadeiras suas declarações no inquérito policial, ocasião em que apontou André, vulgo 'Leal' e 'Pepe', como comparsas de Paulo, aduzindo que os atiradores, conhecidos como 'Quinha' e 'Claudinho', possivelmente 'queriam tomar a boca de fumo de Macarrão, a qual atualmente é dirigida por André e Pepé'." (fl.):

(...)

"Demais disso, consoante o insuspeito testemunho de Isaias Ladeira Lopes, que é, repita-se, primo da namorada do sentenciado, este era auxiliado no comércio ilícito por André e 'Pepé', que o substituíram no comando da 'boca de fumo'. Basta isso para demonstrar a procedência do recurso do Ministério Público, pretendendo o reconhecimento também do crime previsto no art. 14 da Lei 6.368/76, pois inegável a associação organizada e estável, a formação de verdadeira *societas sceleris* para o tráfico ilícito de entorpecentes."

4. Efetivamente, o texto do art. 14 se contenta, para a realização do tipo, com o fato de "associarem-se duas ou mais pessoas" para o fim de praticar o tráfico de drogas.

5. A Lei de Entorpecentes construíra, pois, no ponto, regra especial, em relação à do art. 288 CP, que reclama, para a configuração da 'quadrilha ou bando', destinada à prática de quaisquer crimes, a associação de "mais de três pessoas".

6. Ocorre que o acórdão questionado é de 19.03.1991 (fl.), data em que já se achava em vigor a Lei 8.072/90 – a chamada Lei dos Crimes Hediondos – a qual, segundo penso, revogou o art. 14 da Lei de Entorpecentes.

7. Dispõe o art. 8.º da Lei 8.072/90:

"Art. 8.º. Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo."

8. Anota, a propósito, Alberto Silva Franco, em comentários recentes à lei (*Crimes Hediondos*, Ed. RT, 1991, p. 143):

"O art. 8.º da Lei 8.072/90 criou, em verdade, uma segunda modalidade do tipo denominado 'quadrilha ou bando'. Recorrendo aos elementos estruturais do art. 288 do Código Penal, o legislador de 90 efetuou a montagem oblíqua de uma outra figura criminosa, com igual denominação jurídica.

(...)

Em resumo, a modalidade da quadrilha ou bando, referida no art. 8.º da Lei 8.072/90, traduz-se num tipo penal híbrido: o preceito primário está descrito parte (a maior parte, por sinal) no art. 288 do Código Penal e parte (o elemento subjetivo do tipo, ou melhor, a finalidade que conduziu os agentes à associação criminosa) na Lei 8.072/90. Por outro lado, o preceito sancionatório encontra-se, com exclusividade, no art. 8.º da Lei 8.072/90."

9. Ora, entre os crimes que, quando constituam o objeto da associação para delinqüir, deslocam o fato para a nova figura, está "o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins", incriminado no art. 12 da Lei 6.368/76, a Lei de Entorpecentes.

10. No entanto, agora, dada a remissão no novo tipo penal aos elementos objetivos do art. 288 CP, para a sua realização é imprescindível que a associação congregue "mais de três pessoas".

11. Esse elemento objetivo do tipo novo e, mais, a diferença, para reduzi-la a oito anos, do máximo da pena cominada, evidenciam a abrogação pela Lei dos Crimes Hediondos do art. 14 da Lei de Entorpecentes.

12. É de repelir, a entendimento de alguns autores de que teria subsistido a incriminação da associação de apenas duas pessoas para o tráfico de drogas, a teor do art. 14 da Lei 6.368/76, aplicando-se, do art. 8.º da lei dos hediondos, apenas a cominação de pena máxima mais branda (*v.g.*, Júlio Mirabete, "Crimes hediondos: aplicação e imperfeição da lei", em *Livro de Estudos Jurídicos*, coord. J. Tubenchlak e R. Bustamante, IEJ, 1991, 2/36, 42; Damásio de Jesus, *Anotações à Lei 8.072/90*, apud Alberto S. Franco, op. cit., p. 148).

13. A construção artificial, *data venia*, se destrói por si mesma: se se reconhece que ao

fato há de aplicar-se a cominação penal da lei nova é que o tipo antigo foi substituído pelo que nela se descreve em outros termos. Do contrário, se constituísse tipo especial, que pudesse sobreviver ao advento posterior da norma geral da Lei 8.072/90, não haveria por que aplicar ao primeiro o limite da sanção estabelecido pela última.

14. De resto, dado que são comuns às duas leis sucessivas, na hipótese considerada, não apenas o elemento objetivo básico dos tipos – a associação –, e o fim com ela visado pelos consorciados – a prática do crime de tráfico de entorpecente –, tendo a evidenciar a identidade do âmbito normativo de ambas, é manifesto que a solução jurídica do conflito intertemporal é, segundo os princípios, a revogação da norma anterior pela posterior, em tudo quanto diferem.

15. Demonstrou-o o mesmo Alberto Silva Franco, com clareza exemplar (op. cit., p. 148):

"... o texto do art. 8.º da Lei 8.072/90 é explícito demais para que se possa admitir a subsistência do tipo do art. 14 da Lei 6.368/76. Se a lei mais recente aborda a questão da associação criminosa organizada para o fim do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, é óbvio que uma figura criminosa anterior, que verse sobre a mesma matéria, foi, logicamente, revogada.

Depois, porque a equivocada referência ao art. 14 da Lei 6.368/76, feita no art. 10 da Lei 8.072/90, não basta para garantir-lhe sobrevida. A regra do art. 10 do novo diploma legal refere-se, com exclusividade, à questão de prazos procedimentais e não é suficiente para ressuscitar, em nível penal, um tipo que o art. 8.º da mesma lei deu por morto.

Por fim, porque não tem cabimento a adoção de uma interpretação atentatória à regra de que não podem existir, sobre o mesmo objeto, disposições penais incompatíveis entre si.

Em resumo, o art. 14 da Lei 6.368/76 foi revogado pelo art. 8.º da Lei 8.072/90, de forma que a quadrilha ou bando formada com a finalidade de tráfico ilícito de entorpecentes deverá, para sua configuração típica, respeitar a redação do preceito primário do art. 288 do Código Penal e terá, como preceito sancionatório, a pena reclusiva prevista no art. 8.º da Lei 8.072/90. Assim, não bastará a associação de duas ou mais pessoas, como exigia o art. 14 da Lei 6.368/76, com a finalidade da prática, reiterada ou não, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, para que se concretize o delito de quadrilha ou bando. Agora, é mister, nos termos do art. 288 do Código Penal, que a associação criminosa seja constituída, no mínimo, de quatro pessoas, vinculadas à realização de um programa delinqüencial e que a organização montada, para a prática de uma série indeterminada de crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, apresente um certo grau de estabilidade. Por sua vez, a pena cominada pelo art. 8.º da Lei 8.072/90, apesar de ser igual, no mínimo, à prevista no art. 14 da Lei 6.368/76, dele diverge – e de modo mais favorável ao réu – no máximo punitivo, que passa a ser de seis anos, ao invés de dez anos de reclusão."

16. Acresce que – uma vez afastado, porque contraditório, como notado, o alvitre artificioso de aplicar-se ao fato incriminado na lei antiga somente a escala penal, da lei nova –, a eventual convivência dos dois tipos levaria a uma iniqüidade paradoxal: ao fato de maior potencial de dano – a associação estável de quatro ou mais pessoas para a prática de um número indeterminado de crimes-fins se atribuiria sanção mais suave que a da associação ocasional de apenas uma dupla para cometer um único delito.

17. Assim, Sr. Presidente, porque abolida a incriminação autônoma do fato atribuído ao paciente – associação de apenas três pessoas –, que se reduziu a mero concurso de agentes, concedo o *Habeas Corpus* para subtrair, das penas totais aplicadas, três anos de reclusão e cinqüenta dias-multa, impostos em função do mesmo: é o meu voto.

EXTRATO DE ATA – HC 68.793-8 – RJ – Relator: Min. Sepuvelda Pertence. Relator p/ o Acórdão: Min. Moreira Alves. Pacte.: Paulo Cesar Ferreira da Rocha. Impte.: João Familiar Filho. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: Após o voto do Ministro-Relator, concedendo o pedido de *Habeas Corpus*, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Ministro Moreira Alves. 1.ª T., 22.10.1991.

Decisão: Após os votos do Ministro-Relator, concedendo o pedido de *Habeas Corpus* e do Min. Moreira Alves. Presidente, o indeferindo, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Ilmar Galvão. 1.ª T., 17.12.1991.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Octaviano Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República. Dr. Arthur de Castilho Neto.

Ricardo Dias Duarte, Secretário.

VOTO (VISTA) – O *Sr. Min. Moreira Alves*: 1. Pedi vista dos autos para examinar o problema decorrente da interpretação dos arts. 8.º e 10 da Lei 8.072, de 25.07.1990, que dispõe sobre os crimes hediondos.

Examinando essa questão, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence adota a interpretação sustentada por Alberto Silva Franco, com as seguintes considerações:

"Há, no caso, uma circunstância de fato que torna de sabor acadêmico a elegante discussão, que os autos retratam, sobre a possibilidade, no contexto da Lei de Entorpecentes – Lei 6.368/76 –, de concurso material entre o delito de associação, do seu art. 14, e o crime dos arts. 12 e 13, à vista do complicador representado pelo art. 18, III, que tipificou como causa especial de aumento da pena aplicada a esses últimos a circunstância de 'decorrer de associação', a prática deles.

2. Dá-se, com efeito, no caso concreto, que, em face de inovação legislativa anterior à condenação do paciente, a ele, nas circunstâncias de fato, já não se poderia atribuir o crime de associação do art. 14 da lei aplicada.

3. É que o acórdão impugnado, para condená-lo às penas do art. 14, partiu da circunstância, que julgou provada, de ter o paciente o auxílio de dois outros indivíduos na gestão da 'boca de fumo' que mantinha. Lê-se, na decisão (fl.):

'Encerram os autos também a notícia de episódio significativo: cinco dias depois da prisão do sentenciado, o Cabo PM Ricardo Correa Nunes recebeu ordem de dirigir-se à mesma rua, onde havia um tiroteio, e foi encontrar, sendo socorrido no Pronto Socorro de Nilópolis, Isaias Ladeira Lopes, o 'Chocolate', que informou tratar-se de troca de tiros entre o grupo de 'Paulo Macarrão' e bandidos rivais, estes procurando assumir a exploração da 'boca de fumo' (fl.). Isaias, quando ouvido em Juízo, logo esclarecendo que conhece 'Macarrão pois é namorado de sua prima', a princípio procurou negociar, mas acabou admitindo como verdadeiras suas declarações no inquérito policial, ocasião em que apontou André, vulgo 'Leal' e 'Pepé', como comparsas de Paulo, aduzindo que os atiradores, conhecidos como 'Quinha' e 'Claudinho', possivelmente 'queriam tomar a boca de fumo de Macarrão, a qual atualmente é dirigida por André e Pepé' (fl.).

(...)

Demais disso, consoante o insuspeito testemunho de Isaias Ladeira Lopes, que é, repita-se, primo da namorada do sentenciado, este era auxiliado no comércio ilícito por André e 'Pepé', que o substituíram no comando da 'boca de fumo'. Basta isso para demonstrar a procedência do recurso do Ministério Público, pretendendo o reconhecimento também do crime previsto no art. 14 da Lei 6.368/76, pois inegável a associação organizada e estável, a formação de verdadeira *societas sceleris* para o tráfico ilícito de entorpecentes.'

4. Efetivamente, o texto do art. 14 se contenta, para a realização do tipo, com o fato de 'associarem-se duas ou mais pessoas' para o fim de praticar o tráfico de drogas.

5. A Lei de Entorpecentes construirá pois, no ponto, regra especial, em relação à do art. 288 do CP, que reclama, para a configuração da 'quadrilha ou bando', destinada à prática de quaisquer crimes, a associação de 'mais de três pessoas'.

6. Ocorre que o acórdão questionado é de 19.03.1991 (fl.), data em que já se achava em vigor a Lei 8.072/90 – a chamada Lei dos Crimes Hediondos – a qual, segundo penso, revogou o art. 14 da Lei de Entorpecentes.

7. Dispõe o art. 8.º da Lei 8.072/90:

"Art. 8.º. Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo."

8. Anota, a propósito, Alberto Silva Franco, em comentários recentes à lei (*Crimes Hediondos*. Ed. RT, 1991, p. 143):

"O art. 8.º da Lei 8.072/90 criou, em verdade, uma segunda modalidade do tipo denominado 'quadrilha ou bando'. Recorrendo aos elementos estruturais do art. 288 do Código Penal, o legislador de 90 efetuou a montagem oblíqua de uma outra figura criminosa, com igual denominação jurídica.

(...)

Em resumo, a modalidade de quadrilha ou bando, referida no art. 8.º da Lei 8.072/90, traduz-se num tipo penal híbrido: o preceito primário está descrito parte (a maior parte, por sinal) no art. 288 do Código Penal e parte (o elemento subjetivo do tipo, ou melhor, a finalidade que conduziu os agentes à associação criminosa) na Lei 8.072/90. Por outro lado, o preceito sancionado encontra-se, com exclusividade, no art. 8.º da Lei 8.072/90.'

9. Ora, entre os crimes que, quando constituam o objeto da associação para delinqüir, deslocam o fato para a nova figura, está 'o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins', incriminado no art. 12 da Lei 6.368/76, a Lei de Entorpecentes.

10. No entanto, agora, dada a remissão no novo tipo penal aos elementos objetivos do art. 288 do CP, para a sua realização é imprescindível que a associação congregue 'mais de três pessoas'.

11. Esse elemento objetivo do tipo novo e, mais, a diferença, para reduzi-la a oito anos, do máximo da pena cominada, evidenciam a abrogação pela Lei dos Crimes Hediondos do art. 14 da Lei de Entorpecentes.

12. É de repelir, a entendimento de alguns autores de que teria subsistido a incriminação da associação de apenas duas pessoas para o tráfico de drogas, a teor do art. 14 da Lei 6.369/76, aplicando-se, do art. 8.º da lei dos hediondos, apenas a cominação de pena máxima mais branda (*v.g.*, Júlio Miribete. "Crimes Hediondos: aplicação e imperfeição da lei", em *Livro de Estudos Jurídicos*, coord. J. Tubenchlak e R. Bustamante, IEJ, 1991, 2/36.42; Damásio de Jesus. *Anotações à Lei 8.072/90, apud* Alberto S. Franco, op. cit., p. 148).

13. A construção artificial, *data venia*, se destrói por si mesma: se se reconhece que ao fato há de aplicar-se a cominação penal da lei nova é que o tipo antigo foi substituído pelo que nela se descreve em outros termos. Do contrário, se constituísse tipo especial, que pudesse sobreviver ao advento posterior da norma geral da Lei 8.072/90, não haveria por que aplicar ao primeiro o limite da sanção estabelecido pela última.

14. De resto, dado que são comuns às duas leis sucessivas, na hipótese considerada, não apenas o elemento objetivo básico dos tipos – a associação –, e o fim com ela visado pelos consorciados – a prática do crime de tráfico de entorpecentes –, tudo a evidenciar a identidade do âmbito normativo de ambas, é manifesto que a solução jurídica do conflito intertemporal é, segundo os princípios, a revogação da norma anterior pela posterior, em tudo quanto diferem.

15. Demonstrou-o o mesmo Alberto Silva Franco, com clareza exemplar (op. cit., p. 148):

"... o texto do art. 8.º da Lei 8.072/90 é explícito demais para que se possa admitir a subsistência do tipo do art. 14 da Lei 6.368/76. Se a lei mais recente aborda a questão da associação criminosa organizada para o fim do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, é óbvio que uma figura criminosa anterior, que verse sobre a mesma matéria, foi, logicamente, revogada.

Depois, porque a equivocada referência ao art. 14 da Lei 6.368/76, feita no art. 10 da Lei 8.072/90, não basta para garantir-lhe sobrevida. A regra do art. 10 do novo diploma legal refere-se, com exclusividade, à questão de prazos procedimentais e não é suficiente para ressuscitar, em nível penal, um tipo que o art. 8.º da mesma lei deu por morto.

Por fim, porque não tem cabimento a adoção de uma interpretação atentatória à regra de que não podem existir, sobre o mesmo objeto, disposições penais incompatíveis entre si.

Em resumo, o art. 14 da Lei 6.368/76 foi revogado pelo art. 8.º da Lei 8.072/90, de forma que a quadrilha ou bando formada com a finalidade do tráfico ilícito de entorpecentes deverá, para sua configuração típica, respeitar a redação do preceito primário do art. 288 do Código Penal e terá, como preceito sanciona-

tório, a pena reclusiva prevista no art. 8.º da Lei 8.072/90. Assim, não bastará associação de duas ou mais pessoas como exigia o art. 14 da Lei 6.368/76, com a finalidade da prática, reiterada ou não, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, para que se concretize o delito de quadrilha ou bando. Agora, é mister, nos termos do art. 288 do Código Penal, que a associação criminosa seja constituída, no mínimo, de quatro pessoas, vinculadas à realização de um programa delinqüencial e que a organização montada, para a prática de uma série indeterminada de crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, apresente um certo grau de estabilidade. Por sua vez, a pena cominada pelo art. 8.º da Lei 8.072/90, apesar de ser igual, no mínimo, à prevista no art. 14 da Lei. 6.368/76, dele diverge – e de modo mais favorável ao réu – no máximo punitivo, que passa a ser de seis anos, ao invés de dez anos de reclusão.'

16. Acresce que – uma vez afastado, porque contraditório, como notado, o alvitre artificioso de aplicar-se ao fato incriminado na lei antiga somente a escala penal, da lei nova –, a eventual convivência dos dois tipos levaria a uma iniqüidade paradoxal: ao fato de maior potencial de dano – a associação estável de quatro ou mais pessoas para a prática de um número indeterminado de crimes-fins se atribuiria sanção mais suave que a da associação ocasional de apenas uma dupla para cometer um único delito.

17. Assim, Sr. Presidente, porque abolida a incriminação autônoma do fato atribuído ao paciente – associação de apenas três pessoas –, que se reduziu a mero concurso de agentes, concedo o *Habeas Corpus* para subtrair, das penas totais aplicadas, três anos de reclusão e cinqüenta dias-multa, impostos em função do mesmo: é o meu voto."

2. Com a devida vênia, a argumentação de Alberto Silva Franco peca por não ter colocado, com precisão, o problema jurídico que resulta do confronto entre esses dois dispositivos, que estão postos na mesma lei.

Quando há o choque entre dois dispositivos de uma mesma lei, a antinomia não pode ser resolvida pelos critérios da hierarquia ou da sucessividade no tempo, porque esses critérios pressupõem a existência de duas leis diversas, uma hierarquicamente superior à outra, ou esta posterior à primeira. Nesse caso, que é o de mais difícil solução, o que é preciso verificar é se a antinomia entre os dois textos da mesma hierarquia e vigentes ao mesmo tempo é uma antinomia aparente, e, portanto, solúvel, ou se é uma antinomia real, e, conseqüentemente, insolúvel.

A antinomia aparente é aquela que permite a conciliação entre os dispositivos antinômicos, ainda que pelo que se denomina *interpretação corretiva*, ao passo que a antinomia real é aquela que, de forma alguma, permite essa conciliação, daí decorrendo a necessidade de se adotar a chamada *interpretação ab-rogante*, pela qual o intérprete elimina uma das normas contraditórias (ab-rogação simples) ou elimina as duas normas contrárias (ab-rogação dupla).

Dessas três soluções, a que deve ser preferida – só sendo afastável quando de forma alguma possa ser utilizada – é a interpretação corretiva, que conserva ambas as normas incompatíveis por meio de interpretação que se ajuste ao espírito da lei e que corrija a incompatibilidade, eliminando-a pela introdução de leve ou de parcial modificação no texto da lei. Aludindo a essa interpretação corretiva, preleciona Norberto Bobbio (*Teoria dell'Ordinamento Giuridico*. Torino: Giappichelli, 1960. p. 109-110):

"Mas, como é possível conservar duas normas incompatíveis, se por definição duas normas incompatíveis não podem co-existir? É possível com uma condição: demonstrar que não são incompatíveis, que a incompatibilidade é puramente aparente, que a presumida incompatibilidade deriva de uma interpretação má ou unilateral e incompleta ou errada de uma das duas normas ou de todas as duas. O a que tende o intérprete, comumente, não é já a eliminação das normas incompatíveis, mas antes a eliminação da incompatibilidade. Muitas vezes, para alcançar o escopo, introduz alguma leve ou parcial modificação no texto; e nesse caso, ocorre a forma de interpretação que se chama *corretiva*. Em geral, a interpretação corretiva é a forma de interpretação que pretende conciliar duas normas aparentemente incompatíveis para conservar ambas no sistema, isto é, para evitar o extremo remédio da ab-rogação. Entende-se que na medida em que a correção introduzida modifica o texto

original da norma, também a interpretação corretiva é ab-rogante, embora limitadamente à parte da norma corrigida. Mais que contrapor a interpretação corretiva à ab-rogante, se deveria considerar a primeira como forma atenuada da segunda, no sentido de que, enquanto a interpretação ab-rogante tem por efeito a eliminação total de uma norma (ou imediatamente de duas normas), a interpretação corretiva tem por efeito a eliminação puramente *parcial* de uma norma (ou de todas as duas). "Ma com'è possibile conservare due norme incompatibili, se per difinizione due norme incompatibili non possono coesistere? E' possibile ad una condizione: dimostrare che non sono incompatibili, che la incompatibilità è puramente apparente, che la presunta incompatibilità deriva da una interpretazione o cattiva o unilaterale o incompleta o errata di una delle due norme o di tutte e due. Ció cui tende l'interprete di solito non è già la *eliminazione della incompatibilità*. Talvolta, per ottenere lo scopo, introduce qualche lieve o parziale modificazione nel testo; e in questo caso si ha quella forma d'interpretazione che si chiama *corretiva*. In generale, l'interpretazione correttiva è quella forma d'interpretazione che pretende di conciliare due norme apparentemente incompatibili per conservarle entrambe nel sistema, cioè per evitare l'estremo rimedio della abrogazione. S'intende che nella misura in cui la correzione introdotta modifica il testo originale della norma, anche l'interpretazione correttiva è abrogante, se pur limitatamente alla parte della norma corretta. Più che contrapporre l'interpretazione correttiva a quella abrogante, si dovrebbe considerare la prima come una forma attenuata della seconda, nel senso che, mentre l'interpretazione abrogante ha per effetto l'eliminazione *totale* di una norma (o addirittura di due norme), l'interpretazione correttiva há per effetto l'eliminazione puramente *parziale* di una norma (o di tutte e due)."

Por isso, e tendo em vista ainda que para manter-se a coerência do sistema jurídico se deve infringir o menos possível a autoridade da lei, o mesmo Bobbio (op. cit., p. 111) acentua que a interpretação corretiva é a mais seguida pelo intérprete:

"O jurista e o juiz tendem, até onde é possível, à *conservação das normas dadas*. É certamente uma regra tradicional da interpretação jurídica que o sistema deve ser obtido com a menor perturbação, ou, em outras palavras, que a exigência do sistema não deve prejudicar o princípio da autoridade, segundo o qual as normas têm existência pelo só fato de terem sido postas" ("Il giurista e il giudice tendono, per quanto è possibile, alla *conservazione delle norme date*. E' certamente una regola tradizionale dell'interpretazione giurídica che il sistema deve essere ottenuto col minor scompiglio, o, in altre parole, che l'esigenza del sistema non deve andare a scapito del principio d'autorità, secondo cui le norme vengono ad esistenza per il solo fatto di essere state poste".

Já no século passado, Savigny (*Sistema del Diritto Romano Attuale*, vol. I, trad. Scialoja, § 42, Torino: Unione Tipografico-Editrice. p. 268-269. 1886), que foi o autor que mais profundamente tratou do problema das antinomias legais, salientava a esse respeito:

"É princípio supremo o de resolver, quando possível, a contradição demonstrando-a simplesmente aparente, ou seja, procurando colocar em harmonia as partes aparentemente contraditórias" ("È canone supremo di risolvere, quando è possibile, la contraddizione dimonstrandola semplicemente apparente, ossia di cercare di porre in armonia le parti apparentemente contraddittorie").

E, neste século, Gavazzi (*Delle Antinomie*. Torino : Giappichelli, 1959. p. 168-169), que dedicou a matéria ampla monografia, assim procurou explicar a razão por que normalmente a interpretação corretiva é preferida à interpretação ab-rogante:

"Duas me parecem as razões: uma primeira, objetiva, consiste no fato de que a interpretação corretiva pode bastar na maior parte dos casos, sendo as hipóteses de incompatibilidade parcial-parcial mais freqüentes que as de incompatibilidade total-total. Restam, porém, os casos de incompatibilidade parcial-total que podem conduzir seja à interpretação corretiva seja à ab-rogante.

Aqui socorre uma segunda razão que decorre de uma ideologia que creio lícito chamar da conservação: melhor não mudar a lei, mas se se deve mudar, mude-se o estritamente indispensável.

Disso é fácil inferir que, se a ab-rogação é o mal maior, a derrogação, ou correção, é o

mal menor. Esta é de preferir-se àquela, ..." ("Due mi sembrano le ragioni: una prima, oggettiva, consiste nel fatto che l'interpretazione correttiva può bastare nella maggior parte dei casi, essendo le ipotesi di incompatibilità parziale-parziale più frequenti di quelle di incompatibilità totale-totale. Restano però i casi di incompatibilità parziale-totale che possono condurre sia all'interpretazione correttiva che a quella abrogante.

Qui socorre una seconda ragione che discende de una ideologia che credo lecito chiamare della conservazione: meglio non mutare la legge, ma se proprio si deve mutare, si muti per lo stretto indispensabile. ...

Da ciò è facile inferire che, se l'abrogazione è il male minore. Questa è da preferire a quella, ...").

3. Ora, a falha capital da conclusão a que chega Alberto Silva Franco – e que é acolhida pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence – é a de que sua argumentação só demonstra que os dois textos em confronto – o do art. 8.º, com relação ao crime de quadrilha para tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, e o do art. 10 que introduz parágrafo único art. 35 da Lei 6.368/76, no qual se alude expressamente ao crime previsto no art. 14 dessa lei – não podem coexistir na sua inteireza, pois o tipo do art. 288 do Código Penal não é idêntico ao do art. 14 da Lei 6.368/76, mas não demonstra que não seja possível, no caso, utilizar-se da *interpretação corretiva* para conciliarem-se esses dois dispositivos, com redução parcial de cada um deles.

Essa falha decorre de aquele eminente autor, ao sustentar que o art. 8.º da Lei 8.072/90 revogou o art. 14 da Lei 6.368/76, não se ter apercebido de que não se pode falar em revogação de um dispositivo anterior por outro posterior, quando este conflita com outro dispositivo que está nessa mesma lei posterior e que mantém expressamente aquele anterior. Quando isso sucede, o que há é uma antinomia na lei posterior, e antinomia que não se resolve pela afirmação errônea de que a norma posterior (o art. 8.º da Lei 8.072/90) revogou a anterior (o art. 14 da Lei 6.368/76), mas, sim, com a aplicação da interpretação corretiva ou da interpretação ab-rogante para resolver uma antinomia existente na própria lei posterior (a entre o art. 8.º e o art. 10 dessa mesma Lei 8.072/90). E, nessa aplicação, como já se viu, só se utiliza da interpretação ab-rogante quanto não é possível da interpretação corretiva.

E, no caso, a interpretação corretiva é perfeitamente aplicável.

É a interpretação dada por Damásio de Jesus – adotada também por Júlio Fabbrini Mirabete ("Crimes hediondos: aplicação e imperfeições da lei". *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro : Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. v. II, p. 42-43) –, assim resumida por Alberto Silva Franco (op. cit., p. 148):

"Damásio Evangelista de Jesus ('Anotações à Lei 8.072/90' (Crimes Hediondos) *Fascículos de ciências penais*, n. 4, 1990, p. 14) optou pela terceira solução, entendendo que a menção feita no art. 10 da Lei 8.072/90, ao delito do art. 14 da Lei 6.368/76, deixava evidente que o legislador não tivera a intenção de revogá-lo. Desta forma, confirmada a sobrevivência da descrição típica do art. 14 da Lei 6.368/76, só se teria, por derrogado, o preceito sancionatório, que passaria a ser o do art. 8º da Lei 8.072/90. E, em tal hipótese, cominando pena reclusiva mais benigna, o novo comando punitivo teria aplicação retroativa, atingindo os fatos praticados antes da vigência da Lei 8.072/90."

Essa interpretação concilia os dois textos em causa, utilizando um dos dois métodos de conciliação, para evitar o uso da interpretação ab-rogante simples ou dupla, já estabelecido por Savigny (op. cit., v. I, § 44, p. 279), e cuja realização, na síntese feita por Castan Tobeñas (*Teoria de la aplicación e investigación del derecho*. Madrid : Instituto Editorial Reus, 1947. p. 282), se dá "assinando um objeto especial a cada um dos textos contraditórios e fixando os limites de sua aplicação". A essa conciliação se chega, pois, por via de interpretação restritiva de ambos os textos que, conciliados, se completam. Ora, no caso, essa conciliação sistemática é perfeitamente admissível, e, portanto, deve afastar a interpretação ab-rogante simples (a que elimina do art. 10 da Lei 8.072/90 a alusão, como vigente, do art. 14 da Lei 6.368/76) adotada por Alberto Silva Franco com a adesão do eminente relator. Com efeito, examinando-se o art. 8.º da Lei 8.072/90, verifica-se que ele visa a estabelecer, para o crime de quadrilha formada para o fim de cometer crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, pena diversa da fixada para a

hipótese de a quadrilha ser constituída para a prática de crimes outros que não aqueles. Já o art. 10 da Lei 8.072/90 acrescenta um parágrafo único ao art. 35 da Lei 6.368/76, para estabelecer que "os prazos procedimentais deste Capítulo serão contados em dobro quando se tratar dos crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14". Essa regra, embora trate de prazos procedimentais, manda contá-los em dobro em razão da maior gravidade dos crimes previstos nesses artigos, estando, pois, intimamente ligado ao tipo desses crimes. E mais: o *caput* desse art. 35 ("o réu condenado por infração dos arts. 12 ou 13 desta Lei não poderá apelar sem recolher-se à prisão") só trata dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 da Lei 6.368/76, ao passo que o parágrafo único a ele acrescentado se refere, também, ao crime previsto no art. 14 da mesma Lei, o que – e aí, sim, inequivocamente – mostra que a intenção da Lei 8.072/90 não foi de revogar o tipo do crime previsto nesse dispositivo legal e que, em seu elemento objetivo, é diverso do previsto no art. 288 do Código Penal. Atendendo-se a que o art. 8.º da Lei 8.072/90 se dirige à pena e a que o art. 10 dessa mesma Lei tem inequivocamente como em vigor o tipo delituoso previsto no art. 14 da Lei 6.368/76, a forma de afastar-se a interpretação ab-rogante – que só deve ser utilizada no caso extremo de inconciabilidade absoluta – será a da conciliação sistemática, mediante a interpretação restritiva de ambos os dispositivos, deixando ao primeiro a fixação da pena inclusive para a quadrilha que se forma para a prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e ao segundo a especialização do tipo do crime de quadrilha com essa finalidade. Essa interpretação, que se ajusta rigorosamente à técnica jurídica de evitar a exegese ab-rogante em casos de conflito de normas pertencentes ao mesmo texto legal, não é invalidada pelas três objeções que lhe dirige Alberto Silva Franco, ao dizer:

"Esta não parece ser a melhor interpretação. Antes de tudo porque o texto do art. 8.º da Lei 8.072/90 é explícito demais para que se possa admitir a subsistência do tipo do art. 14 da Lei 6.368/76. Se a lei mais recente aborda a questão da associação criminosa organizada para o fim do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, é óbvio que uma figura criminosa anterior, que verse a mesma matéria, foi, logicamente, revogada.

Depois, porque a equivocada referência ao art. 14 da Lei 6.368/76, feita no art. 10 da Lei 8.072/90, não basta para garantir-lhe sobrevida. A regra do art. 10 do novo diploma legal refere-se, com exclusividade, à questão de prazos procedimentais e não é suficiente para ressuscitar, em nível penal, um tipo que o art. 8.º da mesma lei deu por morto.

Por fim, porque não tem cabimento a adoção de uma interpretação atentatória à regra de que não podem existir, sobre o mesmo objeto, disposições penais incompatíveis entre si" (op. cit., p. 149-149).

Essas objeções partem do erro fundamental em que incidiu esse autor por não ter atentado para que, no caso, não há revogação do tipo delituoso de lei anterior por tipo delituoso de lei posterior – o que seria problema de direito intertemporal –, mas, sim, dispositivos de uma mesma lei que se apresentam como conflitantes se tomados na literalidade de suas expressões. Por isso, a primeira objeção no sentido da explicitude do art. 8.º da Lei 8.072/90 a afastar a subsistência do tipo do art. 14 da Lei 6.368/76, porque aquele, por estar em lei mais recente, revogou este que pertence a lei anterior não tem, com a devida vênia, sentido, pois o conflito, no caso, não é entre esses dois dispositivos de leis diversas, mas entre os arts. 8.º e o 10 da mesma Lei 8.072/90. Mais: a inferência de que o art. 8.º, por fazer alusão à pena do art. 288 do Código Penal, diz respeito ao tipo delituoso descrito no *caput* desse artigo é fruto de interpretação, ao passo que o art. 10 dessa mesma Lei, ao aludir ao *crime previsto no artigo 14* da Lei 6.368/76 (crime esse que estava excluído do *caput* a que foi acrescentado o parágrafo único objeto desse mesmo art. 10), inequivocamente se refere ao tipo delituoso previsto no art. 14 da Lei 6.368/76 que a Lei 8.072/90 teve como vigente, tanto assim que o incluiu num dispositivo legal que não tratava dele, a significar, assim, que não foi sequer um descuido por inércia. Igualmente sem procedência a segunda objeção pelo fato de o art. 10, por referir-se com exclusividade à questão de prazos procedimentais, não ser suficiente para ressuscitar, em nível penal, um tipo que o art. 8.º da mesma lei deu por morto. O problema não é de ressuscitação, porque

pela interpretação do art. 8.º se tem por morto o tipo que é referido como vivo pelo art. 10 da mesma lei. Seria, se se tratasse de direito intertemporal, o que não tem sentido quando os dois textos pertencem à mesma Lei; e, se fosse possível falar em anterioridade para efeito de revogação, revogado estaria o art. 8.º pelo 10, por estar este colocado depois daquele... Nem tampouco é exato dizer que o art. 10 se refere exclusivamente à questão de prazos procedimentais, pois, na verdade, ele determina que a contagem desses prazos seja em dobro pela gravidade dos *crimes previstos* nos três artigos a que alude, o que implica dizer que, expressamente, a Lei 8.072/90 teve seus tipos delituosos como vigentes. Finalmente, também improcede a terceira objeção de que "não tem cabimento a adoção de uma interpretação atentatória à regra de que não podem existir, sobre o mesmo objeto, disposições penais incompatíveis entre si". Com efeito, a conciliação sistemática preconizada pela doutrina não atenta contra a regra "de que não podem existir, sobre o mesmo objeto, disposições legais incompatíveis entre si", pois a ela se chega interpretando-se esses dois dispositivos como dizendo respeito a objetos diversos (o primeiro à pena e o segundo ao tipo delituoso). Ademais, se eles tivessem o mesmo objeto e fossem absolutamente incompatíveis, a solução não seria a derrogação de um deles (no caso, para Alberto Silva Franco, a alusão ao art. 14 da Lei 6.368/76 pelo art. 10 da Lei 8.072/90), mas, sim, a da eliminação de ambos (interpretação ab-rogante dupla), porque, não se podendo dizer que o art. 8.º é principal em face do art. 10 (até porque é este que tem a referência expressa à previsão do tipo delituoso, e não aquele), ter-se-ia de aplicar a lição de Manzini (*Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. I, nuova edizione, n.º 144, p. 310, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1950), que coincide com a doutrina em geral:

"Se a incompatibilidade se dá entre duas normas (que dispõem de modo principal e diverso sobre o mesmo objeto) da *mesma lei*, elas se elidem reciprocamente, de modo que nem uma nem outra poderá ter-se como aplicável. Em tal caso não pode tratar-se senão de um erro, o qual não pode ser corrigido senão por um ato legislativo" ("Se la incompatibilità intercede tra due norme (disponenti in modo principale e diverso sullo stesso oggetto) della "medesima legge", esse si elidono vicendevolmente, cosi che nè l'una nè l'altra potrà ritenersi applicabile. In tal caso non può trattarsi che di un errore, il quale non può essere corretto che con un atto legislativo").

Por outro lado, a interpretação adotada por Damásio de Jesus que concilia sistematicamente os dois textos em causa não é – como ficou demonstrado ao longo deste voto – um "alvitre artificioso" como pareceu ao eminente relator, mas está apoiada na melhor doutrina, não chega ao extremo – este, sim, a dever ser evitado, de dar por morto tipo delituoso que a própria Lei 8.072 declara vivo – da interpretação ab-rogante, nem conclui pela coexistência de dois tipos (uma associação estável de quatro ao lado de outra, não necessariamente estável, de apenas dois, ambas com a mesma finalidade) em que a de maior potencial de dano (a primeira) se apene mais suavemente da que a de menor potencial de dano (a segunda).

4. Em face do exposto, e tendo em vista que tenho como vigente o art. 14 da Lei 6.368/76 quanto ao tipo penal nela descrito – somente o máximo de sua pena *in abstracto* é que foi alterado para menos –, indefiro o presente *Habeas Corpus*, acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral da República.

CONFIRMAÇÃO DE VOTO – O *Sr. Min. Sepúlveda Pertence* (Relator): Sr. Presidente, trouxe o voto de V. Exa., como é de hábito, magnífico arsenal teórico à discussão da causa.

2. Perfeito que o caso estaria a desafiar interpretação corretiva e não ab-rogante.

3. Ocorre que não sustentei ab-rogação do art. 10, o que, aliás, não estava em causa. Creio, no entanto que, acolhendo os princípios teóricos da lição recordada por V. Exa., partindo de Norberto Bobbio e retrocedendo a Savigny, é possível manter cada um dos artigos em antinomia da chamada "Lei dos Crimes Hediondos" (Lei 8.072/90), conservando-se, cada um, nos limites do seu objeto específico.

4. O art. 8.º é claramente uma norma penal. E parece-me insuperável, *data venia*, a sua antinomia, a sua inconciliabilidade com o tipo do art. 14. Nele se diz:

"Será de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins ou terrorismo."

5. Assim, quando o crime de associação se destinar à prática, inclusive, do tráfico ilícito de drogas, impôs-lhe o art. 8.º uma nova escala penal, ao passo que o art. 10, embora referindo-se ao *"crime previsto no art. 14"*, a ele alude apenas para disciplinar o objeto específico que, neste art. 10 da Lei Nova, se teve em mira: a duplicação dos prazos procedimentais relativos aos três crimes mais graves da Lei de Entorpecentes. Ora, parece-me possível, sem ab-rogação de nenhuma das duas normas aparentemente antinômicas, reservar a cada uma delas a regência do respectivo objeto específico: manter o art. 8.º, no seu campo normativo próprio, que é o de Direito Penal e no qual, estou convencido, alterou, não só a pena, mas o tipo do velho art. 14, ao remeter ao do art. 288 do CP; e reservar ao art. 10 a disciplina do seu, que é duplicar os prazos dos procedimentos relativos não apenas aos crimes dos arts. 12 e 13 da Lei de Entorpecentes, mas também ao tipo novo, substitutivo do seu antigo art. 14, por força do art. 8.º da lei nova.

6. A solução que proponho é, talvez, susceptível a críticas sob o prisma lógico-formal mas, seguramente, chega a uma composição substancial mais razoável da antinomia literal dos dois preceitos da mesma lei, na medida em que assegura a cada qual os efeitos normativos que um e outro pretenderam.

Com a vênia de V. Exa. e as homenagens ao seu brilhante voto, mantenho o meu, deferindo o presente *Habeas Corpus*.

EXTRATO DE ATA – *HC* 68.793-8 – RJ – Relator: Min. Sepúlveda Pertence: Relator p/ o Acórdão: Min. Moreira Alves. Pacte.: Paulo Cesar Ferreira da Rocha. Impte.: João Familiar Filho. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *Habeas Corpus*. Vencido o Ministro Sepúlveda Pertence, Relator, que concedia o *Habeas corpus*. 1.ª T., 10.03.1992.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Ilmar Galvão. Compareceu o Excelentíssimo Senhor Ministro Sydney Sanches, Presidente do Supremo Tribunal Federal, a fim de julgar o processo a ele vinculado.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Ricardo Dias Duarte, Secretário.

VOTO (VISTA) – O *Sr. Min. Ilmar Galvão*: Pedi vista dos autos para posicionar-me diante das teses sustentadas pelos eminentes Ministros Sepúlveda Pertence, de um lado, e Moreira Alves, de outro.

Para o primeiro, o art. 8.º da Lei 8.072/90 descreve um novo tipo de crime de quadrilha ou bando, ao dispor que o crime do art. 288 do Código Penal, em se tratando de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, será punido com a pena de 3 a 6 anos de reclusão. Assim sendo, teria revogado o art. 14 da Lei de Entorpecentes que, diferentemente do previsto no precitado art. 288 do Código Penal, se perfazia com a reunião de 2 (duas) pessoas, punindo-as com a pena máxima de 10 (dez) anos.

O problema da referência feita no art. 10, da nova Lei 8.072/90, ao art. 14 da Lei 6.368/76, resolver-se-ia mediante o entendimento de que resultara de equívoco, sem força suficiente para ressuscitar o dispositivo revogado, tanto mais que alude simplesmente a prazos procedimentais.

Já para o não menos eminente Ministro Moreira Alves, tratando-se de hipótese de antinomia entre dois textos inseridos originariamente no mesmo diploma legal, a interpretação ab-rogante, pela qual um deles é eliminado (ab-rogação simples), não deve ser adotada de plano, sem uma tentativa de conciliação, ainda que por via de interpretação corretiva, que importe a fixação de um objeto especial a cada um dos textos e os limites de sua aplicação.

Seguindo essa orientação, chega à conclusão de que os textos dos arts. 8.º e 10, da Lei 8.072/90, são perfeitamente conciliáveis, desde que se entenda que o primeiro tem em mira tão-somente estabelecer, de modo uniforme, para todos os crimes de quadrilha nele enumerados, inclusive para o do art. 14 da Lei 6.368/76, a pena

máxima de 6 anos, enquanto o art. 10, ao acrescentar um parágrafo ao art. 35 do mesmo diploma legal, limitou-se a mandar contar em dobro, em face da gravidade das figuras delituosas dos arts. 12, 13 e 14, os prazos procedimentais a eles alusivos.

Com a devida vênia do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, também entendo injustificável, no presente caso, o alistamento do intérprete de princípio dos mais incontestados de exegese jurídica, seja, aquele segundo o qual, somente quando, entre duas normas, quer da mesma data, quer de datas sucessivas, surgir uma incompatibilidade irredutível, que exclua toda possibilidade de conciliação, deve ser realizada a interpretação conhecida como ab-rogante.

É que a tentativa de conciliação dos textos aparentemente antagônicos é um dever supremo do intérprete, que, assim, afastará a interpretação ab-rogante sempre que a harmonização for alcançável por outros meios. Mas se a antinomia revelar-se insuperável, outros princípios hão de ser observados como, *v.g.*, no choque entre duas normas de categorias hierárquicas distintas, prevalecerá a de categoria superior, ainda que mais antiga; se a antinomia é entre regra geral e especial, do mesmo modo, esta prevalecerá sobre aquela; e se uma disposição é secundária e a outra especial, subsiste a última. Estar-se-á, sempre, diante de ab-rogação simples.

Mas, se nenhum desses preceitos afasta a incompatibilidade, e as duas normas são da mesma data e da mesma procedência, serão ambas, então, tidas por inexistentes.

No presente caso, demonstrou o eminente Ministro Moreira Alves que a conciliação dos dois textos da Lei 8.072/90 é possível de ser feita, entendendo-se que o do art. 8.°, sem instituir novo tipo penal, limita-se a uniformizar a pena máxima do crime de quadrilha formada para a prática de crimes hediondos, inclusive o do art. 14 da Lei 6.369/76; enquanto o art. 10, ao introduzir parágrafo único no art. 35 da Lei 6.368/76, em que está expressamente referido o mencionado art. 14, destinou-se tão-somente a ampliar os prazos processuais alusivos aos crimes nele enumerados.

Desta forma, observa-se o princípio de que o caminho entre a interpretação restritiva e a ab-rogante há de ser trilhado progressivamente, não se podendo chegar ao limite máximo e extremo da última, antes de ver-se esgotar a possibilidade de utilização da primeira. Ademais, mantém-se incólume o princípio de que, no choque entre dois textos inseridos originariamente na mesma lei, o impasse na interpretação conduz necessariamente à desconsideração de ambos, nunca de um só.

Demonstrou o eminente Ministro Moreira Alves, de maneira exaustiva, que a interpretação restritiva, ou corretiva, dos dois textos em conflito, permite, perfeitamente, o afastamento da incompatibilidade, sem necessidade de ab-rogação.

Assim é que, restringindo o campo de incidência das duas normas – a primeira confinada à alteração da pena máxima a ser aplicada aos crimes hediondos, e a segunda, à disciplina dos prazos procedimentais alusivos aos crimes de entorpecentes, inclusive o de formação de quadrilha –, assegurou-se a sobrevivência dos dois textos que, repita-se, do contrário haveriam de ser, ambos, ao mesmo tempo, desconsiderados para o fim único de admitir-se a revogação do art. 14 da Lei 6.368/76, quando, a rigor, a incongruência aparente se situa entre dispositivos da mesma Lei 8.072/90, e não entre o art. 8.° desta e o 14 daquela, senão no que concerne ao limite máximo da pena privativa de liberdade. Afastada essa, por via da interpretação corretiva, ou restritiva, de ambos os preceitos em aparente colisão, já que o primeiro aparentava ter revogado figura delituosa pelo último expressamente considerada, tem-se por conciliados, de modo sistemático, lógico e teleológico, os dois preceitos, o que impede o recurso à interpretação extrema da ab-rogação, agravada pela unilateralidade, isto é, com injustificável privilégio de um texto sobre outro, da mesma lei.

Tenho, pois, por mantido com a alteração decorrente do texto do art. 8.° da Lei 8.072/90, na parte relativa à pena máxima aplicável, o crime de quadrilha, tal como descrito no art. 14 da Lei 6.369/76, e, em conseqüência, afasto a preliminar levantada pelo eminente Relator.

No que concerne ao mérito, adoto, por inteiro, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, que, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, opina no sentido da possibilidade do concurso material entre os delitos dos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76 e, conseqüentemente, pela denegação da ordem.

EXPLICAÇÃO – O *Sr. Min. Sepúlveda Pertence* (Relator): – Senhor Presidente, farei um breve esclarecimento.

Subscrevo, inteiramente, como já subscrevera, no voto de V. Exa., as novas lições abstratas sobre a preferência da interpretação corretiva sobre a interpretação ab-rogante, em caso de antinomia contextual de dois dispositivos. Apenas discordei, no caso concreto, na escolha da correção a fazer. A mim me pareceu que, substituído o tipo do art. 14 da Lei de Entorpecentes, pelo que decorrera da alteração substancial da lei posterior, o art. 10 deveria ser reduzido ao seu alcance, ao seu sentido, que era o de uma norma procedimental, que também se aplicaria aos processos pelo novo tipo que, por força de lei nova, substituíra o art. 14 da lei antiga.

O que o art. 10 diz é que, nos processos por quadrilha para a prática de tráfico de entorpecentes, os prazos serão duplicados. Isso, a meu ver, é absolutamente compatível com a alteração que entendo resultar da alteração da definição do crime.

ADITAMENTO AO VOTO – O *Sr. Min. Moreira Alves* (Presidente): – Mantenho, também, o meu voto.

Apenas adito que, afastada essa preliminar com relação ao mérito, adoto a fundamentação do parecer da Procuradoria-Geral da República, que segue a jurisprudência da Corte.

Por isso, indefiro o pedido.

VOTO – O *Sr. Min. Octavio Gallotti*: Sr. Presidente, também entendo que a antinomia entre o art. 8.º e o art. 10, ambos da Lei 8.072/92, não é real, absoluta, a ponto de exigir uma interpretação ab-rogante que a tanto equivale, segundo penso, considerar extinto um tipo penal.

É uma antinomia relativa, parcial ou aparente, que permite ao intérprete uma exegese corretiva, de cunho sistemático, mediante a redução parcial da expressão literal de cada um dos dispositivos em causa como propõe V. Exa., ou seja, a pena máxima foi diminuída, mas subsiste o tipo do art. 14.

A solução deste caso parece-me, ainda, compatível com o propósito da Lei 8.072, de 1990, porque não seria lógico extrair, dessa lei, que pretendeu definir os crimes hediondos, a conclusão de extinguir um tipo agravado de crime de tráfico de drogas.

Com essas considerações, e a vênia do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, indefiro o pedido.

EXTRATO DE ATA – *HC* 68.793-8 – RJ – Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Relator p/ o Acórdão: Min. Moreira Alves. Pacte.: Paulo César Ferreira da Rocha. Impte.: João Familiar Filho. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *Habeas Corpus*. Vencido o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, Relator, que concedia o *Habeas Corpus*. Relator para o acórdão o Senhor Ministro Moreira Alves. 1.ª T., 10.03.1992.

Presidência do Senhor Moreira Alves. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Ilmar Galvão. Compareceu o Excelentíssimo Senhor Ministro Sydney Sanches, Presidente do Supremo Tribunal Federal, a fim de julgar o processo a ele vinculado.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Ricardo Dias Duarte, Secretário.

COMENTÁRIO

Segundo o *Habeas Corpus* 68.793-8 impetrado no Supremo Tribunal Federal contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o paciente está condenado pelo crime de *associação*, previsto no art. 14 da Lei 6.368/76 (Lei de Entorpecentes), *em concurso material* com o de *venda de entorpecentes*, do art. 12 do mesmo diploma.

O Defensor Público argumenta que a Lei de Entorpecentes está a indicar que, se o réu for condenado nas penas do art. 12 e ficar provada a *associação*, aplicar-se-á o disposto no art. 18, III, dessa lei e não o crime autônomo do art. 14 em concurso material com o art. 12, como fez o acórdão impugnado, havendo evidente concurso aparente de normas a impedir a aplicação simultânea dos arts. 12 e 14 da lei específica.

O Relator sorteado, Ministro Sepúlveda Pertence, *concede* o *habeas corpus* para subtrair, das penas totais aplicadas, três anos de reclusão e cinqüenta dias-multa impostos em função do art. 14, porque, a seu ver, a Lei dos Crimes Hediondos (a de n. 8.072/90 que já se achava em vigor quando foi proferido o acórdão questionado) *revogou* o art. 14 da Lei de Entorpecentes.

O Ministro Moreira Alves pede vista e *indefere* o *habeas corpus*, pois tem como vigente o art. 14 da Lei de Entorpecentes quanto ao tipo penal nele descrito – somente o máximo de sua pena *in abstracto* é que foi alterado para menos, pela Lei dos Crimes Hediondos.

Os Ministros Ilmar Galvão e Octavio Gallotti (com votos declarados) e Celso de Mello votam com o Ministro Moreira Alves, que é designado relator do acórdão, publicado no *DJ*, de 06.06.1997.

De antemão impõe-se a transcrição dos dispositivos legais que orientarão qual das duas interpretações – quando não uma terceira – é a acertada.

A *associação para fim de cometer crimes* já se encontrava, desde o início, no Código Penal (art. *288* do Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940). O *nomen juris*, que aparece em ementa e também no corpo do artigo, é *quadrilha ou bando*. Eis seu inteiro teor: "*Associarem-se* mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para fim de cometer *crimes*: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos."

"Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado."

Foi ressaltado o plural "crimes". Entenda-se: *todos e quaisquer crimes*, sem exceção; pode ser um mesmo e único tipo, ou vários tipos criminais.

Em 1956, a Lei do Crime de Genocídio (Lei 2.889, de 1.º.10.1956), em seu art. 2.º, veio dispor: "*Associarem-se* mais de 3 (três) pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior: Pena – metade da cominada aos crimes ali previstos."

Sem repetir o *nomen juris* e com outra pena, a nova lei especificou novos crimes, cuja prática viria a constituir o objetivo de associação criminosa, como a do art. 288 do Código Penal (CP).

Vinte anos depois a Lei de Entorpecentes (Lei 6.368, de 21.10.1976) repete o expediente. Sem repetir o *nomen juris*, mas com alteração do número mínimo de participantes e com pena muito mais severa, essa nova lei também especifica novos crimes, cuja prática constituirá o objetivo de associação criminosa, como a do art. 288 do CP. O teor é este: "Art. 14. *Associarem-se* 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13 desta Lei: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinqüenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa."

Isso vai ocorrendo, até que o art. 288 do CP é relembrado expressamente na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072, de 11.09.1990), cujo art. 8.º decreta: "Será de

3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena prevista *no art. 288 do Código Penal*, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante ou associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)".

O *caput* desse artigo 8.° permite estoutra leitura: "*Associarem-se* mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes [até aqui, o art. 288 do CP *ipsis litteris*] hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ou terrorismo (essa vírgula é de rigor): Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos" [desde *hediondos*, estão as mesmas letras restantes do art.8 da Lei 8.072/90]. Esta redação, em suma, é a mesma, só que em outra ordem gramatical, e substituída a menção *art. 288 do CP* pelas mesmas letras de seu teor anterior à palavra *pena*.

Donde se conclui que o art. 8.° da Lei dos Crimes Hediondos repete o art. 288 do CP, porém especificando agora os crimes objetivados pela associação (não mais todos e quaisquer crimes, mas só aqueles quatro nomeados) e tornando mais severa a pena correspondente. Isso mesmo fizera o art. 2.° da Lei do Crime de Genocídio, como visto acima, só com a observação de que apenas uma das figuras da sua associação ficou com pena menos severa que a do art. 288 do CP.

Ora, como se viu, o art. 14 da Lei de Entorpecentes também especificara os crimes-finalidade da sua associação criminosa, restringindo o âmbito amplo e geral dos do art. 288 do CP. Igualmente tornara muito mais severa a pena respectiva. E é necessário ainda frisar que reduzira o número mínimo de pessoas participantes ou associadas: de "mais de três" [portanto quatro] para "duas ou mais pessoas". Os crimes-finalidade foram "os previstos nos arts. 12 e 13" da própria Lei de Entorpecentes.

Antes de examinar se há incompatibilidade entre o art. 8.° da Lei de Crimes Hediondos e o art. 14 da Lei de Entorpecentes, importa acentuar que a *redação* dos crimes-finalidade difere nos dois dispositivos: o dito art. 14 fala de associação para praticar *quaisquer dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13* da Lei de Entorpecentes; já o referido art. 8.° fala de *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*. Sendo assim, trata-se tão-somente de formas diferentes para dizer a mesma coisa, ou há também diferença conceitual entre as duas expressões?

Os arts. 12 e 13 da Lei 6.368/76, que estão em capítulo intitulado *Dos Crimes e das Penas*, não apresentam *nomen juris* ou denominação genérica dos crimes capitulados, nem em ementa, nem no corpo dos artigos. Estes já vão encadeando verbos (=ações) com significações diversas, como "importar ou exportar, remeter..." e assim por diante. Interessante é que entre tantos verbos não esteja o verbo *traficar*, o qual, entretanto, guardaria, *com absoluta propriedade*, integral fidelidade e correspondência com o substantivo *tráfico* do art. 8.° da Lei 8.072/90. Isso facilitaria sobremaneira a interpretação. Urge, pois, distinguir se todos ou só alguns desses verbos dos arts. 12 e 13 podem ser tomados como *traficar* ou fazer *tráfico*, cujo sentido é de "negócio legítimo ou ilegítimo com o objetivo de lucro" (*Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, 5. ed., Forense Universitária, p. 834) e que, no Direito Penal, ganhou conotação pejora-

tiva de negócio ilícito "que tem por objeto mercadoria contrabandeada, mulheres, *entorpecentes* e trabalhadores" (Maria Helena Diniz, *Dicionário Jurídico*, 1998. Saraiva, v. 4, p. 599). É verdade que a transitividade daqueles verbos levou a rematar os referidos arts. 12 e 13 sempre com a expressão *substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica*, expressão essa que bem equivale à do art. 8.º *entorpecentes e drogas afins*. Aliás, o art. 3.º da Lei de Entorpecentes já utilizara, em variação estilística, a expressão *substâncias entorpecentes e drogas que causem dependência física ou psíquica*. Porém mesmo essa consideração não permite concluir, *sem mais*, que o art. 8.º da Lei dos Crimes Hediondos, dizendo *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*, tenha dito conceitualmente a mesma coisa que *qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13* da Lei de Entorpecentes. Assim, por exemplo, não se pode dizer, *a rigor*, que seja *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins* o "fabricar, adquirir, vender... guardar *maquinismo, aparelho, instrumento* ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que..." [e é esse o teor do art. 13], pois o objeto do negócio, ou seja, do tráfico é o maquinismo e não o entorpecente. Esse delito, portanto, não constituiria, propriamente, o crime-finalidade da associação disposta no art. 8.º. Por outro lado, é difícil aceitar que esteja *traficando*, no sentido próprio, quem "induz, instiga ou auxilia alguém a *usar* entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica" [que é o teor do art. 12, parágrafo 2.º, inciso I, da Lei de Entorpecentes]. Em verdade, o todo da Lei de Entorpecentes elucida que são três as atividades que ela procura prevenir e reprimir (o *tráfico ilícito*, o *uso indevido* e a *produção não autorizada* de substâncias entorpecentes e drogas que causem dependência física ou psíquica), cada uma distinta da outra (cf. art. 3.º e *passim*). Resulta nítido, pois, que a lei não trata de uma única figura delituosa e, se nos arts. 12 e 13 se detectarem figuras distintas do estrito *tráfico*, há de se concluir que *na parte coincidente* (*tráfico ilícito*) a lei posterior, de igual hierarquia e igualmente especial (Lei 8.072/90), revogou a anterior (Lei 6.368/76). O art. 8.º da Lei de 1990 configura, de modo diferente do art. 14 da Lei de 1976, a associação criminosa quando o objetivo é o *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*, ficando *nessa parte revogado* ou, em outras palavras, derrogado ou parcialmente revogado o citado art. 14, o qual, no entanto, continuará regendo a associação criminosa quando os objetivos desta forem os outros crimes capitulados nos arts. 12 e 13 *que não sejam* tipicamente de *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*.

Neste passo, doutrina e jurisprudência têm chamado a atenção para o fato de que a subsistência das duas associações delituosas criaria o absurdo de ser punida *uma* delas com pena de reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos, mais 50 (cinqüenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, bastando duas pessoas para sua configuração, e a *outra*, com pena só de reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos, exigido agora um mínimo de quatro pessoas para sua configuração. Afinal, para uma situação teoricamente mais danosa ou, no máximo, de igual danosidade, conforme pode ser sentido o *tráfico ilícito* em comparação com o *uso indevido e à produção*, a punição viria a ser mais branda, e ainda ser maior a dificuldade para tipificar-se a associação (quatro pessoas associadas, no mínimo, e não apenas duas). O proble-

ma, contudo, será antes do legislador, já que diz respeito à coerência e justiça que devem pautar a elaboração das normas legais. Nova lei é que deveria procurar corrigir a distorção, sem que até lá o absurdo verificado possa impedir a exegese acima feita para a solução da questão de direito intertemporal surgida.

Outra forma de desfazer essa incoerência e injustiça legislativa é o intérprete julgar como *inteiramente* revogado ou, em outros termos, ab-rogado o art. 14 da Lei de Entorpecentes (lei anterior, de igual hierarquia e igualmente especial). Suprimindo-se a causa interpretativa que teve como efeito o referido absurdo legislativo, encontra-se a necessária coerência e equilíbrio. Ora, a causa do absurdo foi terem sido entendidas como conceitualmente diferentes as referências do art. 14 da Lei 6.368/76 e do art. 8.º da Lei 8.072/90 aos crimes-finalidade das respectivas associações criminosas. Tirada essa causa, isto é, tendo-se agora como conceitualmente iguais tais referências, abrangentes ambas de uma mesma coisa, apesar de suas formas diferentes, não se seguirá mais o efeito de mera derrogação. O efeito será de absoluta ab-rogação do art. 14 pelo art. 8.º.

De fato, é perfeitamente possível tomar a expressão *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins* do art. 8.º da Lei 8.072/90 como abrangente de *todas* as ações descritas nos arts. 12 e 13 da Lei 6.368/76. Então, a redação do art. 14 desta última lei (*qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13*) terá forma diferente da do art. 8.º da Lei 8.072/90 (*tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*), *mas* o significado será o mesmo. Como já foi acentuado, a transitividade dos verbos (=ações) que estão nos arts. 12 e 13 dá-lhes como objeto ou complemento gramatical sempre *substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica*. Essa expressão, quanto ao significado, não deixa nada a dever à expressão do art. 8.º, conforme também se expôs acima, invocando o art. 3.º da Lei de Entorpecentes. Logo, seja *diretamente* ligada aos muitos verbos dos arts. 12 e 13, seja *indiretamente* relacionada a eles mediante a destinação ou uso por terceiro (o uso próprio está fora, no art. 16), a expressão *substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica* autoriza segura interpretação de que todas as ações daqueles verbos confluem para o *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins* referido pelo art. 8.º. Em outras palavras, todas as ações (= crimes previstos) dos arts. 12 e 13 constituem o *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins* do art. 8.º, que vem a ser um dos quatro crimes-finalidade da associação criminosa nesse mesmo artigo regulada, segundo o art. 288 do CP (cf. a releitura do art. 8.º acima feita). Conseqüentemente, há revogação total do art. 14 pelo art. 8.º.

Essa revogação foi sentenciada pelo relator vencido no *Habeas Corpus*, que citou a doutrina de Alberto Silva Franco (*Crimes hediondos*, RT, 1991). Ver item 8 do voto do Relator Sepúlveda Pertence, *in* p. 279 de JSTF, Lex – 230.

A oposição, que aos dois é feita pelos votos vencedores, não parece sustentável. O Ministro Moreira Alves, deslocando a questão, faz o confronto do art. 8.º da Lei 8.072/90, não com o art. 14 da Lei 6.368/76, mas com o art. 10 da mesma Lei 8.072/90.

Dispõe esse art.10: "O art. 35 da Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, passa a vigorar acrescido de parágrafo único, com a seguinte redação: Os prazos

procedimentais deste Capítulo serão contados em dobro quando se tratar dos crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14."

É falaz a afirmação de que o problema jurídico resulta do confronto entre dois dispositivos que estão postos na mesma lei. Entre os arts. 8.º e 10 da mesma Lei 8.072/90 não há nenhuma incompatibilidade *direta* a criar qualquer problema. Basta ler seus textos, ambos já transcritos. O *primeiro* fixa em outra quantidade de anos a pena de reclusão do art. 288 do CP, quando os crimes-finalidade forem os hediondos, a prática de tortura, o *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*, ou o terrorismo, cuidando seu parágrafo único de uma causa de redução dessa pena; o *segundo* acrescenta ao art. 35 da Lei 6.368/76 um parágrafo único, segundo o qual os prazos procedimentais do capítulo da lei em que está esse art. 35 (é o Capítulo IV – Do Procedimento Criminal) serão contados em dobro, quando se tratar de crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14.

A incompatibilidade real existente é, antes, entre o art. 8.º da Lei dos Crimes Hediondos, de 1990, e o art.14 da Lei de Entorpecentes, de 1976, como ficou exaustivamente demonstrado neste estudo. Estar citado esse art. 14 no texto de um parágrafo, que o art. 10 da Lei de Crimes Hediondos diz que passa a vigorar no art. 35 da Lei de Entorpecentes, não caracteriza nenhuma *contradictio* entre a norma constante do art. 8.º e a norma constante do art. 10, se *previamente* já não se tiver meditado sobre as contrariedades, na forma e no sentido, existentes entre o art. 8.º e o art. 14, este como o que é que é na Lei 6.368/76 (*in proprio loco*), e não como aparece na mera remissão, sem face alguma, do parágrafo único do art. 35 da Lei 6.368/76, mandado acrescer pela Lei 8.072/90 (art. 10).

É fato que a menção, no art. 10 da Lei 8.072/90, ao art. 14 da Lei 6.368/76 incomoda e levou a interpretações diversas, como está a revelar o inteiro teor do *Habeas Corpus examinado*.

Com efeito, por que o art. 14 da lei anterior apareceria ali no art. 10, se ele já estaria inteiramente revogado pelo art. 8.º? Pois terá sido exatamente para "deixar evidente que o legislador não tivera a intenção de revogá-lo", responde Damásio Evangelista de Jesus, *in* Anotações à Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos Fascículos de Ciências Penais, n. 4, 1990, p. 14). Tudo, mais ou menos assim: o legislador redesenha em 1990, no art. 8.º, a associação criminosa relativa a *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*, tornando-a incompatível com a desenhada desde 1976 no art. 14 da outra lei; mas incontinênti elimina a incompatilibidade, porque logo no art. 10, mencionando aquele art. 14, embora com outros objetivos expressamente declarados, só processuais, estaria sinalizando que a associação delituosa do art. 14 da Lei 6.368/76 continuava em vigor; em conseqüência, ficava o dito no art. 8.º da Lei 8.072/90 por não dito, quanto ao *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*. Seria tanta a leviandade e inorganicidade do nosso sistema legislativo, que o mesmo doutrinador prontamente procurou evitar essa fatal apreciação, propondo, sem mais explicações na citação do acórdão, esta conciliação: "confirmada a sobrevivência da descrição típica do art. 14 da Lei 6.368/76, só se teria, por derrogado, o preceito sancionatório, que passaria a ser o do art. 8.º da Lei 8.072/90" (op. cit.). Em suma, ele nem elimina o art. 8.º, nem elimina o art. 14, quanto ao *tráfico ilícito*. Tampouco

mantém os dois dispositivos integralmente. Concilia-os, eliminando uma parte de cada um, pois toma só a pena do art. 8.º, e só a exigência de apenas duas pessoas do art. 14.

O Ministro Moreira Alves segue as mesmas pegadas. Acentuando que "o art. 8.º da Lei 8.072/90 se dirige à pena e que o art. 10 dessa mesma Lei tem inequivocamente como em vigor o tipo delituoso previsto no art. 14 da Lei 6.368/76", assegura que "a forma de afastar-se a interpretação ab-rogante – que só deve ser utilizada no caso extremo de inconciabilidade absoluta – será a da conciliação sistemática, mediante a interpretação restritiva de ambos os dispositivos, deixando ao primeiro a fixação da pena inclusive para a quadrilha que se forma para a prática de crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins, e ao segundo a especialização do tipo do crime de quadrilha com essa finalidade" (item 3 de seu voto, p. 290 de JSTF, Lex 230). Em parêntesis, cumpre dizer que por esse voto caberia naquele *Habeas Corpus* serem subtraídos os cinqüenta dias-multa da pena do paciente, já que o art. 8.º da Lei 8.072/90 pune somente com reclusão (cp. voto do relator sorteado).

Em apoio à afirmação de que o aparecimento daquela referência ao art. 14 da Lei de Entorpecentes, no art. 10 da Lei de Crimes Hediondos, torna *inequívoca* a intenção do legislador de não revogar esse art. 14, o Ministro Moreira Alves invoca a maior gravidade dos delitos dos arts. 12, 13 e 14, marcada pelo fato de os prazos procedimentais serem contados em dobro; bem como realça que o *caput* do art.35 da Lei 6.368/76 só diz respeito aos arts. 12 e 13, aparecendo o art. 14 apenas no parágrafo único que foi acrescido, àquele art. 35, precisamente pelo art. 10 da Lei 8.072/90.

Constituem, entretanto, apoios precários. Se o legislador estivesse realmente preocupado com a maior gravidade da associação criminosa para prática dos delitos dos arts.12 e 13 da Lei de Entorpecentes, simplesmente não teria posto o *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins* no art. 8.º da Lei 8.072/90, entre e ao lado dos crimes hediondos, da prática de tortura e do terrorismo, todos reputados igualmente gravíssimos, mas sem pena de dias-multa e com reclusão de menor duração do que a do art. 14 da Lei 6.368/76, quando crimes-finalidade de associação criminosa. É contraditório que o legislador endureça dobrando os prazos procedimentais e amoleça diminuindo a punição, mas sempre em nome da maior gravidade dos delitos. Dessa forma, é no mínimo temerário qualificar-se de *inequívoca* a intenção atribuída ao legislador pelo intérprete, nas circunstâncias.

Do mesmo modo, já que o *caput* do art. 35 da Lei 6.368/76 exige que o réu condenado nas penas dos arts. 12 e 13 se recolha à prisão, para poder apelar, o legislador perdeu excelente oportunidade de incluir nesse mandamento também o réu condenado nas penas do art. 14. Isso se estivesse realmente preocupado com a maior gravidade do crime. Mais uma razão, portanto, para não se ter como *inequívoca* a propalada intenção do legislador de não ter por revogado o art. 14, ao inserir esse artigo em parágrafo que fez acrescer ao art. 35 da Lei de Entorpecentes, por intermédio da Lei dos Crimes Hediondos.

Aliás, tendo-se em vista que tal parágrafo pertence ao corpo da Lei de Entorpecentes, pode-se entender que o legislador se tenha concentrado exclusivamente

nessa lei, perdendo de vista a norma do art. 8.° da Lei dos Crimes Hediondos, não prestando assim atenção à incompatibilidade desse artigo com o art. 14. A única intenção do legislador, esta sim inequívoca, ao mencionar o art. 14 no art. 10, terá sido, então, a literal de dobrar prazos processuais. Ele nem terá tido a intenção de agir daquele modo leviano e assistemático acima figurado, nem o desejo de provocar a interpretação corretiva efetuada pelo acórdão, a qual *paradoxalmente* determina bastarem duas pessoas para caracterizar uma associação que pratique *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*, enquanto para caracterizar associação que pratique crime hediondo, tortura ou terrorismo é necessário um mínimo de quatro pessoas, isso quando estes três últimos delitos são tão graves quanto aquele primeiro. De resto, o Ministro Sepúlveda Pertence encontrou legítima utilidade para a referência ao art. 14 naquele parágrafo único do art. 35: estenda-se agora a duplicação dos prazos procedimentais "ao tipo novo, substitutivo do seu antigo art. 14" (item 5, p. 293, JSTF, Lex 230).

Em conclusão, ou *a)* se tem por ab-rogado o art. 14 da Lei de Entorpecentes pelo art. 8.° da Lei dos Crimes Hediondos, porque *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins* diz o mesmo que *qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13* da Lei de Entorpecentes *(lex prior)*; ou *b)* se tem por derrogado o art. 14 pelo art. 8.° citados, porque *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins* não abrange *todos os crimes previstos nos arts. 12 e 13*, de modo que o art. 14 rege a associação criminosa quando os crimes-finalidade forem *os previstos nos arts. 12 e 13* com exceção dos que constituírem *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*, vindo este último a compor a associação criminosa do art. 8.°; ou *c)* se têm por reciprocamente derrogados os arts. 14 e 8.°, porque deste somente vigora a pena de três a seis anos de reclusão, e daquele somente vigora a suficiência de um mínimo de duas pessoas.

Quanto à referência ao art. 14 constante do parágrafo único do art. 35, sua importância, como se verificou acima, varia conforme uma das três soluções dadas, seja com o confronto entre os arts. 8.° e 14, de leis diferentes (soluções *a)* e *b))*, seja com o confronto entre os arts. 8.° e 10, ambos da mesma lei (solução *c))*. Adotada pelo acórdão esta última, seriam inservíveis os critérios *cronológico* (*lex posterior derogat priori*), *hierárquico* (*lex superior derogat inferiori*) e *de especialidade* (*lex specialis derogat generali*), valendo-se o intérprete da correção que fez.

Em comentário final, segundo estudo de Norberto Bobbio, autor citado pelo relator designado para o acórdão: "Aquilo a que tende o intérprete comumente não é mais à eliminação das normas incompatíveis, mas, preferentemente, à eliminação da incompatibilidade. Às vezes, para chegar ao objetivo, introduz alguma leve ou parcial modificação no texto; e nesse caso tem-se aquela forma de interpretação chamada *corretiva*... Entende-se que na medida em que a correção introduzida modifica o texto original da norma, também a interpretação corretiva é ab-rogante, se bem que limitada à parte da norma corrigida. Mais do que contrapor a interpretação corretiva à ab-rogante, dever-se-ia considerar a primeira como uma forma atenuada da segunda, no sentido de que, enquanto a interpretação ab-rogante tem por efeito a eliminação *total* de uma norma (ou até de duas normas), a interpretação corretiva tem por efeito a eliminação puramente *parcial* de uma

norma (ou de duas)" (*Teoria do Ordenamento Jurídico*, 7.ª ed., 1996, UnB. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos). Na nossa terminologia jurídica "revogação é o gênero que contém duas espécies: a *ab-rogação*, que é a supressão total da norma anterior, por ter a nova lei regulado inteiramente a matéria, ou por haver entre ambas incompatibilidade implícita ou explícita; a *derrogação*, que torna sem efeito uma parte da norma; logo a norma derrogada não perde sua vigência, pois somente os dispositivos atingidos é que não mais terão obrigatoriedade" (Maria Helena Diniz, op. cit., v. 4, p. 209).

Assim, na solução *a)* houve *ab-rogação*, porque o art. 8.º (*lex posterior*) terá regulado inteiramente a matéria; na solução *b)* houve *derrogação* da *lex prior*, porque perdeu parte do conteúdo do seu dispositivo para o dispositivo da *lex posterior*, ante incompatibilidade implícita parcial (e não deixa de haver aqui interpretação igualmente corretiva, a qual não constitui expediente exclusivo de solução de incompatibilidades dentro de uma mesma lei); e na solução *c)* houve *derrogação* também (cp. lição citada de Norberto Bobbio com terminologia extraída do Dicionário de Maria Helena Diniz), derrogação que se há de dizer recíproca, porque cada uma das duas leis perdeu uma parte de seu dispositivo em favor da outra, por força da adaptação corretiva levada a efeito pelo intérprete, para, por esse meio, eliminar inegável antinomia existente entre elas.

11. LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

11.1

DIAGNÓSTICO PRELIMINAR DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO E PRIMEIRAS PROPOSTAS PARA SUA REFORMULAÇÃO*

MIGUEL REALE JR. (COORD.)
ALBERTO SILVA FRANCO
EDSON O'DWYER
FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA
IVETE SENISE FERREIRA
JAIR LEONARDO LOPES
LUIZ VICENTE CERNICCHIARO
MAURICIO ANTONIO RIBEIRO LOPES
NILO BATISTA
RENÉ ARIEL DOTTI

SUMÁRIO: I. Diagnóstico preliminar do Sistema Penal Brasileiro: 1. Metodologia do trabalho – 2. A violência e a criminalidade – 3. A situação da delinqüência juvenil – 4. As agências do sistema penal: 4.1 Polícia; 4.2 Sistema prisional; 4.3 Ministério Público e Magistratura – II. Primeiras Propostas.

I. DIAGNÓSTICO PRELIMINAR DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

1. Metodologia do trabalho

Duas premissas fundamentais demarcaram a preocupação da Comissão ao longo deste primeiro período de trabalho.

De um lado, a necessidade de conhecer e tornar públicos alguns dados e estatísticas capazes de revelar os motivos da inoperacionalidade do sistema criminal. Esses são as bases de um diagnóstico cujos efeitos são por todos conhecidos, mas cujas verdadeiras razões, em grande parte, não eram plenamente percebidas e apreendidas.

(*) Relatório da Comissão de Reforma do Sistema Penal instituída pela Portaria 531 de 29.09.1999, do Exmo. Sr. Ministro da Justiça, Dr. José Carlos Dias.

De outro, a certeza de que, em alguns casos, por força do longo tempo decorrido – sessenta anos da vigência da Parte Especial do Código Penal e cinqüenta e oito anos de vigência do Código de Processo Penal, elaborados com base em princípios e valores diversos dos da realidade atual – em outros casos, embora não tão longo o período de vigência da lei – quinze anos da reforma da Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execuções Penais – já se percebeu séria desarticulação entre os operadores jurídicos e os administradores públicos, agravada tanto por uma profusão de leis pontualmente modificadoras, como pela inversão radical de orientação político-criminal anteriormente adotada. Faz-se necessária, portanto, uma reforma de base, em termos que se pretenda suficientemente abrangentes, duradoura, justa e apta a responder eficazmente às necessidades sociais do Estado Democrático de Direito.

Assim, também como premissa, tem a Comissão a expectativa de que as reformas que se tornarem imprescindíveis nas legislações, penal, processual penal, de execução penal e de menores, sejam feitas de forma sistemática, devidamente compatibilizadas, interna e externamente, e, ainda, levando em conta uma nova articulação entre as instituições. Cuida-se, portanto, de reforma global do sistema, em oposição aos mecanismos mais freqüentes de elaboração de reformas pontuais.

Desse modo, a Comissão entendeu que caberia ir em busca de elementos indicativos dos caminhos a serem seguidos, requerendo, então, aos diversos segmentos da administração da justiça criminal, o levantamento de dados estatísticos e apresentação de sugestões com vista, de um lado, a conhecer a realidade em todos seus ângulos e de outro, a receber propostas tendentes a dotar o sistema criminal de maior operacionalidade e eficácia.

Para tanto, os membros da Comissão, em suas respectivas regiões, passaram a contatar diretamente com os representantes de órgãos públicos e privados, partícipes da administração da justiça, colhendo importantes subsídios, visando a que a adoção de direções surgisse a partir da realidade, no exame das exigências de caráter preventivo decorrentes dos fatos que conformam a criminalidade, mormente nos grandes centros urbanos. Doutra parte, era imprescindível conhecer os efetivos obstáculos impeditivos da concretização das medidas penais, para, em face dos óbices verificados, propor, em linhas gerais, equacionamentos de ordem prática ou de natureza legislativa.

Formou-se, destarte, um mosaico, com pedras colhidas na realidade, permitindo a construção de uma compreensão abrangente, ainda que perfunctória, do problema do sistema criminal, mas essencial à formulação, ao Ministério da Justiça, de propostas concretas, de natureza a mais diversa, tanto de caráter político-social, como de caráter operacional, sem contar as de cunho legislativo.

Cabe ressaltar que, na busca de dados que permitissem a exata compreensão das vicissitudes do sistema penal vigente, deparou-se a Comissão, não raras vezes, com informes incompletos, não-coincidentes entre si, embora colhidos na mesma fonte, desatualizados, enfim, de confiabilidade reservada. Tal peculiaridade revela uma faceta negativa do sistema de segurança pública e de organização da justiça: as políticas públicas dessas áreas são geradas sem apoio em informes estatísticos que confirmem a seriedade, a adequação e a oportunidade de muitas decisões.

A Comissão enfrentou, em áreas de grande repercussão social – como, exemplificativamente, os serviços de segurança pública – a ausência ou ao menos a não-transparência de dados essenciais para conclusões no sentido afirmativo ou negativo da eficiência do poder público, na área de atuação. Esse empirismo na condução das políticas públicas sem averiguação científica das reais condições de funcionamento do sistema, que domina a realidade fática, contamina sob certo sentido também os resultados deste primeiro diagnóstico, tendo em vista que os dados obtidos pela Comissão nas diversas áreas e regiões do país não podem ser avaliados como plenamente confiáveis.

Em que pese essa impossibilidade, *a priori*, de emitir uma avaliação absolutamente precisa, entende a Comissão que vários dos dados apresentados com este relatório apontam ao menos tendencialmente para as conclusões extraídas e recomenda que, num futuro próximo, seja objeto de normatização administrativa a elaboração de estatísticas criminais mais exatas e que a elas se devote a transparência socialmente recomendada.

2. A violência e a criminalidade

As altas taxas de criminalidade conformam-se, no contexto dos grandes centros urbanos, ao incremento da violência e é evidente que o exame de um ou de outro desses fenômenos não encontra uma só explicação. Há uma pluralidade de causas explicativas que não vêm a pêlo discutir. Interessa, apenas, no caso, verificar o crescimento percentual da criminalidade urbana, em relação aos delitos considerados mais violentos para que se possa a partir dessa verificação analisar como atuaram as agências oficiais do sistema de justiça criminal.

O número de registros de ocorrências policiais,[1] fornecido pela Secretaria de Segurança Pública e pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, foi o ponto de partida. O quadro evolutivo dessas ocorrências assim está constituído:

Tabela I

Ocorrências policiais – 1996 / 1998

	1996	1997	1998
Município de São Paulo	337.521	403.384	474.539
Estado de São Paulo	1.223.612	1.417.611	1.588.234

Fonte: Secretaria de Segurança Pública e Polícia Civil do Estado de São Paulo.

Assim, no decorrer do ano de 1998, foram efetuados 474.539 registros policiais, representando, de 1983 até 1998, um crescimento da ordem de 40,6%, quando, nesse mesmo período, a população aumentou um pouco mais de 12%. Desses registros,

(1) Esses números acham-se já expungidos de qualquer registro de ocorrência de natureza não criminal (tais como as chamadas *desinteligências*, extravio de documentos, acidentes de trânsito sem vítimas etc.).

cabe observar o crescimento referente aos delitos violentos, e, em particular, ao homicídio doloso, confrontados com o crescimento populacional. A partir dessa perspectiva, os crimes violentos – homicídio, lesões corporais dolosas, roubos, seqüestros, estupros etc. – subiram de uma taxa de 896,3 a cada 100 mil habitantes para a taxa de 1.848,68 por cem mil habitantes, revelando um crescimento de 106,3%.

Tabela 2

Movimento dos principais tipos de crimes
Município de São Paulo

1983-1998

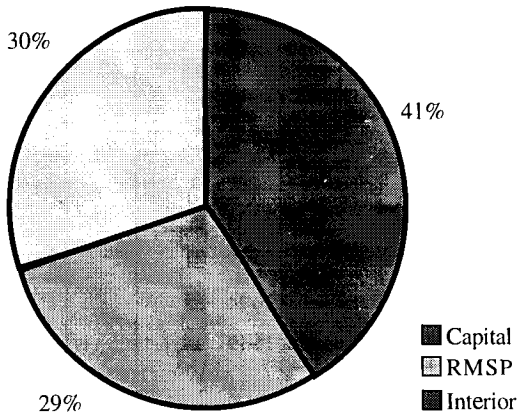
Crimes	1983	1993	1994	1995	1996	1997	1998
População	**8.794.544**	**9.709.424**	**9.752.644**	**9.793.962**	**9.836.129**	**9.856.879**	**9.918.862**
Total de Crimes	**3.109,75**	**4.008,25**	**4.073,46**	**3.686,13**	**3.639,15**	**3.903,63**	**4.553,21**
Crimes Contra a Pessoa	**1.070,79**	**1.107,77**	**1.115,39**	**1.008,59**	**798,96**	**873,40**	**927,25**
Homicídios/ Tentativa	34,15	50,72	57,96	64,19	68,16	69,36	73,00
Lesões Corporais	377,32	313,82	310,59	268,71	243,24	279,46	296,99
Crimes Contra o Patrimônio	**1.907,09**	**2.747,19**	**2.811,08**	**2.533,89**	**2.709,48**	**2.876,62**	**3.408,77**
Roubos/ Tentativas	487,64	544,47	562,71	582,05	674,53	806,38	1.004,87
Latrocínios	3,73	2,51	2,52	2,49	2,45	2,05	2,62
Roubo de Veículos/ Tentativa	...	212,87	248,57	226,55	299,40	304,53	386,63
Furtos/ Tentativas	1.197,47	1.156,37	1.129,66	947,15	899,67	992,25	1.004,73
Furto de Veículos/ Tentativa	....	497,74	532,68	475,19	555,48	466,62	530,41
Crimes Contra Incolumidade Pública	**40,32**	**33,64**	**34,93**	**39,27**	**33,42**	**38,59**	**48,95**
Uso/Tráfico de Entorpecentes	29,04	40,71	28,46	31,96	25,29	30,01	40,25
Crimes Contra os Costumes	**43,30**	**36,27**	**35,88**	**33,35**	**28,93**	**29,92**	**31,27**
Estupros/ Tentativas	15,03	14,08	14,74	14,25	12,32	12,76	13,42
Porte de Armas	**21,10**	**35,98**	**31,82**	**31,32**	**35,54**	**35,01**	**45,59**

Fonte: Secretaria de Segurança Pública — SSP; Delegacia Geral de Polícia — DGP; Departamento de Planejamento e Controle da Polícia Civil — Deplan; Centro de Análise de Dados – CAD; Fundação Seade.

No que tange ao homicídio doloso, detecta-se uma explícita e forte tendência de crescimento. No ano de 1983, houve 3.003 ocorrências do delito, nas formas consumada e tentada e, em 1998, esse número cresceu para 7.241. De 1983 a 1997, o aumento foi da ordem de 141,1%. Por outro lado, nesse mesmo período, enquanto os crimes contra o patrimônio, em geral, e o tráfego de drogas tiveram um enorme incremento, delitos violentos como os estupros, os latrocínios, as extorsões revelaram uma tendência para a estabilidade.

Uma análise mais atenta do homicídio doloso demonstra que tal delito tem na cidade de São Paulo e, em sua região metropolitana, seu ponto de maior concentração.

Gráfico 1
Homicídio doloso
Estado de São Paulo 1998

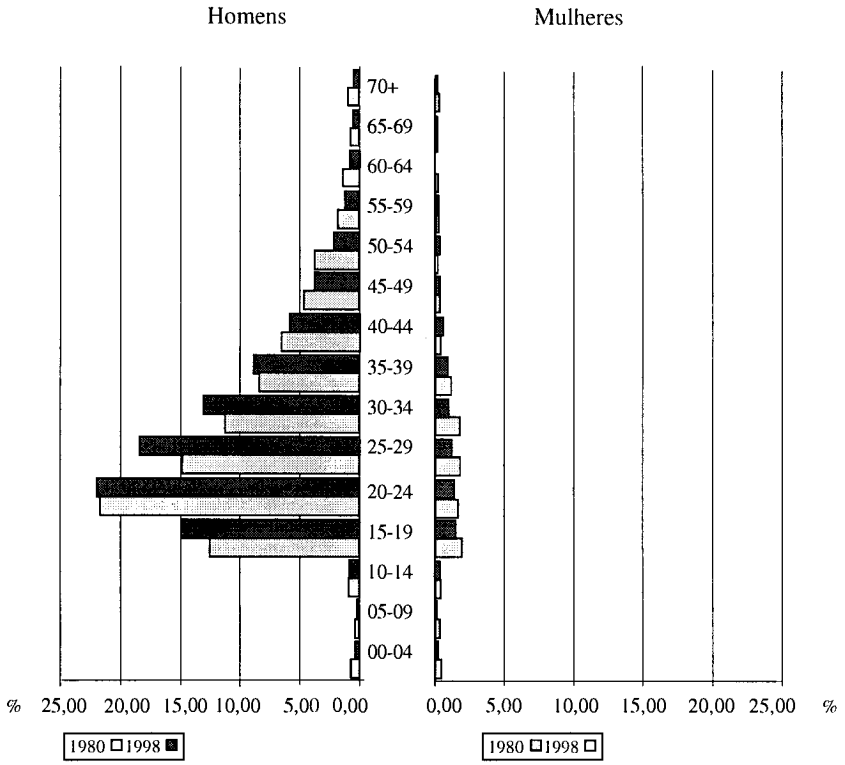


Fonte: Secretaria de Segurança Pública – SSP; Delegacia Geral de Polícia – DGP; Departamento de Planejamento e Controle da Polícia Civil – Deplan; Centro de Dados – CAD; Fundação Seade.

Nessas áreas geográficas, o percentual de incidência chega a 70% de todos homicídios dolosos cometidos no Estado de São Paulo, o que deve ser confrontado em relação a um índice populacional de cerca de 48,5% da população total dessa unidade da Federação. Vale acentuar que, na faixa de 15 a 34 anos de idade, se centraliza a mortalidade, por homicídio doloso, sendo certo que, no grupo etário de 20 a 24 anos, se encontra o pico da curva dessa mortalidade.

Gráfico 2

Distribuição percentual dos óbitos por homicídios, segundo sexo e idade
Estado de São Paulo
1980-1998

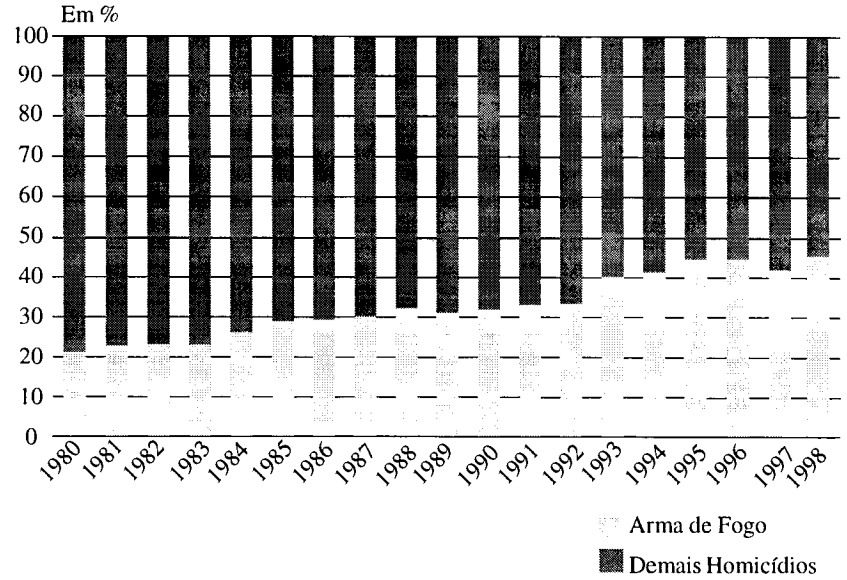


Fonte: Sistema de Estatística Vitais, Fundação Seade.

Vale acentuar também o crescimento significativo, nos últimos anos, do número de mortes provocadas pelo emprego de armas de fogo chegando, no ano de 1998, a representar tais óbitos 45% de todos os homicídios cometidos.

Gráfico 3

Distribuição percentual dos homicídios
Estado de São paulo
1980-1998



Fonte: Sistema de Estatística Vitais, Fundação Seade.

Preocupante ainda a evolução assumida pelo homicídio doloso, segundo o relato produzido por sociólogos do "Núcleo de Estudos da Violência", da Universidade de São Paulo. De 1980 a 1985, cerca de 30% dos homicídios noticiados pela imprensa em São Paulo, eram cometidos na periferia e decorriam de atos de linchamento, principalmente, executados em frente a sedes de órgãos estatais. A partir de 1985, adicionou-se outra modalidade de violência consistente no homicídio praticado por grupo de extermínio, que passou a conviver com o linchamento. Na década de 90, nova forma de violência à pessoa passou a prevalecer: a chacina. Nos modos anteriores de realização do delito, o objeto da ação delituosa era uma pessoa determinada e se procurava preservar crianças, mulheres e pessoas de idade. Na chacina são rompidos todos os interditos e o fim visado de matar alguém conduz que se atinjam todos que estiverem a seu lado, independentemente de idade ou sexo, matando-se indistintamente pelos motivos mais

irrelevantes. Em São Paulo, ocorreram até novembro de 1999 setenta e cinco chacinas com duzentos e cinqüenta e sete mortos.

Dados da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo mostram preocupante situação em relação às chacinas, cujo quadro se acha a seguir reproduzido:

Tabela 3

Chacinas

Capital

	Chacinas	Mortes
1995	30	98
1996	23	85
1997	25	90
1998	53	174
1999*	38	121

Grande São Paulo**

	Chacinas	Mortes
1995	19	69
1996	24	82
1997	22	72
1998	36	134
1999*	37	136

(*) Levantamento parcial até 22.11.1999.

(**) Excluindo a Capital.

Fonte: DHPP/Polícia Civil.

Chacinas têm ocorrido em outras cidades de grande e médio porte atingindo cada evento, em média, 3,5 pessoas e a sua expansão para os centros de menor população constitui uma tendência verificável.

Os crescentes índices de criminalidade violenta em relação à pessoa – em especial o homicídio – não são observados unicamente na cidade de São Paulo ou em sua região metropolitana. A título de mera demonstração vejam-se os dados que revelam inquietante preocupações de outros Estados. A soma dos homicídios ocorridos em apenas 4 deles representam quase 75% de todos os delitos dessa espécie ocorridos no país em 1997 e 1998.

Tabela 4

Homicídios por unidades da Federação (1997-1998)

Vítimas por Unidades da Federação	Freqüência	%
São Paulo	5.650	25,56%
Rio de Janeiro	4.586	20,75%
Pernambuco	3.087	13,97%
Bahia	3.072	13,90%
Rio Grande do Sul	1.167	5,28%
Alagoas	1.125	5,09%
Goiás	1.092	4,94%
Sergipe	720	3,26%
Distrito Federal	610	2,76%
Acre	287	1,30%
Rio Grande Do Norte	251	1,14%
Roraima	232	1,05%
Tocantins	226	1,02%
Total	**22.105**	**100,00%**

Fonte: Banco de Dados – MNDH

Outro dado comparativo de alarmante preocupação é o que se tem a partir de análise de dados do *Datasus*, do Ministério da Saúde que apresenta os índices de homicídio por 100 mil habitantes/ano. A média brasileira é de 25 homicídios por 100 mil habitantes, o que nos coloca em penúltimo lugar na América Latina, só à frente da Colômbia. Convém destacar que países como a Argentina, Paraguai, Chile e Costa Rica detêm índices próximos de 5 homicídios por 100 mil habitantes. Pode se ter em vista ainda a comparação com outros países como o Japão (0,6) e a Inglaterra e a França (1,0).

Os dados do *Datasus* de 1997 revelam inquietantes coeficientes dessa relação, principalmente porque os índices estão ponderados com populações de cidades interioranas menos afetadas pela violência:

Tabela 5

Homicídios por 100 mil habitantes

Estados	Mortos p/ 100 mil
Rio de Janeiro	59
Pernambuco	50
Espírito Santo	50
Mato Grosso do Sul	37
São Paulo	36

continua...

continuação

Estados	Mortos p/ 100 mil
Roraima	35
Amapá	35
Mato Grosso	33
Distrito Federal	33
Rondônia	28
Alagoas	24
Acre	20
Amazonas	29
Paraná	17
Rio Grande do Sul	17
Bahia	16
Gioás	16
Ceará	15
Paraíba	14
Pará	13
Sergipe	11
Tocantins	10
Rio Grande do Norte	9
Santa Catarina	9
Minas Gerais	8
Maranhão	6
Piauí	5

Fonte: Datasus

As regiões metropolitanas mostram que nos grandes aglomerados urbanos estão os índices mais alarmantes de violência:

Tabela 6

Homicídios por 100 mil habitantes

Região Metropolitana	Mortos p/ 100 Mil
Vitória	84
Recife	62
Rio de Janeiro	59
São Paulo	55
Baixada Santista	48
Salvador	36
Porto Alegre	26
Curitiba	24
Fortaleza	24
Belém	21
Belo Horizonte	18
Natal	13

Fonte: Datasus

A crescente taxa de violência não se mostra apenas detectável nos homicídios dolosos. São freqüentes os episódios de violência que intranquilizam o cidadão nos casos da denominada criminalidade de massa. Os crimes patrimoniais, realizados com violência ou grave ameaça, tiveram também um crescimento significativo. Enquanto em 1991 foram registrados 90.663 casos de roubos (a pessoas e de veículos), no ano de 1998, o número de infrações penais desse tipo atingiu a marca de 175.507, representando um aumento percentual de quase 95%.

Tabela 7

Ocorrências policiais, segundo a natureza do crime
Região Metropolitana da Grande São Paulo – 1991-1998

Natureza do Crime	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998(1)
TOTAL GERAL	*90.663*	*91.498*	*99.293*	*107.709*	*107.808*	*132.523*	*140.607*	*175.507*
Total de roubos	**90.189**	**91.064**	**98.960**	**107.373**	**107.489**	**132.133**	**140.300**	**175.127**
Roubo	71.565	70.996	72.237	75.282	77.132	90.914	110.196	136.627
Roubo de Veículo	18.624	20.068	26.723	32.091	30.357	41.219	30.104	38.500
Roubo seguido de Morte (Latrocínio)	**474**	**434**	**333**	**336**	**319**	**390**	**307**	**380**

Fonte: Secretaria de Segurança Pública — SSP; Delegacia Geral de Polícia — DGP; Departamento de Planejamento e Controle da Polícia Civil — Deplan; Centro de Análise de Dados – CAD; Fundação Seade.

(1) Dados preliminares.

Por outro lado, no que se refere ao tráfico ilícito de entorpecentes, que se vincula com freqüência à prática de atos de violência, o acréscimo percentual, no mesmo período de tempo, superou 100%. Vale notar que o aumento referente à cocaína, opiáceos e derivados, sobretudo, o "crack", representou, no período já delimitado, um aumento percentual superior a 440%.

Tabela 8

Ocorrências policiais, segundo a natureza do crime
Região Metropolitana da Grande São Paulo - 1991-1998

Natureza do Crime	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998 (1)
TOTAL GERAL	**14.551**	**14.027**	**12.712**	**16.289**	**17.190**	**18.327**	**18.434**	**20.260**
Homicídio doloso e tentativa(2)	8.368	7.480	8.436	9.650	10.663	11.830	11.791	12.711
Roubo seguido de morte (Latrocínio)	474	434	333	336	319	390	307	380
Extorsão mediante seqüestro	80	72	67	70	63	61	98	110
Extorsão	374	579	493	303	288	339	294	469
Estupro (consumado e tentado)	2.702	2.607	1.183	2.735	2.587	2.302	2.322	2.483
Atentado Violento ao Pudor	1.264	1.396	612	1.631	1.466	1.378	1.398	1.506
Tráfico de Entorpecentes - Total	1.289	1.459	1.588	1.564	1.804	2.027	2.224	2.601
Tráfico Entorpecente - Maconha	*875*	*953*	*926*	*625*	*617*	*551*	*599*	*785*
Tráfico Entorpecente - Cocaína, Opiaceos e Derivados	*409*	*484*	*655*	*937*	*1.179*	*1.454*	*1.619*	*1.803*
Tráfico Entorpecente - Psicóticos	*5*	*22*	*7*	*2*	*8*	*22*	*6*	*13*

Fonte: Secretaria de Segurança Pública – SSP; Delegacia Geral de Polícia – DGP; Departamento de Planejamento e Controle da Polícia Civil – Deplan; Centro de Análise de Dados – CAD; Fundação Seade.

(1) Dados preliminares.

(2) O homicídio doloso passou a ser tratado como crime hediondo por força da Lei 8.930 de 1994.

A violência, com sua correspondente carga de criminalidade, passa a ser, então, um dado componente do cotidiano, ubíquo no dia a dia. Na sociedade globalizada na qual os meios de comunicação social possuem um imenso poder de fogo, a percepção da violência prescinde da experiência pessoal, de sorte que se torna mais comunicacional do que experimental. A dramatização da violência adquire, então, uma importância significativa na medida em que se torna um fator de dimensão política. Um sentimento de total intranqüilidade é implantado no seio da sociedade e o medo contagia a todos de forma tal que a segurança do cidadão ocupa a centralidade do ideário popular. Os meios de comunicação

social, esse terríveis fabricantes do medo, aliados a agrupamentos políticos difundem, em nome da segurança coletiva, uma escalada do poder repressivo do Estado. As subseqüentes leis de crimes hediondos foram criadas para atender aos reclamos de segurança expressos pela opinião pública manipulada e provocaram uma exacerbação punitiva que não produziu efeito conseqüente algum. O quadro que segue com os gráficos em anexo deixou patente que, após a aposição da etiqueta de hediondo em diversos crimes, verificou-se, no período de 1991 a 1998, em relação a tais delitos, ou uma incidência sensivelmente aumentada (homicídio doloso e tráfico ilícito de entorpecentes) ou uma significativa estabilidade. As leis de crimes hediondos foram de total inocuidade.

3. A situação da delinqüência juvenil

No que se refere ao adolescente autor de atos infracionais e sujeito às medidas socioeducativas previstas nos arts. 112 a 125 do Estatuto da Criança e do Adolescente, deparou-se a Comissão com problemas de conhecimento da realidade nacional em tudo semelhantes com aqueles relativos à criminalidade geral. A falta de dados impede o claro conhecimento do problema em nível nacional e traçar-se uma política de prevenção e reprovação à delinqüência juvenil é praticamente impossível.

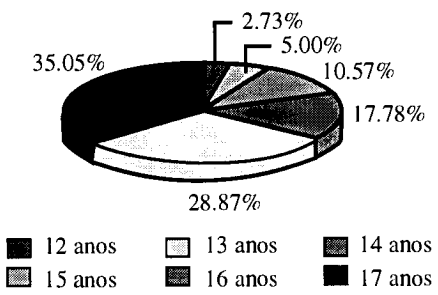
Honrosa exceção ao panorama tradicional quanto à ausência de dados deve se creditar ao trabalho da Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Capital para a área de adolescentes infratores, único órgão conhecido que dispõe de dados, informações e estatísticas devidamente organizados, ainda que limitados ao Município de São Paulo.

Os dados apresentados e que serviram de base para as conclusões lançadas neste relatório dizem respeito ao período compreendido entre julho/98 a junho/99 e referentes à cidade de São Paulo. As características mais importantes para construção do perfil do adolescente infrator são os seguintes:

a) praticamente 64% dos atos infracionais levados ao conhecimento da Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude foram praticados por adolescentes compreendidos entre 16 anos completos e 18 anos incompletos;

Gráfico 4

Faixa etária



b) quase 91% dos atos infracionais foram praticados por adolescentes do sexo masculino, sendo 88,63% de todos os atos infracionais praticados ainda por adolescentes que nasceram no próprio Estado de São Paulo;

c) na análise socioeconômica desponta como surpresa os indicadores de que 76,64% moram em habitação própria e apenas 4,02% podem ser considerados adolescentes em situação de abandono ou moradores de rua. Há uma equânime distribuição dos adolescentes e seus atos pelas faixas de renda familiar: 37,45% de 0 a 3 salários mínimos; 31,44% de 4 a 6 salários mínimos e 31,12% acima de 6 salários mínimos. Também surpreende a constatação de que 53,91% dos adolescentes afirmaram estudar na ocasião do ato infracional, sendo que 60,49% apresentam instrução compreendida entre a 5.ª e a 8.ª série. Muito embora 30,14% dos adolescentes infratores afirmem que estivessem empregados quando da prática dos atos infracionais, desses, apenas 13,35% (ou 4,02% do total) tinham registro profissional;

d) os índices de reincidência, quer em seu conceito técnico, quer em seu sentido vulgar, são relativamente baixos, uma vez que apenas 23,53% eram considerados reincidentes; 11,44% incursos em reiteradas práticas infracionais e apenas 8% cumpriram anteriormente medidas socioeducativas de internação;

e) as principais ocorrências registradas nos atos infracionais foram: roubo (27,46%), furto (14,46%), direção de veículo automotor sem habilitação (11,95%), lesão corporal (8,68%), porte de arma (7,65%), porte de substância entorpecente (5,23%), tráfico de substância entorpecente (4,23%), dano (3,43%), receptação (3,31%) e vias de fato (2,71%);

Tabela 9

Atos infracionais

Art. 10 (Lei 9.437/97)	1036	7.65%
Art. 12 (Lei 6.368/76)	573	4.23%
Art. 16 (Lei 6.368/76)	782	5.77%
Art. 21 (LCP)	367	2.71%
Art. 61 (LCP)	19	0.14%
Art. 65 (Lei 6.905/98)	204	1.51%
Art. 65 (LCP)	38	0.28%
Art. 121 do CP	127	0.94%
Art. 121 do CP (culposo)	9	0.07%
Art. 124 do CP	94	0.69%
Art. 129 do CP	1175	8.68%
Art. 140 do CP	40	0.30%
Art. 147 do CP	147	1.09%
Art. 155 do CP	1958	14.46%
Art. 157 do CP	3719	27.46%

Art. 157 § 3.º do CP 1.ª parte	22	0.16%
Art. 157 § 3.º do CP 2.ª parte	20	0.15%
Art. 158 do CP	12	0.09%
Art. 163 do CP	464	3.43%
Art. 171 do CP	103	0.76%
Art. 180 do CP	448	3.31%
Art. 213 do CP	40	0.30%
Art. 214 do CP	93	0.69%
Art. 260 do CP	17	0.13%
Art. 264 do CP	28	0.21%
Art. 288 do CP	6	0.04%
Art. 297 do CP	20	0.15%
Art. 302 (CTB)	5	0.04%
Art. 303 (CTB)	97	0.72%
Art. 309 (CTB)	1618	11.95%
Art. 329 do CP	15	0.11%
Art. 331 do CP	120	0.89%
Art. 341 do CP	3	0.02%
Art. 351 do CP	28	0.21%
Outros	0	0.00%

13447

Gráfico 5

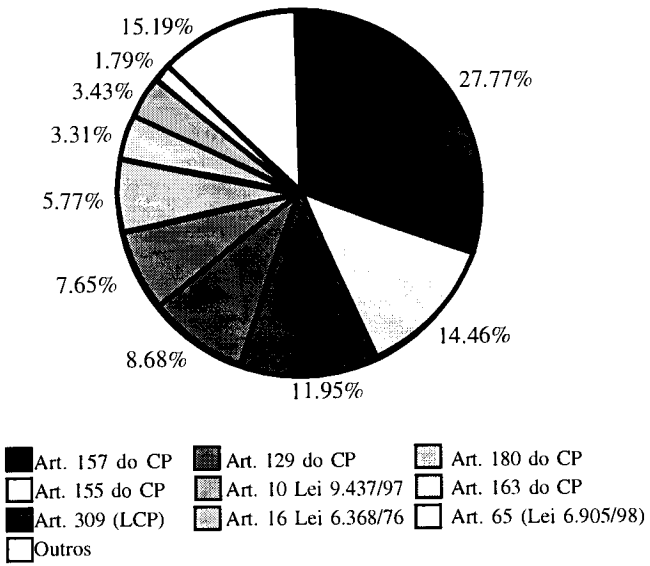


Tabela do gráfico anterior

Art. 157 do CP	27.77%
Art.155 do CP	14.46%
Art. 309 (CTB)	11.95%
Art. 19 do CP	8.68%
Art. 10 (Lei 9.437/97)	7.65%
Art. 16 (Lei 6.368/76)	5.77%
Art. 180 do CP	3.31%
Art. 163 do CP	3.43%
Art. 65 (Lei 6.905/98)	1.79%
Outros	15.19%

f) por outro lado, delitos de gravidade mais elevada são praticados em escasso número no que se refere ao ato infracional, correspondendo esses índices de delinqüência juvenil a um patamar até mesmo inferior em diversos casos correspondente da criminalidade dos adultos. Assim, entre os registros de atos infracionais há apenas 0,15% de ocorrências de latrocínio; 0,09% de ocorrências de extorsão; 0,94% de ocorrências de homicídio; 0,3% de ocorrências de estupro;

g) a solução das ocorrências levadas ao conhecimento da Promotoria da Justiça especializada terminaram com os seguintes números: em 34,56% dos casos foi proposta a remissão sem imposição de medida socioeducativa; em 11,52% dos casos foi proposta a remissão com a imposição de medida socioeducativa; em 33,81% dos casos foi ofertada a representação com decretação de internação provisória e em 18,45% dos casos foi oferecida a representação sem a decretação de internação provisória;

Gráfico 6

Solução 179

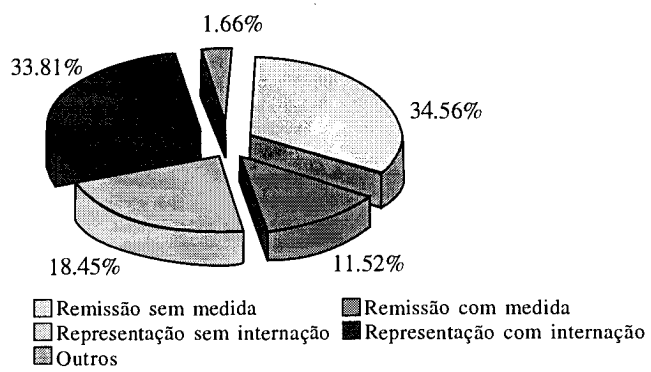


Tabela 10

Solução 179

Remissão sem medida	34.56%
Remissão com medida	11.52%
Representação sem internação	18.45%
Representação com internação	33.81%
Outros	1.66%

h) quando se verifica o que representam as ocorrências de atos infracionais no universo de boletins de ocorrência dos distritos policiais e das delegacias especializadas da capital, vê-se que a média orbita 1% das comunicações como correspondentes a prática de atos infracionais.

Tais considerações nos animam concluir que há, no mínimo, precipitação por parte de quase todos os órgãos – públicos e privados – pessoas e personalidades que se apresentam para defender o rebaixamento da imputabilidade penal aos menores com 16 anos e outros até para limites inferiores a esses a pretexto de, com tal iniciativa, forçar o decréscimo em níveis de violência juvenil. É visível a visão distorcida que apresentam os defensores desse posicionamento em vista dos dados estatísticos apresentados, menos alarmantes do que se poderiam imaginar.

É evidente que há um nível de violência latente nos adolescentes, canalizada para uma certa agressividade contextualizada que não encontra correspondente na violência urbana em geral. Prova disso os índices extremamente altos de registro de ocorrências de dano e lesão corporal em comparação com os adultos. Essas duas modalidades de atos infracionais correspondem a 12% de toda as ocorrências registradas. Apenas para comparação, em relação aos adultos, esses delitos corresponderam aos seguintes percentuais nos últimos anos:

Tabela 11

Algumas ocorrências envolvendo adultos

	1999	1998	1997	1996
Dano	0,004%	0,003%	0,002%	0,002%
Lesão corporal dolorosa	0,019%	0,018%	0,018%	0,020%

Fonte: DIPO – Departamento de Inquéritos Policias do Tribunal e Justiça do Estado de São Paulo.

Implica dizer, entre lesões corporais e danos, a delinqüência juvenil é 520 vezes superior aos fatos praticados por adultos. Essas infrações, contudo, são consideradas em relação aos adultos, de menor potencial ofensivo, o que revela a sua índole de menor relevância para o contexto social. Assim, grande parte dos atos infracionais praticados pelos adolescentes deve assim ser considerada. Veja-

se, ademais, que outras infrações leves correspondem a percentual elevado: 5,77% de porte de substância entorpecente; 11,95% direção de veículo automotor sem habilitação. Implica reconhecer: em apenas quatro espécies de atos infracionais temos cerca de 30% de todas as ocorrências apontadas.

Os índices correspondentes aos delitos mais graves, por sua vez, não apresentam proporções que sejam discrepantes na sua média histórica entre a delinqüência juvenil e a criminalidade em geral, pelo que é incorreto afirmar-se existir uma delinqüência juvenil mais grave do que o quadro geral da criminalidade na cidade de São Paulo.

De outro lado, se confrontarmos o número de casos em que existe a internação provisória com o oferecimento da representação (33,81% dos casos) tem-se como conclusão de que o sentimento de impunidade estimulado na sociedade pelos meios de comunicação não corresponde a um dado de realidade, uma vez que esses índices são muito superiores – em proporção – aos casos em que, em se tratando de delinqüência entre adultos, tem-se a prisão preventiva decretada diante do oferecimento de denúncia.

Esse índice de internação provisória é, ademais, o grande responsável pela superpopulação nos estabelecimentos para cumprimento dessa modalidade de medida socioeducativa, acarretando, por conclusão, as rebeliões e atos de vandalismo por todos conhecidos.

A circunstância já mencionada de que 64% dos atos infracionais tem por autoria maiores de 16 anos, associada ao fato de que as ocorrências de roubo e tráfico de drogas (as únicas de gravidade considerável e estatisticamente relevantes) corresponderem a 31,69% do total de ocorrências e que as representações com decretação de internação orbitam a 33,81%, leva-nos a concluir, ademais, que o rigor das medidas socioeducativas de internação para esses casos é compatível com o das respectivas penas criminais, uma vez que a medida pode prolongar-se por até 3 anos de internação, o que corresponderiam, analogamente, ao cumprimento de pena em regime fechado.

O rigor existente na apuração desses atos infracionais em nada parece ser menor do que aquele devotado a esses mesmos gatos quando são crimes. Tal assertiva apresenta, na prática, uma completa inutilidade na redução da imputabilidade penal, senão para articular-se com um discurso irresponsável e retrógrado da *lei e ordem*, para impor-se com o rigor massacrante do Direito Penal a situações estatisticamente desprezíveis em níveis de violência juvenil.

Apenas para registro, as duas infrações mais graves previstas no Código Brasileiro de Trânsito correspondem a 12,67% de todos os atos infracionais, ou seja três vezes os casos de tráfico de entorpecente ou quase o equivalente às ocorrências de furto no seu total. Duvida-se que seja para esses atos infracionais de trânsito que se pretenda reduzir a imputabilidade penal, ou que venham a ser colhidos esses adolescentes nas estranhas malhas do sistema penal (até porque 16,51% dos adolescentes infratores estão no 2.º grau e quase 1/3 de todos eles acima da faixa dos 6 salários mínimos).

4. As agências do sistema penal

4.1 Polícia

É a polícia, sem sombra de dúvida, o mecanismo estatal que, em primeiro lugar, exerce informalmente e, não raro, de modo totalmente arbitrário, a função de filtragem das ocorrências chegadas a seu conhecimento. O número irrisório de respostas oferecidas, pelos aparelhos públicos de segurança, aos boletins de ocorrência lavrados, evidencia o modo de filtragem posto em prática. Veja-se o quadro que segue.[2]

Tabela 12

Boletins de ocorrência – Inquéritos policiais – Ações finais

Município de São Paulo

	1996	1997	1998
Boletins de ocorrência lavrados	337.521	403.384	474.539
Inquéritos policiais instaurados	63.313	72.103	88.896
Inquéritos policiais concluídos	46.059	50.301	56.748
Inquéritos policiais arquivados	26.906	25.501	25.869
Denúncias oferecidas	16.696	18.837	23.399

Elaborado pela Comissão a partir de dados fornecidos pela Secretaria de Segurança Pública e pelo Departamento de Inquérito Policiais do Poder Judiciário.

Tabela 13

Boletins de ocorrência – Inquéritos policiais – Ações penais

Município de São Paulo

	1996	1997	1998
Boletins de ocorrência lavrados	100,00%	100,00%	100,00%
Inquéritos policiais instaurados	18,45%	17,87%	18,73%
Inquéritos policiais concluídos	13,64%	12,47%	11,95%
Inquéritos policiais arquivados	7,97%	6,32%	5,45%
Denúncias oferecidas	4,94%	4,66%	4,93%

Elaborado pela Comissão a partir de dados fornecidos pela Secretaria de Segurança Pública e pelo Departamento de Inquérito Policiais do Poder Judiciários.

(2) Aqui também trata-se de números já expungidos dos boletins de ocorrência de natureza não criminal já referidos.

Esses dados indicam que apenas 18,35% das comunicações que motivaram a lavratura de boletins de ocorrência deram origem a inquérito policial – o que demonstra o poder seletivo da polícia – e apenas 4,84% do total de comunicações, redundou em ação penal, o que contribui para o fomento do sentimento de impunidade que vigora no ambiente social.

É forçoso reconhecer-se que a maior parte dos furtos não são mais sequer comunicados e inúmeras vezes para livrar-se de novos incômodos, as pessoas comparecem à autoridade policial e relatam o extravio de documentos quando o fato, autenticamente, seria um furto ou mesmo um roubo. Aqui cabe ressaltar que não existem dados confiáveis quanto à chamada *cifra negra* da criminalidade, que faria com que o percentual de denúncias oferecidas em relação aos delitos efetivamente cometidos fosse ainda menor.

Ainda mais alarmante mostra-se a situação se se considerar o percentual das denúncias oferecidas em virtude de casos derivados de prisão em flagrante, uma vez que são raros os casos de arquivamento desses autos. Tais dados apontam para a baixa capacidade de investigação e solução de delitos pelos órgãos policiais, conforme o quadro abaixo:

Tabela 14

Ações penais com base em inquéritos policiais e autos de prisão em flagrante

	1996	1997	1998	1999
Denúncias oferecidas (absoluto)	16.696	18.837	23.399	25.104
Denúncias oferecidas (percentual)	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%
Prisão em flagrante (absoluto)	10.691	13.041	16.721	18.895
Prisão em flagrante (percentual)	64,03%	69,23%	71,47%	75,26%

Elaborado pela Comissão a partir de dados fornecidos pela Secretaria de Segurança Pública e pelo Departamento de Inquérito Policiais do Poder Judiciário.

Tais problemas emblematicamente apontados a partir dos dados da capital paulista refletem, na essência, uma realidade igualmente significativa em outras cidades do país, notadamente as mais populosas.

Um destaque ainda merece o tema alusivo às guardas privadas. Embora aqui também não haja registro de nenhum levantamento exato, estima a Polícia Militar do Estado de São Paulo que o número de pessoas envolvidas nessa atividade já é praticamente igual ao efetivo das próprias polícias militar e civil estaduais.

Um dos grandes problemas alusivos a essas empresas de segurança é que, em vista da falta de treinamento adequado do pessoal efetivamente posto em contato com o público e os serviços de vigilância, têm essas guardas se transformado involuntariamente em um dos maiores fornecedores de armas para a delinqüência.

A fiscalização dessas empresas de segurança, a cargo da Polícia Federal, não tem sido realizada a contento segundo relato unânime das polícias militar e civil.

4.2 Sistema prisional

Se a polícia é o ponto de entrada do sistema de Justiça Criminal, a execução da pena da pena privativa de liberdade constitui seu ponto de saída.

O regime progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade, adotado na reforma da Parte Geral do Código Penal, de 1984, não logrou alcançar sucesso. As três fases, em que tal regime se desdobra, não foram devidamente implementadas pela Administração Pública, quer por carência de adequados recursos financeiros, quer ainda pela inexistência de uma correta política penitenciária.

As duas fases iniciais do regime progressivo, o regime fechado e o regime semi-aberto, obedeceram a uma programação, pelo menos no Estado de São Paulo, que não se mostra compatível com o crescimento da população carcerária e com o próprio regime progressivo. Muito embora tenha sido dobrado, nos últimos quatro anos, o número de vagas no sistema prisional, a população carcerária não deixou de crescer numa progressão significativa, tornando inócuo o aumento de vagas. Para um total de 53.542 presos, há um número de vagas da ordem de 42.300, de forma que, apesar de todo esforço administrativo, há ainda, no sistema da Secretaria de Administração Penitenciária, uma superpopulação de 11.242 presos. Cabe ressaltar que apesar do crescente número de vagas oferecidas pela Secretaria de Administração Penitenciárias, o déficit vem aumentando paulatinamente.

Tabela 15

Secretaria de Administração Penitenciárias

QUADRO ESTATÍSTICO

PERÍODO	INCLUSÕES	EXCLUSÕES
1995	10935	10480
1996	13202	10357
1997	15529	13033
1998	20062	14598
1999	26412	17270

QUADRO ANUAL

ANO	TOTAL
1995	31993
1996	33777
1997	36621
1998	42134
1999	53542

TOTAL DE PRESOS DO ANO DE 1999

JAN	43490	JUL	49424
FEV	44458	AGO	49355
MAR	46134	SET	50429
ABR	47043	OUT	51630
MAI	48587	NOV	52610
JUN	48949	DEZ	53542

TOTAL DE PRESOS DO ANO DE 1999

28/12/1999	MASC.	FEM.	TOTAL
DECAP	8890	1222	10112
DEMACRO	3556	286	3842
DEINTER	14652	1856	16508
DEPATRI	164	0	164
TOTAL GERAL	**27262**	**3364**	**30626**

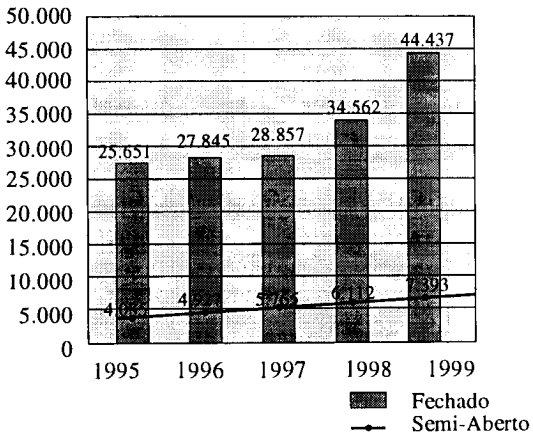
População carcerária de SP em 28/12/1999
SAP + SSP = 84168

Além disso, não se dimensionou corretamente a correlação de vagas entre os sistemas fechado e semi-aberto. A concentração de vagas criadas continuou a ser feita em nível de regime fechado, de modo que o regime progressivo sofreu um incômodo afunilamento no regime semi-aberto que, se de um lado, em relação a determinados presos, se traduz em um regime de passagem, de outro, se constitui no próprio regime inicial de cumprimento de pena. Assim, enquanto no regime fechado, no ano de 1999, havia 44.437 presos, a quantidade de presos, no regime semi-aberto, era apenas a de 7.393.

Tabela 16
Secretaria de Administração Penitenciárias

ANO	FECHADO	SEMI-ABERTO	MÉDIA
1995	25.671	4.085	16%
1996	27.845	4.927	18%
1997	28.852	5.765	20%
1998	34.562	6.112	18%
1999	44.437	7.393	17%

Gráfico 7
Total de preços – Regime fechado e semi-aberto



A existência desse gargalo dá margem à criação de situações de favorecimento, em relação a alguns presos, que obtém, em face da inexistência de vaga no regime semi-aberto, a prisão domiciliar, em detrimento de outros que, por carência de recursos econômicos, por desconhecimento da própria situação ou por falta de assistência jurídica, permanecem no regime fechado. As dificuldades na progressão do regime de cumprimento de pena têm sido também causa de revoltas ou de movimentos de agitação entre presos, com o conseqüente aumento das áreas de tensão com a administração penitenciária.

À superpopulação carcerária detectada no sistema penitenciário, deve acrescentar-se os presos provisórios ou já condenados que permanecem, em situação atentatória à dignidade da pessoa humana, nos distritos policiais da Capital e nas cadeias públicas do Estado. O número desses presos alcançava, em 28 de dezembro de 1999, a marca de 30.626. Destarte, a população prisional no Estado de São Paulo atinge o número de 84.168 presos, o que desnuda, sem disfarces, a situação caótica do atual sistema prisional paulista.

É mister ainda que se acrescente que, em 3 de janeiro de 2000, a Polícia Civil de São Paulo tinha a incumbência de cumprir 166.115 mandados de prisão. Mesmo que se admita para argumentar que estariam incluídos nesse total inúmeros mandados de prisão contra a mesma pessoa e incontáveis mandados referentes a processos ou condenações já prescritos, força é convir que o cumprimento de apenas 50% deles significaria dobrar a população carcerária e declarar a falência total do sistema prisional.

Vale, por fim, enfatizar que o regime progressivo, no ordenamento penal brasileiro, nasceu manco: a última fase, ou seja, o chamado regime aberto, não chegou, em verdade, a ser estruturado. Mesmo no Estado de São Paulo, onde as casas de albergados, estimuladas pelo Poder Judiciário local, tiveram num momento inicial algum êxito, o regime aberto constitui, na atualidade, um fracasso total. As casas de albergados foram sendo desativadas, não encontrando outros equipamentos substitutivos. E, em conseqüência, o regime aberto passou a ser transformado em prisão albergue domiciliar.

A falta do necessário entrosamento entre os regimes fechado e semi-aberto, e a carência total de regime aberto tornam, praticamente, impossível a execução adequada da pena privativa de liberdade, permitindo-se, em conseqüência, que presos recuperem antecipadamente a liberdade. Com isso, o sistema progressivo perde sua validade intrínseca e, ao mesmo tempo, reforça-se a idéia de impunidade, em nível da população.

4.3 Ministério Público e Magistratura

As peças básicas do sistema de Justiça Criminal são o Ministério Público e a Magistratura que se posicionam entre a entrada e a saída desse sistema. Os dados estatísticos recolhidos, em relação a ambas as instituições, são de uma flagrante precariedade e não permitem uma avaliação sistemática das atividades por elas exercidas na formulação, no tratamento e na solução das questões criminais.

Contatos com integrantes de ambas as instituições permitiram, no entanto, visualizar dois problemas que devem ser expostos.

As penas restritivas de direitos são de aplicabilidade restrita ao menos na Justiça de São Paulo. Ao invés de adotá-las, os magistrados dão preferência à solução cômoda do "sursis" simples, sem condições. As penas restritivas de direitos têm, no entanto, na Capital do Estado, no que se refere à prestação de serviços à comunidade um número muito elevado de vagas disponíveis sem que o aparelhamento judiciário delas faça uso. A Secretaria de Administração Penitenciárias dispunha, em setembro de 1999, de 1.745 vagas, em diversos locais, com o preenchimento apenas de 219. Isto significa que o magistrado ou por preconceito, ou por considerar pouco eficiente o acompanhamento do condenado, ou por entender que a aplicação desse tipo de pena representa estímulo à impunidade ou por ignorar a existência de vagas, não está aproveitando o potencial de vagas que tem a seu dispor, e desta forma deixa de aplicar, pura e simplesmente, as penas substitutivas, privilegiando o "sursis" cartorial. Diversas experiências no Estado de São Paulo e em outros Estados da Federação demonstram, de forma irretorquível, os efeitos extremamente favoráveis decorrentes do uso de penas substitutivas.

A aplicação da Lei 9.099/95, na Justiça de São Paulo, não foi ainda devidamente avaliada, sendo certo que os dados estatísticos até agora reunidos são ainda insuficientes para uma análise de caráter científico. Há, na Capital, um Juizado Especial Criminal, funcionando como experiência piloto. No entanto, todas as Varas Criminais de São Paulo, assim como todos os Juízes das Comarcas do Estado, atuam também como Juizados Especiais Criminais. O movimento mensal é bastante significativo, como se pode verificar pela média mensal do fluxo de casos absorvidos, de janeiro a outubro de 1999, pelos Juizados Especiais Criminais do Estado de São Paulo, mas não há outros elementos que permitam efetuar uma avaliação mais precisa.

Tabela 17

Média mensal do fluxo de casos absolvidos pelos Juizados Especiais Criminais da capital do Estado de São Paulo

Entraram/ Tiveram Início (1)	Arquivados/ Setenciados (2)	Audiências Realizadas (3)	Saldo de um Mês para o Outro
30.877	34.379	15.202	198.270

Em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, foram criados nove Juizados Especiais Criminais e os dados informativos se tornaram mais consistentes. Assim, de início, não se concretizou, ao contrário da expectativa geral, uma substancial redução do movimento processual das Varas Criminais Comuns, que foi mantido praticamente inalterado. No entanto, o movimento dos Juizados Especiais Criminais foi bastante significativo nos dois primeiros anos, passando a sofrer uma diminuição nos anos posteriores. O enorme crescimento inicial pode ser explicado pela transferência aos Juizados Especiais Criminais dos casos de questões que até então eram equacionados por meio de processos informais de *mediação* ou mesmo de *intimi-*

dação realizados nas Delegacias de Polícia ou eram expressão de uma litigiosidade contida. Os temas levados ao conhecimento dos Juizados Especiais Criminais revelavam divergências entre vizinhos, cônjuges ou parentes, trazidas em ameaças, lesões corporais leves ou vias de fato, brigas de bar, maus tratos, omissão de cautela na guarda de animais, ou mesmo tentativas de furto.

Os dados estatísticos levantados, nos anos de 1996 e 1997, permitiram concluir que:

a) apenas 5% dos casos foram resolvidos por meio de conciliação ou de transação penal;

b) em 31% dos casos ocorreu a renúncia ao direito de representação e;

c) em 63% dos casos houve arquivamento, registrando essa rubrica as hipótese de não localização do autor do fato, de falta de comprovação da materialidade do fato, de decadência do direito de representação e extinção da punibilidade.

Tal resultado estatístico, numa abordagem inicial, evidencia que o número de casos solucionados com conciliação e transação penal é por demais precário para justificar a montagem dos Juizados Especiais Criminais e que o volume de hipóteses de renúncia e de arquivamento conduz à conclusão de que o mecanismo de filtragem exercido anteriormente pela polícia foi meramente transferido ao Judiciário, máxime se o juiz adotar posturas formalistas, confirmatórias de seu *status*.

Vale acentuar que essa avaliação do processo informalizador constitui um juízo meramente provisório que poderá ser totalmente alterado não só em razão da coleta de novos dados estatísticos, como também em função do direcionamento que for imprimido aos Juizados Especiais Criminais.

II. PRIMEIRAS PROPOSTAS

O diagnóstico preliminar permitiu apreender melhor a realidade brasileira, de forma a justificar uma total inversão do processo de elaboração legislativa pertinente ao sistema punitivo. Com essa mudança de percepção, as questões atinentes a esse sistema devem ser confrontadas com os dados recolhidos para só então justificar novas normações ou a reformulação de leis já existentes. O diagnóstico preliminar confirmou, de forma inequívoca, que o atual quadro societário não tem condições de sofrer mudanças significativas, sem uma efetiva intervenção estatal, em nível de políticas públicas de caráter social, quase todas elas de baixo custo econômico, mas de enormes benefícios principalmente em matéria de redução da violência. De uma vez por todas, é mister também que se repila, com coragem, a idéia de que a legislação penal, processual penal, de execução penal e de menores, esteja dotada de um poder mágico idôneo a transformar a realidade social e a fazer cessar o clima de intranqüilidade individual ou coletiva que perturba a população brasileira. Por outro lado, nenhuma legislação, por mais perfeita ou completa que seja, terá operacionalidade transformadora se seus operadores continuarem a atuar com uma visão compartimentada, corporativa ou mesmo cartorial. Sem a presença crítica e criativa, despida de preconceitos, da-

queles que instrumentam a legislação, pouco ou nada terá efeito sobre a dolorosa situação social. A exigência de interação constitui, portanto, a pedra de toque sinalizadora de grandes mudanças no tratamento das questões atinentes ao sistema de justiça criminal. Vale, por fim, enfatizar que medidas de curto prazo não são mais capazes de minimizar a problemática do sistema punitivo brasileiro, que não se acomoda mais a posturas pontuais. Todas as providências, nas diversas áreas da atividade estatal, devem obedecer a uma programação coordenada e a uma atuação conjugada para que possam, a médio prazo, produzir efeitos representativos. Qualquer outro posicionamento, nessa matéria, seria sem dúvida vender ilusões à população brasileira, o que não seria condizente com a responsabilidade dos que subscrevem este documento.

Assim, guardam pertinência as seguintes propostas:

1 – A reocupação, pelo Estado, nas periferias das grandes cidades, das áreas abandonadas pelo poder estatal e a implementação de políticas públicas, na área social, redutoras da violência e da criminalidade. O vazio provocado pela ausência do Estado tem aberto campo à prática de atos de violência, sobretudo, por parte da população jovem, frustrada na falta de perspectiva de ingresso no mercado de trabalho, vulnerável a atividades criminosas e desprovida de qualquer tipo de lazer. Além de aproximar-se dos grupos comunitários organizados nessas áreas geográficas, mobilizando-os para uma adequada reestruturação do espaço público, é tarefa do Estado colocar os equipamentos estatais, sobretudo, as escolas públicas à disposição das comunidades fora dos horários curriculares e promover um amplo programa destinado à criação de áreas de lazer.

A relação entre o crescimento da cidade e o crescimento da criminalidade[1] já foi exaustivamente examinada no decorrer do século 20, sendo que da chamada "escola de Chicago", com sua teoria da "desorganizacão social", pode-se hoje extrair como importante legado a tarefa preventiva, a prevenção na busca de reconstituir a solidariedade social, valendo-se da comunidade e da intervenção do Estado, sem se esquecer, todavia, do desafio da redução da desigualdades sociais.

O significado político-criminal da "escola de Chicago" é ressaltado por Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, que, em seu livro de Criminologia, reproduzem trecho de Shaw e McKay no sentido de que para prevenir o crime deve-se alterar "as condições de que se alimentam as carreiras delinquentes".[2] E pode-se dizer com Denis Szabo que "la prévention du crime est probablement l'element qui intègre mieux la politique criminelle dans la politique sociale".[3]

(1) MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Criminologia.* Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo : RT, p. 202; PEYREFITTE, Alain. *Réponses a la violence.* Paris : Press Pocket, 1997, v. I, p. 142; SZABO, Denis. *Criminologie.* Montreal, 1970, p. 85 *et seq.*; DIGNEFFE, Françoise. *n Éthique et délinquance.* Genebra : Meridiens Klincksieck, 1989, p. 154.

(2) *Criminologia: homem delinqüente e a sociedade criminógena.* Coimbra, 1984.

(3) *Criminologie et Politique Criminell.* Paris, Librairie Philosophique J. VRIN e PUM, Paris – Montreal, 1978, p. 341.

Se de um lado constata-se a ausência do Estado, principalmente do Estado-Poder Judiciário, em largas áreas da periferia das grandes cidades, o que conduz, na falta de mediação dos conflitos que estes sejam resolvidos por meio da violência, em grave situação de anomia e de descrença na Justiça, de outro, algumas experiências são indicativas de caminhos que se apresentam factíveis à nossa frente, com impressionantes resultados positivos, devendo se constituir na principal política a ser implementada pelo Ministério da Justiça em todo o país.

Assim, apenas a título de ilustração, podem ser apontadas tais experiências, de grande interesse e alcance, pelo resultado prático e efetivo na prevenção da criminalidade, mesmo violenta. A primeira experiência a ser realçada ocorre no Jardim Ângela, bairro da zona sul de São Paulo, considerado pela ONU o bairro mais violento do mundo, em 1995. A Polícia Militar[4] em ação conjunta com a comunidade mobilizada por lideranças católicas, criou, ao longo da avenida de 7 km que corta o bairro, dois postos de policiamento comunitário, além de construir duas quadras esportivas, favorecendo a possibilidade de lazer, em região na qual de cada dez casas uma tem instalado um bar. O bar e o bilhar constituem a única diversão possível até a criação dos centros esportivos.

A ação preventiva deve ser conjunta entre a comunidade e a polícia, para se alcançar os resultados positivos obtidos no Jardim Ângela, onde a criminalidade após a instalação dos postos de policiamento e dos centros de esporte apresentou acentuada redução.

Uma segunda experiência a ser ressaltada ocorre em ponto limítrofe do município de São Paulo, na zona leste, bairro de Itaim Paulista, onde se instalou um Centro de Integração da Cidadania – CIC, local que reúne a presença de magistrado (juizado de pequenas causas cíveis), promotor público, delegado de polícia, destacamento da polícia militar, agência do Procon e auxiliares técnicos como assistentes sociais e psicólogos.

Os conflitos, dada a presença do juiz, passaram a ter uma mediação acessível e respeitada, com forte atuação do delegado de polícia ao lado do apoio essencial de assistentes sociais. A comunidade nas duas oportunidades em que se manifestou em reuniões com membros da Comissão, a última delas com a presença do Senhor Ministro da Justiça, revelou a importância fundamental da proximidade das autoridades, a segurança que se obtém com a possibilidade de se levar sem receios de arrogancia e de distanciamento a ocorrência de um problema ao conhecimento do juiz, do promotor ou do delegado.

No ano seguinte à instalação do CIC no bairro, durante o carnaval, não houve um homicídio sequer, enquanto no ano anterior haviam sucedido 27 homicídios

(4) A Polícia Militar de São Paulo, diante da solicitação da Comissão para oferta de dados e de sugestões constituiu grupo de trabalho que se reuniu com membros da Comissão no Comando Geral, apresentando várias propostas de cunho legislativo, na sua maioria no sentido do *endurecimento* da resposta penal. Indagados sobre o Jardim Ângela, houve, no entanto, entusiasmo no relato da ação preventiva que vem sendo realizada, apresentando-se, então, documento com ilustrações sobre o trabalho efetuado, com resultados positivos excepcionais.

nos dias de festa de carnaval. O CIC revelou-se forte instrumento de integração Estado-Comunidade, além de se constituir em espaço de integração da própria comunidade, reunindo as diversas lideranças da região, promovendo-se cursos e encontros nos quais os problemas do bairro são discutidos e depois levados à direção do Centro e ao próprio Secretário da Justiça, propulsor da idéia do Centro Integrado de Cidadania.

A proposta de instalação de mais Centros Integrados na Capital de São Paulo (hoje existem apenas dois e de responsabilidade integral do Governo do Estado) foi objeto de conversa em dois encontros com autoridades do Poder Judiciário. Primeiramente, na Escola Superior da Magistratura, com cerca de 30 magistrados, principalmente de 2.ª instância, sendo diretor da Escola, o desembargador César Peluso, um dos idealizadores dos Centros. Houve, por parte dos presentes à reunião, o mais intusiástico apoio à criação de um maior número de CICs. A proposta foi, também, objeto de conversa com o presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, desembargador Márcio Bonilha, que mostrou vivo interesse no crescimento do número de Centros Integrados, forma de aproximação da Justiça ao meio social.

Experiência análoga a essa também ocorreu no Rio de Janeiro em período anterior, à época da gestão do Governador Leonel Brizola e do Secretário de Justiça e Segurança Pública Nilo Batista (colher dados complementares).

Se *a baixa credibilidade nas instituições da justiça* constitui um dado importante assinalado nos estudos realizados pelo Núcleo de Estudos da Violência, o CIC viabiliza que se reconstrua positivamente a imagem do Judiciário, atuando como instrumento de mediação dos conflitos, em ação preventiva e impeditiva de atos violentos nas regiões periféricas das cidades médias, ou seja, naquelas com mais de 200.000 habitantes, e especialmente nas grandes cidades.

Outra medida a ser adotada, visando a intervenção mediadora do Estado em conflitos antes que evoluam para formas delituosas, está na criação de Plantões Sociais nas delegacias de polícia, com a presença de assistentes sociais.

2 – Criação de um modelo nacional de tratamento, estruturação e apresentação de dados criminais, para utilização nas áreas, federal e estadual, de forma a ensejar, mercê da transparência e articulação desses dados, aos responsáveis pela justiça e pela segurança, diretrizes fundamentais para um sistema de justiça criminal, moderno e eficiente. É realmente impossível, com os dados atualmente disponíveis, articular corretamente uma política adequada nesses setores.

3 – A criação de mecanismos que permitam integrar as polícias, civil e militar. Não é mais tolerável a carência de entrosamento dessas instituições na medida em que ambas realizam atividades superpostas que objetivam igual finalidade: a prevenção e a repressão das atividades criminosas. A inaceitável separação operacional das duas polícias dá ensejo à duplicidade de atos policiais, à criação de uma clima de rivalidade e ao desperdício de recursos públicos. Além disso, tem permitido, em face da má remuneração dos integrantes dessas corporações, o estímulo à polícia privada, compostas por pessoas despreparadas para esse mister, aumentado-se, assim, de forma espantosa, o número de portadores de armas, sem qualificação para seu uso.

4 – Imediato reequipamento do aparelhamento penitenciário nacional, evitando-se, mediante uma política devidamente programada, a formação de nós de estrangulamento no sistema, como ocorre, na atualidade, com a existência de um número avultado de estabelecimentos prisionais fechados sem correspondência com o número de estabelecimento semi-abertos. Com isso, o regime prisional não tem condições de aplicabilidade para efeito de progressão e fecha oportunidade de vagas para condenados em regime semi-aberto. Tal situação em relação a presos com escassos recursos financeiros – que constitui a maioria da população carcerária – possibilita sua permanência em regime fechado quando já poderiam progredir para regime mais favorável e isto motiva a criação de tensões muito fortes que, não raro, explodem em revoltas e em mortes nos equipamentos prisionais. Por outro lado, no tocante a presos mais privilegiados – com eficiente cobertura defensiva – surge a possibilidade de obtenção de regime mais favorável e conseqüente liberdade, fomentando-se, assim, a idéia da impunidade.

5 – O chamamento do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Polícia, em nível federal e estadual, para a implementação de uma política de articulação entre as escolas de preparação de magistrados, de promotores públicos e de delegados de polícia, de forma a possibilitar a tais operadores o exame em conjunto da atual situação do sistema de justiça criminal, interagindo-os em suas atividades e preparando-os para uma atuação criativa e crítica no contexto social e para o atendimento da população de que são servidores.

6 – Convocação dos meios de comunicação social e das universidades, em todos os níveis, para que o sistema de justiça criminal possa ser submetido a uma análise em profundidade a partir da realidade apresentada. A discussão dessa problemática permitirá, sem emocionalismos nem dramatizações, a busca e o encontro de possíveis equacionamentos.

7 – A reordenação do sistema de penas como tarefa legislativa inicial a partir da qual se tornará possível tanto uma reforma abrangente da Parte Especial do Código Penal e do Código de Processo Penal, diplomas legais atacados de anquilose e inapropriados para dar eficácia à justiça criminal, como uma reforma menos abrangente das legislações mais recentes, como a Lei de Execução Penal (tempo de permanência em cada fase do regime progressivo, punição por faltas disciplinares, atividades das comissões técnicas de avaliação, remição, trabalho do preso etc.) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (aumento do tempo de internação de menores em relação a atos infracionais extremamente graves) para livrá-los de questões que não dizem respeito à estrutura moderna desses ordenamentos jurídicos.

Primeiramente constata-se que, apesar do amplo poder discricionário outorgado ao juiz na escolha da sanção a ser aplicada, mormente para as infrações sancionadas com penas não superiores a dois anos, a opção recaiu, em geral, na aplicação do *sursis* sem condições.

Por outro lado, a recente Lei 9.714, estendendo a substituição de penas de até 4 anos por restritivas ocasionou a perda de sentido para o *sursis*, bem como para o regime aberto, como fase inicial do cumprimento da pena. Ademais, a não efetividade do regime aberto em todo o país, conduziu à impunidade pela aplicação da prisão domiciliar.

Todo esse quadro e a necessidade de se tornar mais efetiva a aplicação das penas restritivas, em busca de um *Direito Penal Eficaz*, mostra a necessidade de se reformular o sistema de penas, eliminando-se o regime aberto, modificando-se o regime semi-aberto, alterando-se o poder discricionário do juiz. Esboço de um sistema de penas está sendo objeto de análise pelos membros da Comissão, já tendo recebido valiosos subsídios e sugestões por grupo de trabalho constituído pelo IBCCrim para exame do esboço.

8 – As penas restritivas de direito, sobretudo, a pena de prestação de serviços à comunidade podem ser operacionalizadas e efetivadas enquanto se implementa a reformulação geral no campo penal e processual penal. Tais penas mostram-se, a curto prazo, mais factíveis, com a adoção de algumas adequadas medidas.

A impunidade, decorrente da inaplicação das penas restritivas, bem como de sua não implementação quando aplicadas, com a escolha pela solução cômoda do *sursis* simples, sem condições, é uma questão obrigatória a ser enfrentada pela Comissão. A impunidade resulta, também, da inexistência de casas de albergado, tornando o regime aberto uma falácia, pois a ser cumprido em prisão domiciliar. A falência do regime aberto é constatação obrigatória. Diante dessa realidade a Comissão dedicou-se a examinar os casos de efetividade exitosa das penas de prestação de serviços à comunidade, bem como os obstáculos existentes, impeditivos de sua execução.

Em 26 de junho de 1989, a Vara das Execuções Penais de São Paulo, sendo seu titular o Dr. Francisco José Galvão Bruno, baixou portaria por meio da qual credenciou a Prefeitura Municipal de São Paulo como entidade receptora de condenados para o cumprimento de pena de prestação de serviços à comunidade. A Secretaria Municipal do Bem Estar Social ficava então encarregada de distribuir os condenados de acordo com suas aptidões para os postos de trabalho em órgãos da Prefeitura. Havia, por parte da Vara das Execuções, tão-só, o encaminhamento à Secretaria do Bem Estar, que se obrigava, de sua parte, a comunicar qualquer tipo de comportamento insatisfatório.

Avaliação da Secretaria Municipal do Bem Estar Social indica o mais absoluto sucesso na execução da pena de prestação de serviços à comunidade junto à Prefeitura de São Paulo, com resultados positivos seja com relação aos próprios sentenciados, seja por parte dos órgãos nos quais prestavam serviços. O índice de descumprimento da pena foi baixo e os condenados ao final reconheciam a validade e o benefício da pena cumprida. Em 1990, 850 condenados cumpriam pena junto à Prefeitura. O programa reduziu-se na gestão de Paulo Maluf e hoje praticamente inexiste.

Outra experiência importante ocorre na Vara das Execuções Penais de Porto Alegre, onde há um programa que conta com equipe de assistentes sociais e psicólogos, criado em 1987, pela pretora Vera Muller, já tendo sido cumpridas 3.000 penas de prestação de serviços à comunidade em órgãos públicos e privados. A Vara das Execuções realiza a cada seis meses avaliações junto às entidades receptoras, destacando que em muitos casos o prestador de serviço voluntariamente continua, após o tempo de cumprimento da pena, a ajudar a entidade receptora, ou até mesmo contratado pela entidade para nela trabalhar.

A Vara das Execuções elaborou uma cartilha ilustrada, indicando os passos a serem dados pelo juízo como pela entidade no sentido de se efetivar a execução da pena de prestação de serviços à comunidade. Segundo as assistentes sociais e o juiz da Vara, um entusiasta de sua efetivação, os resultados são excelentes, havendo baixa taxa de descumprimento da pena, sendo que a reincidência é apenas de 5%. A baixo custo e alto benefício a pena de prestação de serviços à comunidade, revela-se, segundo o juiz e a sua equipe de técnicos, uma solução fácil de ser implementada, dependendo apenas da vontade política para tanto.

Acaba de ser firmado convênio entre a Vara das Execuções Penais de Porto Alegre e o Rotary para estender-se o cumprimento da pena junto a entidades associadas a este clube de serviços, já se tendo elaborado um Manual, inclusive, com modelos de ofícios a serem trocados entre o Judiciário e as entidades receptoras, facilitando-se, destarte, a efetivação da execução das penas de prestação de serviços em todo o Estado.

Outra experiência positiva ocorre na comarca de Passo Fundo, na qual o juiz Antonio Eleiseu Arruda que elaborou projeto de prestação de serviços, com modelos de convênio com entidades privadas, de controles de desempenho e freqüência, de relato de visitas etc. A prestação de serviços ocorre em órgãos públicos, escolas e secretarias municipais, bem como em entidades privadas, 4 hospitais e 12 igrejas, além de em 14 instituições filantrópicas, havendo um total de 398 prestadores.

No entanto, no Ceará e no Paraná, medida altamente eficaz foi adotada com a criação de vara especializada de execução de penas restritivas. desse modo, o juiz de execução de penas privativas não fica sujeito a dividir sua atenção com o programa de efetivação da pena de prestação de serviços, que em tudo difere do objeto de sua maior preocupação, qual seja os incidentes de execução da privação de liberdade.

O programa de penas de prestação de serviços no Ceará apresenta hoje as seguintes características: há 45 entidades conveniadas existindo equipes multidisciplinares, passando o condenado por avaliação psicológica para melhor indicar a entidade e o serviço a ser realizado, tendo atualmente 115 prestadores de serviço. No Paraná, existe uma Central de Execução de Penas Alternativas, que vem aprimorando a prestação de serviços à comunidade, realizando criterioso cadastramento das instituições receptoras, submetendo-se o réu a entrevista no setor de assistência social e de psicologia, para então optar-se pela entidade que lhe será destinada, condizente com suas aptidões. A fiscalização é realizada por equipe técnica, havendo eficiência e seriedade na execução da pena de prestação de serviços à comunidade. O índice de reincidência está abaixo de 1%, sendo que há 462 prestadores de serviço.

Outro programa de efetivação de penas de prestação de serviços à comunidade tem sido realizado pelos promotores públicos do foro regional de Santana, em São Paulo, e no âmbito das transações penais, sendo que os autores dos fatos cumprem prestação de serviços no Hospital do Mandaqui, visitado pela Comissão, que colher os resultados positivos revelados pela diretora do Hospital e em contato com os próprios prestadores, que, malgrado não tenham condenação,

cumprem com dedicação o serviço que lhes é indicado pela assistente social do nosocômio. Mais de 500 prestadores de serviço, por força da transação já cumpriram "pena" no Hospital.

Documentos do ILANUD relatam os programas de execução das penas de prestação de serviços à comunidade de São Paulo em 1989 até 91, bem como o trabalho realizado em Porto Alegre e ressaltam que " as penas alternativas são ainda uma relativa novidade no cenário criminal brasileiro".

A pretora Vera Muller procurou instituir em vários Estados programas de execução de penas de prestação de serviços à comunidade e relatou à Comissão as dificuldades e resistências que enfrentou, tanto junto ao Judiciário, como em face do Executivo, em Estados como Paraíba, Pernambuco, Pará.

Há, portanto, dois problemas a serem enfrentados: a não aplicação de penas restritivas, o que se deve buscar resolver pela *reformulação do sistema de penas no Código Penal* e a não efetivação de sua execução, a ser superada por *intensa política federal em favor de sua implantação*, com a difusão de manuais indicativos do programa a ser criado, com equipe de técnicos a custo pequeno, mas essencial ao bom resultado das medidas penais de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana. E medida fundamental consiste na *criação nas maiores comarcas de varas especializadas de execução de penas restritivas.*

Quanto à pena restritiva de limitação de fim de semana a Comissão pretende propor um programa pelo qual se possa dar eficácia a essa modalidade de pena restritiva ainda não executada, malgrado não apresente sua implementação maiores dificuldades práticas.

9 – A criação da Defensoria Pública, em face de deficiências notórias na orientação jurídica e na defesa, em todos os graus, dos necessitados.

A Defensoria Pública, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, prevista no art. 134 da Constituição Federal, em poucos Estados encontra-se estruturada, destacando-se sua organização no Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Ceará e Mato Grosso do Sul, sendo praticamente inexistente no âmbito da União. A Lei Complementar 80, de 1994, disciplinou a organização da Defensoria Pública da União, bem como fixou normas gerais da Defensoria Pública dos Estados (arts. 97 a 135), mas, na verdade, pouco se realizou em campo fundamental para a solução dos conflitos e para a efetivação dos direitos da população mais carente.

Tome-se o exemplo da Defensoria Pública do Ceará. Conforme documento da Defensoria Pública desse Estado, para atendimento a 1.055 presos do presídio Paulo Sarasate há apenas um defensor público. No interior do Estado das 136 comarcas somente 16 possuem defensor público. Além da insuficiência de quadros e de equipamentos, reclama a Defensoria de maior entrosamento com o Ministério Público e com a Magistratura.

A Defensoria Pública do Ceará destina-se à defesa na área criminal. É importante, todavia, que se espraie para dar assistência jurídica, além da judiciária, no exato teor do art. 134 da Constituição Federal, compondo assim o quadro da ação preventiva a ser realizada pelos CICs, na busca da satisfação do administrado em face da Justiça, para que esta readquira respeitabilidade junto à população.

Destaca-se, sem dúvida, a organização da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, disciplinada pela Lei Complementar 9.230 de 1991, que com 189 defensores públicos prestou em 1999, nas áreas cível e criminal mais de 280.000 atendimentos, iniciando cerca de 48.000 processos, participando de mais de 70.000 audiências, acompanhando 147.000 processos. No campo prisional, prestam assistência judiciária 50 defensores públicos atendendo 81 estabelecimentos, cadeias e prisões fechadas e semi-abertas.

Ressalta o Defensor Público Geral do Rio Grande do Sul, advogado Carlos Frederico Barcellos Guazzelli, em ofício a esta Comissão, que a Defensoria "desempenha importante função social, sobretudo através da garantia da jurisdição à cidadania pobre, no sentido de diminuir as tensões que o atual momento econômico acarreta à maioria da população".

Por essas razões, a implementação da Defensoria Pública da União e nos Estados, com quadros e equipamentos suficientes, põe-se como ponto basilar de uma Política Criminal voltada para a prevenção do delito, graças à efetivação dos direitos do cidadão.

10 – Assistência ao egresso e ao liberando, em face da carência absoluta de equipamentos com tal finalidade, máxime para os que não dispõem de relacionamentos, em nível familiar.

Das sugestões enviadas a esta Comissão pelo Secretário de Justiça do Paraná, Dr. José Tavares, destaca-se, dentre outras, a da criação de unidade de abrigo para alojar egressos do sistema penitenciário, que não possuam vínculo familiar ou sejam rejeitados pela família.

A prevenção de reincidência exige que se dê assistência ao egresso e ao liberando, para que possam enfrentar o "o choque da liberdade", consistente nas dificuldades de efetivamente reinserir-se no mundo livre, repleto de preconceitos e desconfianças em relação aos apenados que retornam à vida social.

Dentro de uma Política Criminal voltada para a prevenção, cumpre realçar, sem dúvida, a da reincidência, para que eventuais proveitos decorrentes do encarceramento não se esvaiam na primeira semana de contato com a sociedade. Assim, além de abrigo, cumpre ser ao egresso ou liberando receber assistência social, como pretende o art. 25 da Lei das Execuções Penais, viabilizando-se desse modo a efetiva reinserção social do sentenciado.

Em Porto Alegre vem de se instituir Fundação de Amparo ao Egresso, uma iniciativa de desembargadores e procuradores de justiça aposentados, em conjunto com entidades médicas privadas, recebendo o apoio do Judiciário. As atividades da Fundação recém iniciaram-se.

11 – A formulação imediata de projeto de lei ordinária para a explicitação das hipóteses em que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal. As questões práticas decorrentes da aplicação do inciso LVIII do art. 5.º da Constituição Federal tem acarretado graves conseqüências à liberdade de pessoas injustamente presas, por equívocos decorrentes do processo identificatório.

12 – É necessário que se tome uma posição clara e definitiva sobre a incorporação da vasta legislação extravagante no Código Penal ou sobre sua eventual consolidação, mantido ou não o mesmo sistema de penas atual.