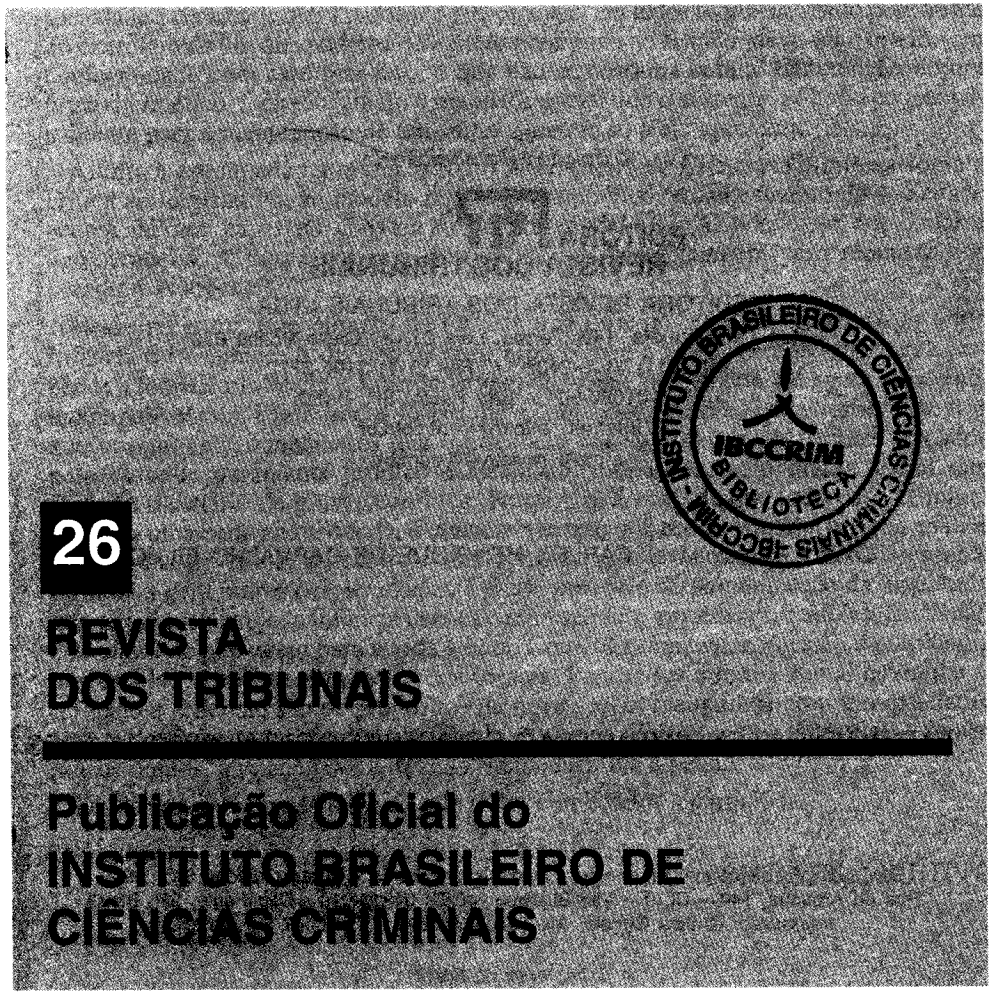
Dupl.

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

ANO 7 – N. 26 – ABRIL-JUNHO DE 1999



26

REVISTA DOS TRIBUNAIS

Publicação Oficial do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Trimestral • ANO 7 • n. 26 • abr.-jun./99

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. (011) 3115-2433 • Fax (011) 3106-3772
CEP 01020-901 – São Paulo, SP, Brasil
Internet: http://www.rt.com.br
e-mail: revista@rt.com.br

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

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

Diagramação eletrônica: Know-How Composição Editorial e Artes Gráficas S/C. Ltda.
Rua do Arouche, 146 – Cj. 9 – Vila Buarque – CEP 01219-010 - São Paulo, SP, Brasil.
Impressão: Gráfica Círculo, Av. Tucunaré, 299 – Tamboré, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

Dois assuntos têm ocupado grande espaço na imprensa nos últimos meses: as CPIs e a reforma do Judiciário. Por vias diversas, embora próximas, passa-se a discutir o papel do Judiciário, o poder dos juízes, o controle externo, a distinção entre prerrogativas e privilégios. Com essa discussão, a sociedade começa a perceber sua própria responsabilidade na construção de um Judiciário democrático, condição para a efetiva consecução da Justiça. Em outras palavras: os problemas do Judiciário começam a ser vistos como problemas do cidadão.

Desde sua criação, o IBCCRIM vem lutando para levar aos diversos segmentos da sociedade a certeza de que a prestação jurisdicional, em todos os níveis, sendo decorrente do exercício de um dos poderes delegados pelo povo ao Estado, deve ser exercida em conformidade com esse mandato, o que não se coaduna com a manutenção de um órgão hermético, fechado, alheio à realidade social que o sustenta, voltado egocentricamente para a manutenção de um *status quo* que só a ele aproveita.

À crítica estampada na mídia, a Revista Brasileira de Ciências Criminais soma a crítica ao Legislativo, ao modelo repressivo simbólico, ao alheamento da sociedade acerca de seu papel na construção de um modelo social adequado aos valores democráticos. A busca por uma Justiça melhor passa também pelo repensar dos paradigmas vigentes.

Nesse repensar, este número da Revista traz uma nova seção, dedicada ao tema Infância e Juventude. A decisão de abrir espaço para a veiculação de artigos relacionados à temática Infância e Juventude vem da lacuna doutrinária até agora existente, incompatível com a relevância do assunto e com a complexidade de questionamentos que enseja. Questionamentos que transcedem necessariamente os limites traçados pelo enfoque puramente jurídico e alcançam, muitas vezes, o drama social que compõe o cenário de graves conflitos. Porque, se é verdade que todo caso criminal desperta uma certa emotividade, é também verdade que reunir em uma mesma análise o problema do crime, do controle social, da punição e da criança e do adolescente infratores gera outras perplexidades. Em um processo de demonização da juventude que se vai instalando, a infância deixa de representar a inocência e a adolescência não é só ritual de passagem para a vida adulta. Coincidentemente, a questão da violência nas escolas ocupa as manchetes dos jornais. Lançar luz sobre o tema, estimular a reflexão e o debate são os propósitos da nova seção, inaugurada com um excelente artigo do Procurador do Estado Flavio Americo Frasseto, que questiona, dentre outros pontos, a relação entre medida socioeducativa e pena.

Do debate sobre esses temas, estão todos convidados a participar.

CONSELHO DIRETIVO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 3

COLABORADORES 9

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1 Sobre la prueba de testigos y su protección en el proceso penal español – FERNANDO DEL CACHO MILLÁN 11

1.2 Políticas (criminais) e o problema das drogas: evoluções e tendências na República Federal da Alemanha – H. J. ALBRECHT 24

1.3 Suspension del procedimiento a prueba y proceso abreviado. Un problema de constitucionalidad – ALONSO SALAZAR 33

1.4 Primeros comentarios a la Ley 17.016 de 22.10.1998 en los aspectos atinentes a las nuevas tipificaciones del lavado de dinero y las cargas de vigilancia de las entidades financieras – RAÚL CERVINI 42

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1 Considerações sobre a tutela da intimidade e vida privada no Processo Penal – CLEUNICE A. VALENTIM BASTOS PITOMBO 59

2.2 Excesso de exação – HUGO DE BRITO MACHADO 80

2.3 A evolução da proteção do patrimônio cultural. Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural – JOSÉ EDUARDO RAMOS RODRIGUES 94

2.4 Lei 9.714/98 – Penas restritivas de direitos: aplicação aos crimes de tráfico de entorpecentes – LEONARDO LUIZ DE FIGUEIREDO COSTA 112

2.5 Lei 9.714/98 – Aspectos pontuais – SIDNEY ELOY DALABRIDA 120

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1 O direito humano de não cooperar na própria incriminação, a proteção ao domicílio e a fiscalização tributária – HELOISA ESTELLITA SALOMÃO 129

3.2 Breves considerações sobre a Lei 9.296/96. Interceptação telefônica – PAULO RANGEL 143

3.3 Algumas considerações sobre o crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias, previsto na alínea *d*, do art. 95, da Lei 8.212/91 – SÉRGIO ROSENTHAL 152

4. INFÂNCIA E JUVENTUDE

4.1 Esboço de um roteiro para aplicação das medidas socioeducativas – FLAVIO AMERICO FRASSETO 159

5. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

5.1 La percepción social del delito y de los procesos de estigmatización en la sociedad cubana de los 90. Una aproximación – GUILLERMO C. MILÁN ACOSTA e MORAIMA DÍAZ ARNAU 197

5.2 Reflexión y referat acerca del surgimiento de la criminología – ANGELA GOMEZ PEREZ 203

6. POLÍCIA E DIREITO

6.1 Sobre a posição da Polícia Judiciária na estrutura do direito processual penal brasileiro da atualidade – PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA ... 213

7. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

7.1 Tráfico de entorpecentes e penas restritivas de direitos – MARCELO FERREIRA DE SOUZA NETTO e NAGASHI FURUKAWA 221

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

8.1 Solidariedade sem emancipação é voluntariado. Participação com exclusão é demagogia – ADRIANA CANOVA SIMIONATO 225

8.2 O Ministério Público e a Constituinte de 1978/88 – FÁBIO KERCHE 232

8.3 As dificuldades de comunicação entre os operadores da justiça e os pobres no Brasil: dissonâncias entre os discursos dos operadores e as concepções de justiça dos populares – MARIA INÊS CAETANO FERREIRA 253

9. ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

9.1 Rituais e martírios da pena de morte – RENÉ ARIEL DOTTI 267

10. JURISPRUDÊNCIA

10.1 Jurisprudência Comentada

10.1.1 Brian de Palma doutrinando – ADAUTO SUANNES 287

10.1.2 A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade – CARMEN SILVIA DE MORAES BARROS 291

10.2 Jurisprudência Recente

10.2.1 Apropriação indébita e alienação do bem. Crime único – REsp. 112.509/SP – 6.ª T. – STJ – j. 12.05.1998 – Rel. Min. VICENTE LEAL 296

10.2.2 Cabimento de recurso em sentido estrito contra decisão que determina a suspensão do processo. Lei 9.099/95 – REsp. 164.387/RJ – 5.ª T. – STJ – j. 27.10.1998 – Rel. Min. JOSÉ ARNALDO 299

10.3 Ementário de Jurisprudência – ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO 302

11. LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

11.1 Relatório final da CPI do crime organizado – Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo 321

11.2 Portaria n. 767, de 04.12.1998 – Regulamentação do Sistema Nacional de Armas (SINARM) 346

11.3 Portaria DGP 18, de 25.11.1998 – Medidas e cautelas a serem adotadas na elaboração de inquéritos policiais 348

11.4 Lei 9.714, de 25.11.1998 – Penas e medidas alternativas 351

12. RESENHAS

12.1 Luiz Flávio Gomes. *Penas e medidas alternativas à prisão – Lei 9.714/98.* São Paulo : RT, 1999 – Resenha por WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA 355

ÍNDICE REMISSIVO 359

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

n. 27 • julho-setembro • 1999

• **Hacia un nuevo conceptualismo juridico?**
Manuel de Rivacoba y Rivacoba

• **A inciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**
Ada Pellegrini Grinover

• **Crimes contra a economia popular e contra o sistema financeiro nacional**
Julio Fabrini Mirabete

• **A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas**
Paulo Queiroz

• **Conceito de mérito, no andamento dos regimes prisionais**
Sérgio Marcos de Moraes Pitombo

• **Teoria del conocimiento feminista y criminologia de la mujer**
Gerlinad Smaus

N.R. A tradução do texto de Enio Amodio publicada no vol. 25 da Revista Brasileira de Ciências Criminais foi feita por Ana Paula Zomer, Procuradora do Estado e representante do IBCCrim na Itália.

COLABORADORES

ADAUTO SUANNES

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça. Advogado Criminal em São Paulo e Diretor Consultivo do IBCCrim.

ADRIANA CANOVA SIMIONATO

Professora do departamento de Comunicação da Universidade de Ribeirão Preto. Mestre em História pela UNESP – Campus de Franca e Doutoranda em Sociologia pelo departamento de Pós-graduação em Sociologia da UNESP – Campus Araraquara.

CARMEN SILVA DE MORAES BARROS

Procuradora do Estado de São Paulo.

CLEUNICE A. VALENTIM BASTOS PITOMBO

Advogada. Mestre e Doutoranda em Processo Penal pela Universidade de São Paulo.

FÁBIO KERCHE

Pesquisador do IDESP (Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo), Mestre e Doutorando em Ciência Política pela Universidade de São Paulo.

FAUZI HASSAN CHOUKR

Promotor de Justiça. Doutorando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo e Diretor de relações Internacionais do IBCCrim.

FERNANDO DEL CACHO MILLÁN

Pofesor de Derecho Procesal de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU de Elche (España).

FLAVIO AMERICO FRASSETO

Procurador do Estado da Assistência Judiciária junto às Varas Especiais da Infância e Juventude de São Paulo.

GUILLERMO C. MILÁN ACOSTA

Investigador auxiliar. Instituto de Filosofia, CITMA.

H. J. ALBRECHT

Diretor Geral do Instituto Max Planck, Freiburg im Breisgau.

HELOISA ESTELLITA SALOMÃO

Advogada.

HUGO DE BRITO MACHADO

Professor titular de Direito Tributário da UFC. Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários e Juiz aposentado do Tribunal Regional Federal da 5.ª Região.

JOSÉ EDUARDO RAMOS RODRIGUES

Advogado da Fundação Florestal do Estado de São Paulo. Diretor do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Membro da Associação Brasileira de Advogados Ambientalistas e membro emérito da Comissão de Meio Ambiente da OAB/SP.

LEONARDO LUIZ DE FIGUEIREDO COSTA

Defensor Público.

LIC. ANGELA GOMEZ PEREZ

Professora de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana.

ALONSO SALAZAR

Licenciado em Direito, especialista em Ciências Penais. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Costa Rica.

LUIZ FLÁVIO GOMES

Juiz aposentado em São Paulo. Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito Penal e Processo Penal e doutorando em Direito Penal na Universidade Complutense de Madri.

MARIA INÊS CAETANO FERREIRA

Doutoranda do departamento de Sociologia da Universidade de São Paulo.

MORAIMA DIAZ ARNAU

Investigadora. Instituto de Desarrollo e Investigaciones del Derecho, Fiscalía de la República.

PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA

Procuradora da República e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo.

PAULO RANGEL

Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito Cândido Mendes e do Curso CEPAD. Mestrando da Universidade Gama Filho.

RAÚL CERVINI

Professor de Derecho Penal de las Facultades de Derecho de la Universidad de la República y Católica del Uruguay, Secretario General para América Latina y segundo Vice-Presidente del Consejo Consultivo del ICEPS.

RENÉ ARIEL DOTTI

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

SÉRGIO ROSENTHAL

Advogado Criminalista em São Paulo.

SIDNEY ELOY DALABRIDA

Promotor de Justiça/SC, Assessor Especial do Procurador-geral de Justiça/SC, Professor de Direito Processual Penal da Escola Superior do Ministério Público/SC, Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade do Sul de Santa Catarina.

WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA

Promotor de Justiça e membro do IBCCrim.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1

SOBRE LA PRUEBA DE TESTIGOS Y SU PROTECCIÓN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL*

FERNANDO DEL CACHO MILLÁN

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. Sobre la prueba testifical en el actual proceso penal español: 2.1 La CE y la nueva lectura de la LECrim; 2.2 Obligaciones y derechos del testigo en el proceso penal español: 2.2.1 Las obligaciones del testigo; 2.2.2 Derechos del testigo: 2.3 Excepeción a la inmediación. El artículo 730 de la LECrim y la lectura de declaraciones – 2.4 Valoración de la declaración del testigo protegido en el acto del juicio oral – 3. La protección del testigo en el actual proceso penal español: 3.1 El testigo-víctima; 3.2 Ámbito de aplicación de la LDPTP; 3.3 La apreciación racional de peligro grave; 3.4 Las medidas de protección del testigo previstas en la LDPTP: 3.4.1 Tiempo de adopción de las medidas de protección; 3.4.2 Medidas de protección del testigo en particular.

1. Introdución[1]

La prueba testifical tiene especial importancia en el proceso penal, por ser en éste el testigo el medio de prueba más utilizado y muchas las sentencias condenatorias basadas fundamentalmente en declaraciones testificales. Sin embargo, con frecuencia quienes han de prestar declaración como testigos no lo hacen por miedo, o como expresa la Exposición de Motivos de la LO 19/1994 de 23 de deciembre de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales (BOE de 24.12.1994), por el "temor a sufrir represalias".[2] La mencionada ley, en un intento por lograr la recta aplicación del ordenamiento jurídico-penal y el castigo de los culpables (cf. Exposición de Motivos) hace posible el establecimiento de una serie de medidas para "protegerlos" y pretende lograr así no sólo su colaboración, sino

(*) Agradezco especialmente al Professor Dr. Hünerfeld, Referente científico de la Sección española del Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo de Brisgovia (Alemania), sus comentarios y ayuda para escribir este artículo.

(1) Abreviaturas: Ar./Revista Aranzadi, BIMJ/Boletín de Información del Ministerio de Justicia, BJC/Boletín de Jurisprudencia Constitucional, BOE/Boletín Oficial del Estado, CE/Constitución española, Cit./citado, CP/Código Penal, Ed./Edición, FJ/Fundamento jurídico, LECrim/Ley de Enjuiciamiento Criminal, LDPTP/Ley de Protección a Testigos y Peritos, LO/Ley Orgánica, n.mg./número marginal, núm./Número, párr./párrafo, págs./Páginas, RDP/Revista de Derecho Procesal, sigs./siguientes, SSTC/Sentencias del Tribunal Constitucional, SSTS/Sentencias del Tribunal Supremo, STC/Sentencia del Tribunal Constitucional, STS/Sentencia del Tribunal Supremo, STEDH/Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TC/Tribunal Constitucional, TEDH/Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TS/Tribunal Supremo.

(2) El antecedente de esta ley se encuentra en una proposición de ley del año 1993 a iniciativa del Grupo de Senadores Nacionalistas Vascos y que contiene 12 artículos; véase el BOCG de 15 de septiembre de 1993.

que declaren "sin la presión" de temores y miedos.[3] Con el presente artículo nos proponemos presentar el actual modelo español de protección de testigos en el proceso penal y las dificultades que su aplicación plantea en la práctica a la luz de la jurisprudencia y doctrina, por cierto escasa,[4] que se ha ocupado del tema. No obstante nos ha parecido bien tratar previamente, aunque sea de modo general, la prueba testifical en el actual proceso penal español, para después hacerlo de la actual regulación de la protección al testigo.

2. Sobre la prueba testifical en el actual proceso penal español

2.1 La CE y la nueva lectura de la LECrim

La CE de 1978 significa un impacto tal en la legendaria LECrim de 1882 que se ha llegado a hablar de un "derrumbamiento" de la misma. El artículo 24.2 de la CE, al margen de los problemas que su enunciado plantea, contempla el derecho de defensa y el derecho a un proceso con todas las garantías. El proceso ya no se concibe como un instrumento para la persecución a ultranza del delincuente sino como garantía de su libertad y de sus derechos. Pero no debe olvidarse que ese modelo de proceso penal instaurado por la CE también debe proteger y en un primer lugar a la víctima[5] y a quienes de una forma u otra intervienen en el proceso, como son los testigos y los peritos. La conjunción de garantías procesales y de protección de la víctima, así como de protección de testigos y de cuantos de una forma u otra intervienen en el proceso, no es fácil de lograr, y de hecho el legislador tiene que inclinarse al final en favor de una o de otra.

Desde la STC de 28.07.1981[6] se sentó la doctrina de que sólo pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral. Más concretamente y en relación con la prueba de testigos, tanto la jurisprudencia del TS como la del TC se han pronunciado expresamente en el sentido de que la declaración testifical prestada en la instrucción se reitere y reproduzca en el acto del juicio oral, para de este modo dar cumplimiento a todas las garantías.[7]

No obstante esta doctrina encuentra excepciones que plantean no pocas cuestiones y que en relación con la prueba testifical pasamos a tratar en los epígrafes siguientes.

2.2 Obligaciones y derechos del testigo en el proceso penal español

2.2.1 Las obligaciones del testigo

2.2.1.1 La obligación del testigo de declarar – La propia LECrim de 1882 distingue

(3) Véanse como complemento de esta LDPTP los artículos 718 a 720 de la LECrim, y en particular este último referido a la declaración del testigo fuera del lugar en el que se celebre la audiencia cuando "el Tribunal lo ordene".

(4) Nos permitimos destacar como artículos referidos exclusivamente a la protección de los testigos, los siguientes: Cartagena Pastor, F., *Protección de testigos en causas criminales: la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, BIMJ núm. 1758, 15 de octubre de 1995, págs. 79 y sigs.;* Fuentes Soriano, O. *La LO 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales, RDP* núm. 1, 1996, págs. 135 y sigs.

(5) A esa protección de la víctima van dirigidas iniciativas legislativas como por ejemplo la Ley 35/1995 de 11 de diciembre de Ayudas y Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Téngase en cuenta también el artículo 781 párr. 1 de la LECrim según el cual el Ministerio Fiscal deberá velar "por la protección de los derechos de la víctima".

(6) *BJC* núm. 6.

(7) SSTS de 30 de mayo de 1988, Ar. 4110 y de 12 de julio de 1988, Ar. 6566. STC 80/1986 de 17 de junio, *BJC* núm. 63.

entre la obligación de declarar (artículo 716) y la obligación de comparecer (artículo 410).[8] Según el primero de los artículos mencionados en su párr. 1 (compárese con el artículo 420 de la LECrim), modificado por ley 10/92 de 30 de abril, el testigo que se niegue a declarar incurrirá en una multa que se impondrá en el acto de 5000 a 25000 pesetas (entre 30 y 150 euros aproximadamente). Según el artículo 716 párr. 2 de la LECrim si el testigo persiste en su negativa a declarar se procederá contra él como autor de un delito de desobediencia grave a la Autoridad (véase artículo 556 del CP).[9] En cuanto a las excepciones a esta obligación de declarar del testigo hay que estar en primer lugar a la CE, según la cual la ley regulará los casos en que "no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos" (artículo 24.3 de la CE). Efectivamente ya la LECrim se refirió en los artículos 411 párr. 2, 416, 417.1 y 2, y 418 a las excepciones a la obligación de declarar en consonancia con la letra de la CE que reduce a dos los motivos por los que no se está obligado a declarar, esto es, "por razón de parentesco o de secreto profesional" (artículo 24.3 de la CE). Sin embargo, esta letra de la CE no se aviene con la del artículo 411 párr. 1 de la LECrim, por lo dicho, en cuanto que este último precepto dispensa de la obligación de declarar (y de comparecer) al Rey, a la Reina, a sus respectivos consortes, al Príncipe Heredero y a los Regentes del Reino, y es obvio que aquí no tienen que darse necesariamente "razones de parentesco o de secreto profesional". Tampoco la CE se refiere a la dispensa de la obligación de declarar del testigo "por incapacidad" y sí lo hace el artículo 417.3 de la LECrim (cuando se trate de "incapacitados física o moralmente").

2.2.1.2 La obligación del testigo de comparecer – La obligación del testigo de comparecer o de "concurrir al llamamiento judicial" (artículo 410 de la LECrim) también es sancionada en caso de incumplimiento con el pago da una multa de 5000 a 25000 pesetas (véase equivalencia supra 1.1), y en caso de persistir el testigo podrá ser "conducido" ("detenido", véase STC 98/1986 de 10 de julio)[10] a presencia del Juez de Instrucción y procesado por delito de denegación de auxilio según el artículo 420 párr. 1 de la LECrim (véase artículo 463.1 del CP).[11]

Sin embargo no es lógico que quien ha sido víctima de un delito sea detenida por no comparecer y encerrada en un calabozo hasta que le reciba el Juez de Instrucción o sea conducida al acto del juicio oral.

Por ello y las circunstancias de temor a represalias y miedos que a veces rodean al testigo en causas criminales, este artículo 420 de la LECrim há sido de escasa aplicación en la práctica.[12] Es decir, que los "remedios" (multa y procesamiento) previstos en la LECrim de 1882 para lograr la comparecencia y declaración del testigo no han dado resultado. Queda por ver la aplicación que se hace en la práctica del artículo 463.1 del nuevo CP español, aunque es predecible que este nuevo artículo siga la suerte del anteriormente mencionado. Por otro lado, el testigo que declare ante el Juez de Instrucción tiene la obligación de comparecer ante el juzgador y en caso de incumplimiento la LECrim contempla la ridícula multa de 25 a 250 ptas (entre 0, 15 y 1, 5 euros aproximadamente) (cf. artículo 446 párr. 1 de la LECrim). La obligación

(8) Para la obligación de declarar y de comparecer del testigo que dependa de la jurisdicción militar véase al artículo 429 párr. 2 de la LECrim.

(9) Este artículo contempla la pena de prisión de 6 meses a un año.

(10) BJC núm. 63.

(11) Este artículo contempla la pena de arresto de 12 a 18 fines de semana y multa de 6 a 9 meses cuando el reo está en prisión, y cuando no hay reo en prisión con multa de 6 a 9 meses.

(12) Entre 1990 y 1997 no hemos encontrado ninguna sentencia que se refiere a este artículo.

de comparecer, que incumbe a todos los que residan en territorio español (cf. artículo 410 de la LECrim) y "que no estén impedidos" (artículos 410 y cf. artículo 420 párr. 1 de la LECrim), tiene sus excepciones expresadas en los artículos 411 y 412 de la LECrim, el primero referido al Rey, etc., y el segundo distinguiendo entre quienes están dispensados de concurrir pero no de declarar.

Por impedido puede entenderse, por analogía con el artículo 707 de la LECrim aunque aquí estemos situados en el juicio oral, como aquél que se haya privado del uso de razón.

2.2.2 *Derechos del testigo*

2.2.2.1 El derecho del testigo a no declarar – De todos modos hay que puntualizar ya que en los anteriores supuestos (artículos 411, 416, 417 y 418 de la LECrim) no se está hablando de una prohibición de declarar, sino de un derecho a no declarar o de dispensa de declarar. Entonces se plantea la siguiente pregunta: si resulta que quien está dispensado de declarar, por ejemplo el padre del imputado, declara voluntariamente en la fase de instrucción y luego en el acto del juicio oral ejerce su derecho a no declarar, ¿pondrá tener en cuenta el juzgador el testimonio realizado en la instrucción? La jurisprudencia del TS en sentencia de 14.03.1989[13] admite la valoración de los testimonios de los padres del acusado realizados en la instrucción, cuando en el acto del juicio oral se negaron a declarar. Sin embargo esta sentencia contradice otra antigua de 13.11.1885[14] y la opinión de autores como Aguilera de Paz[15] y Gómez Orbaneja.[16]

Parece fuera de discusión que para valorar estas declaraciones testificales realizadas en la instrucción deberá darse lectura de las mismas según el artículo 730 de la LECrim y de este modo garantizar la contradicción, y por otro lado para dicha lectura este precepto exige que se trate de diligencias "que no puedan ser reproducidas en el juicio oral". Si se entiende que en el supuesto de testigo que ejercita su derecho a no declarar se está ante una deligencia que no puede ser reproducida en el juicio oral, entonces se estará a favor de la lectura y consiguiente valoración. Por el contrario, si se entiende que el hecho de que el testigo ejerza su derecho a no declarar no es un supuesto de "imposible reproducción" (cf. artículo 730 *in fine* de la LECrim) se estará a favor de negar la lectura y por tanto no será posible valorar el testimonio realizado en la instrucción. Cosa distinta es que el juzgador valore en el juicio oral la negativa a declarar de quien no está obligado a ello. Por otro lado, a nadie se le oculta que quien va a juzgar tiene conocimiento de las actuaciones llevadas a cabo en la fase de instrucción,[17] y que ante la negativa de estos testigos a declarar puede verse de algún modo su convicción condicionada a resultas de otras pruebas practicadas en el acto del juicio oral. Por último, no es discutible que si quien está dispensado de declarar lo hizo en la fase de instrucción sin ser advertido de su

(13) Ar. 2630.

(14) Cit. Por Gómez Orbaneja, E. (con Herce Quemada, V.), *Derecho procesal penal.* 8 Ed. Artes Gráficas y Ediciones S.A., Madrid, 1975, p. 256.

(15) Aguilera de Paz, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Hijos de Reus Editores, T. V, Madrid, 1914, págs. 401 y 402, que sin embargo afirma que "podría ordenarse... (la lectura) en el caso de que el testigo no hubiere concurrido al juicio, pues entonces por su falta de asistencia no puede saberse si su voluntad es negarse a declarar".

(16) Gómez Orbaneja, E. (con Herce Quemada, V.), *Derecho procesal penal.* 8 Ed. Artes Gráficas y Ediciones S.A., Madrid, 1975, págs. 255 y 256.

(17) A evitar esto obedecen últimas leyes como la LO 5/1995, 22 de mayo del Tribunal del Jurado.

derecho a no declarar (véase artículo 416.1 párr. 2 de la LECrim), y luego decide no declarar en el acto del juicio oral, estamos ante un supuesto en el que no se podrá dar lectura a su declaración realizada en la instrucción, y por lo tanto tampoco podrá ser tenida en cuenta ni valorada.

2.2.2.2 El derecho del testigo a una compensación económica – No debe olvidarse tampoco que una de las causas de la incomparecencia de testigos en el proceso penal se debe a la falta de una efectiva compensación económica a la que tiene derecho todo testigo por los perjuicios y gastos que se le originen "si la reclamare", según el artículo 722 párr. 1 de la LECrim. Para cuantificar la indemnización se tienen en cuenta sólo los gastos del viaje y el importe de las horas de trabajo perdidas (cf. artículo 722 párr. 2 de la LECrim). Por tanto, según la LECrim, el testigo que no reclame no será indemnizado y el testigo que no tenga ni gastos de viaje ni un trabajo, o éste no sea retribuido, en la práctica tampoco será indemnizado aunque reclame.

Actualmente determinadas Comunidades Autónomas como la del país Vasco, Cataluna, Galicia y Valencia han asumido el pago de las indemnizaciones a los testigos que comparezcan ante los órganos judiciales que tengan su sede en dichas Comunidades.[18]

2.3 Excepción a la inmediación. El artículo 730 de la LECrim y la lectura de declaraciones

Anteriormente nos hemos referido a la prueba procesal como aquella que se produce con todas las garantías entre las que cabe señalar la inmediación. El artículo 741 párr. 1 de la LECrim habla expresamente de apreciar "las pruebas practicadas en el juicio",[19] con lo cual sigue la línea jurisprudencial marcada por el TC español a partir de la mencionada STC de 28.07.1981.[20] No obstante la excepción puede verse en el artículo 730 de la LECrim conforme al cual es posible dar lectura en el acto del juicio oral a la declaración hecha por el testigo en la fase de instrucción, cuando se den dos condiciones ex lege: que se trate de diligencias que "no puedan ser reproducidas en el juicio oral", y que ello se deba a "causas independientes de la voluntad (de las "partes")". La primera condición en relación con el testigo se puede interpretar que tiene lugar cuando no puede declarar en el acto del juicio oral. A priori se pueden destinguir tres supuestos "de imposible reproducción en el juicio oral" (cf. artículo 730 de la LECrim): fallecimiento del testigo, que el testigo se halle en ignorado paradero, que el testigo se encuentre en el extranjero.[21] En estos supuestos tanto "las partes" como el Tribunal (según el artículo 729.2 de la LECrim) pueden solicitar la lectura de las declaraciones realizadas por el testigo en la fase de instrucción. Para ello se utilizarán los escritos de acusación o de defensa de modo que el Tribunal (o en su caso el Juez), en el auto en el que fija la fecha de inicio de las sesiones del juicio, se pronunciará sobre la admisibilidad de dicha lectura (artículos 659 párr. 1 de la LECrim para el procedimiento abreviado).

No obstante, tratándose de un supuesto excepcional, también podrá pedirse la lectura de declaraciones testificales realizadas en la instrucción en el acto del juicio oral, tanto en el procedimiento común

(18) Véase Reales Decretos 1684/1987, 966/1990, 2166/1994, 293/1995.

(19) Excepcionando como es sabido la prueba anticipada; véase STC 80/1986 de 17 de junio, *BJC* núm. 63.

(20) Véase la STC 22/1988 de 18 de febrero, *BJC* núm. 83, acerca de la eficacia probatoria de las diligencias en la fase de instrucción.

(21) Véanse SSTS de 6 de marzo de 1989, Ar. 2497 y de 23 de enero de 1990, Ar. 1921.

ordinario como en el abreviado (artículo 793.2 párr. 2 de la LECrim). En el procedimiento común ordinario, contra el auto que rechaza la lectura de las declaraciones testificales procede recurso de casación (previa oportuna protesta) (artículos 659 párr. 4 y 850.1 de la LECrim). Para el procedimiento abreviado se puede proponer de nuevo la lectura en el recurso de apelación (artículo 795.3 de la LECrim, previa oportuna protesta) o, en su caso, procederá el recurso de casación por denegación de deligencias de prueba.

En cuanto a la lectura de las declaraciones del testigo protegido realizadas en la fase de instrucción, hay que estar al artículo 4.5 de la LDPTP, que también condiciona dicha lectura a que "se consideraran de imposible". Sin embargo es de distinguir esta dicción de la del artículo 730 de la LECrim puesto que en este último se habla de diligencias que "no puedan ser reproducidas en el juicio oral" mientras que para el testigo protegido basta que se "considere" que sus declaraciones no pueden ser reproducidas en el juicio oral, lo que da un margen más amplio para admitir la lectura.

2.4 *Valoración de la declaración del testigo protegido en el acto del juicio oral*

El artículo 741 párr. 1 de la LECrim permite al juzgador la apreciación "según su conciencia de las pruebas practicadas en el juicio" (principio de libre apreciación de la prueba). En la valoración de la prueba testifical juega un papel importantísimo la credibilidad del testigo, que se ve afectada cuando éste declara con miedo e con temor a represalias. En relación con la credibilidad del testigo pueden distinguirse los siguientes aspectos: A) Las características del testigo y las circunstancias en que se encuentra (v. gr. miedo, temor, etc.). B) La relación del testigo con el supuesto autor de los hechos a enjuiciar. C) Las circunstancias que concurren en los hechos a enjuiciar y la relación del testigo con esas circunstancias. D) El desarrollo de la declaración del testigo en el acto del juicio oral bajo las garantías de inmediación y de contradicción.

No debe olvidarse una circunstancia en relación con la credibilidad del testigo y su protección en el proceso penal: el hecho de que el testigo haya sido mero espectador de los hechos a enjuiciar o bien víctima de los mismos.[22] No hay razón para pensar que quien es víctima de un delito haya de tener necesariamente más miedo a declarar que quien es mero espectador; sin embargo puede ser más reticente a declarar quien es mero espectador que quien es víctima, en cuanto el primero ha de vencer el miedo por algo en lo que no tiene interés alguno y por esto mismo su declaración puede tener más valor. En relación con esa valoración por parte del Tribunal de la credibilidad del testigo, las garantías de inmediación y de contradicción se relevan de gran importancia. Pero tampoco es creíble el testigo por el hecho de que se respeten esas garantías. El punto de máxima tensión se encuentra entre el derecho del inculpado a un proceso con todas las garantías y el derecho-deber del testigo a declarar sin la presión de temores y miedos. Pues bien, cuando para proteger al testigo se limitan las garantías del juicio, esto no constituye necesariamente una indefensión; es decir, que si la defensa alega limitación de las garantías que han de presidir el proceso precisamente por la protección de la que es objeto el testigo, habrá de ser capaz de mostrar al Tribunal en qué aspectos habrán de ser perjudicadas sus posibilidades de defesa.[23] No obstante el legislador español ha entendido, de conformidad con la juris-

(22) El testimonio de la víctima-testigo se valora libremente por el Tribunal; véase STS de 26 de mayo de 1993, Ar. 4321.

(23) En este sentido véase STS de 24 de junio de 1997, Ar. 4973; por el hecho de que no se pueda ver al testigo mientras declara, no resulta necesariamente perjudicada la defensa (FJ 2).

prudencia del TEDH, [24] que se ha de facilitar la identificación del testigo en el juicio oral (véase artículo 4.3 párr. 1 de la LDPTP) en favor del derecho de defensa que se vería perjudicado en caso contrario, pues de esta manera se permite alegar y probar aquellas razones por las que se entienda que el testigo no es creíble, ya sea por enemistad, parcialidad, interés, etc.

3 La protección del testigo en el actual proceso penal español

3.1 El testigo-víctima

En primer lugar, en el campo de la protección del testigo, se puede distinguir entre el testigo y el testigo-víctima.[25] La declaración de la víctima en el juicio oral se considera como prueba testifical.[26]

Desde el punto de vista técnico-jurídico el término testigo-víctima suscita algunas cuestiones tanto de orden material (compárense los artículos 456 del CP, de aplicación a la víctima-testigo que acusara falsamente, y 458 de aplicación al falso testimonio) como formal (pues resulta que si se considera que el testigo tiene la condición jurídica de tercero en el proceso, entonces la víctima que sólo denuncie y no se persone podrá ser considerada como testigo al no ser "parte", mientras que la víctima que se querelle, no podrá ser considerada como testigo, al constituirse en "parte").[27] La víctima-testigo de cargo puede ser el principal testigo de la acusación y sobre la misma pesa un deber de colaboración que la propia CE recoge expresamente en su artículo 118. Pues bien, este deber de colaboración colisiona con la reticencia de muchos a testificar por miedo o temor a represalias. Es de destacar que la LECrim sitúe como "primeras diligencias" y encabezando su artículo 13 "las de dar protección a los perjudicados". No parece haber inconveniente en entender que este precepto permite adoptar medidas no sólo de carácter cautelar sino también de protección a quien sea víctima de un delito. Pero en la doctrina española se ha sostenido una interpretación restrictiva de las medidas a adoptar en la instrucción de conformidad con este artículo.

3.2 Ámbito de aplicación de la LDPTP

Es importante advertir previamente del actual "caos legislativo" existente en España en materia procesal penal debido no ya a los múltiples tipos procedimentales sino al hecho de estar inspirados en principios distintos. La LDPTP es de aplicación tanto a los testigos como a los peritos que "intervengan en procesos penales" (artículo 1). De aquí se deduce que la LDPTP es de aplicación a todo "tipo de procedimiento penal" y por tanto a los siguientes: "juicio de faltas"(artículos 962 y sigs. de la LECrim), procedimiento abreviado (artículos 779 y sigs. de la LECrim), procedimiento común ordinario para delitos graves (artículos 250 y sigs. de la LECrim), procedimiento de menores (LO 4/1992 de 5 de junio reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores; no parece haber inconveniente para que también aquí se adopten medidas de protección del testigo; véase artículo 15.13 de la ley), procedimiento ante el Tribunal

(24) Véase por ejemplo STEDH de 20 de noviembre 1989, *BJC* núm. 136.

(25) Téngase en cuenta también el artículo 13 de la LECrim a efectos de la protección de la víctima y las múltiples posibilidades que ofrece.

(26) Así la STC 229/91 de 28 de noviembre, *BJC* núm. 129.

(27) En España es muy frecuente la utilización del término "parte" en el proceso penal. Aquí se pone de manifiesto la inadecuación de mantener esta terminología. Véase más ampliamente Kleinknecht/Meyer-Gossner, *Strafprozessordnung*, 41 Ed. C. H. Beck, München, 1993, n. mg. 9.

del Jurado (LO 5/1995 de 22 de mayo), procedimiento militar de la LO 2/1989 de 13 de abril, y procedimiento especial cuando fuere procesado un Senador o Diputado a Cortes (artículos 750 y sigs. de la LECrim). Dependiendo del "tipo de procedimiento"en el que nos encontremos son de destacar algunas especialidades para la protección de testigos: como regla general y para la fase de instrucción corresponde al Juez de Instrucción la adopción de medidas de protección del testigo (véase artículo 2 párr. 1 de la LDPTP); sin embargo, para el procedimiento abreviado y teniendo en cuenta la posibilidad prevista en el artículo 785 bis 1 párr. 1 de la LECrim de que el Ministerio Fiscal practique él mismo u ordene "a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes del mismo...", parece que no hay inconveniente en interpretar que sea el proprio Ministerio Fiscal quien adopte aquellas medidas de protección que sirvan para ocultar la identidad en cuanto que la ley también le faculta para "hacer comparecer ante sí a cualquier persona... a fin de recibirle declaración..." (artículo 785 bis 2 de la LECrim).

Por otro lado, según la letra de la ley, esta protección sólo se concreta en la persona del testigo (o del perito, artículo 1.1 de la LDPTP) y no por ejemplo en la de sus familiares (comp. artículo 1.2 de la LDPTP), pues una cosa es que se aprecie por ejemplo un peligro para el cónyuge de quien ha de declarar como testigo, y otra cosa es que esta ley sea de aplicación para proteger a dicho cónyuge. Sí que puede hablarse de una protección indirecta en el sentido de que proteger al testigo puede servir en principio de protección a esas personas relacionadas con él, pero estrictamente la ley no les es de aplicación a estos últimos. Tampoco la ley extiende la protección a los abogados y procuradores. Se echa en falta una ley para la protección de los miembros del Jurado, a quienes no les es exigible la "heroicidad" de sacrificarse por una profesión que no es la suya.[28] Con todo, los hay que han escrito a favor de aplicar a los jurados por "analogía" determinadas medidas de protección de la LDPTP.[29]

Desde otro punto de vista, ¿por qué la protección de testigos y peritos se limita al menos en España sólo al proceso penal? ¿Acaso no es verdad que también en otros procesos (civil, etc.) puede ser igualmente necesario proteger a los testigos?

3.3 La apreciación racional de peligro grave

Una de las exigencias para la aplicación de las medidas previstas en esta ley de protección de testigos y peritos consiste en la "apreciación racional de un peligro grave" (cf. artículo 1.2 de la LDPTP) por la autoridad judicial, para la persona, libertad o bienes del testigo o perito "que pretenda ampararse en ella (en la ley)" (artículo 1.2 de la LDPTP). Cuando la ley habla de peligro grave para la persona se puede interpretar que este peligro se refiere a su vida, integridad física o moral. Ese peligro grave puede referirse también al cónyuge del testigo (o persona con análoga relación de afectividad) o a sus ascendientes, descendientes o hermanos (cf. artículo 1.2 de la LDPTP). El artículo 2 de la LDPTP se refiere sin embargo indistintamente al "riesgo o peligro" cuando lo cierto es que son dos conceptos distintos en cuanto que el peligro expresa un mal más inmediato que el riesgo, esto es, mientras el peligro expresa un mal

(28) Recuérdese por ejemplo el veredicto de inculpabilidad a favor de un acusado de doble asesinato del Tribunal del Jurado de la provincia de Guipúzcoa de 6 de marzo de 1997, comúnmente conocido como caso Otegui.

(29) Así Fairén Guillén, V. *El miedo de los jurados.* La Ley 3/1997, pág. 1674.

muy probable, el riesgo comprende diversos grados de mera probabilidad.

Entendemos con todo respeto que aquí el legislador español no debía de haber establecido una especie de numerus clausus respecto a las personas relacionadas con el testigo o perito que puedan sufrir un "peligro grave". Y entendemos que sería deseable ampliar dicho círculo de personas en cuanto que es claro que un testigo puede ser reticente a declarar por ejemplo por el temor a represalias contra un amigo suyo, supuesto que no sólo no contempla la ley sino que parece excluir según la letra del artículo 1.2 de la LDPTP.[30]

3.4 Las medidas de protección del testigo previstas en la LDPTP

3.4.1 Tiempo de adopción de las medidas de protección

Las medidas de protección del testigo previstas en la LDPTP se pueden adoptar en principio tanto en la fase de instrucción (artículo 2) como en la fase de juicio oral (artículo 4), así como posteriormente si se mantiene la circunstancia de peligro (artículo 3.2).

3.4.2 Medidas de protección del testigo en particular

La LECrim no contiene ningún precepto expreso sobre la protección del testigo en el proceso penal, por lo que su estudio se limita a la LDPTP. De ello se infiere que con anterioridad a la promulgación de dicha ley no existía la posibilidad legal de proteger a los testigos frente a las amenazas o miedos a represalias por parte del acusado o de bandas criminales. No obstante puede verse cierta forma de protección en la limitación de la publicidad del juicio, cuando se celebra a puerta cerrada.[31] Aunque la LDPTP se refiere expresamente a determinadas medidas de protección (véanse artículos 2 y 3) entendemos que no establece un numerus clausus por las siguientes razones: en primer lugar porque el artículo 2 párr. 1 dice expresamente "pudiendo adoptar", sin excluir otras distintas de las que menciona, y a su vez el artículo 4.1 recoge la expresión "adopción de otras nuevas" sin especificar cuáles. En segundo lugar porque las que contempla expresamente el artículo 2 de la LDPTP para la fase de instrucción permiten una interpretación amplia, y así se habla de utilizar "cualquier procedimiento" (artículo 2 b) de la LDPTP). En tercer lugar porque si se quiere lograr una efectiva protección del testigo no es aconsejable una ley que establezca taxativamente las medidas de protección a adoptar, sino que es necesario dejar cierto margen para su adopción. En cuarto lugar porque el artículo 4.1 de la LDPTP se refiere a que el órgano competente para el enjuiciamiento podrá "mantener, modificar o suprimir" las medidas de protección adoptadas por el *Juez* de *Instrucción,* obviando la referencia a las medidas expresamente previstas en la ley.

3.4.2.1 Las particulares medidas de protección del testigo previstas por la LDPTP para la fase de instrucción – El artículo 2 de la LDPTP se refiere a las medidas de protección del testigo a acordar por el Juez de Instrucción, pero se debe tener en cuenta también el artículo 3.2 de la misma ley según el cual es posible "para todo el proceso" brindar al testigo *protección policial.* Pues bien, estas medidas se acordarán por el Juez de Instrucción por medio de auto (cf. artículo 2

(30) Relaciónese ese peligro grave de la LDPTP con la nulidad de pleno derecho de los actos judiciales que "se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave" (artículo 238.2 de la LOPJ).

(31) Véase artículo 680 párr. 2 de la LECrim.

párr. 1 de la LDPTP) recurrible en reforma y queja (según el artículo 787.1 fr. 1 de la LECrim, pues aquí la LDPTP guarda absoluto silencio). Los límites legales para la adopción de las medidas de protección expresamente previstas por la LDPTP en esta fase del proceso se pueden resumir en tres: la apreciación racional de un peligro grave (artículo 1.2), la necesariedad de las medidas a adoptar (artículo 2 párr.1) y que no se perjudique la "contradicción que asiste a la defensa del procesado" (artículo 2 párr. 1 de la LDPTP). Compárese no obstante con lo previsto en el artículo 4.3 de la LDPTP para la fase de juicio oral al decir que el juzgador "deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos". Todas las medidas expresamente previstas en el artículo 2 de la LDPTP están dirigidas a preservar la identificación del testigo (o del perito) como si ésta fuera la única forma de protegerle. Así se refieren expresamente a la "identificación" los artículos 2 a) y b) de la LDPTP mientras que la referencia del artículo 2 c) al domicilio debe entenderse como una forma indirecta de preservar la identificación del testigo. Resulta sin embargo que puede ser necesario proteger al testigo en esta fase cuando se ha dado a conocer su identidad por los motivos que fuere, por ejemplo porque el Juez de Instrucción ha permitido inconscientemente que se le haga una pregunta que ha revelado su identidad, o por la intromisión de los medios de comunicación, etc. En estos supuestos habrá que acudir a la protección policial del artículo 3.2 de la LDPTP, prevista para todo el proceso a incluso una vez finalizado éste.

Según el artículo 2 de la LDPTP, las medidas de protección de testigos que puede adoptar el Juez de Instrucción son las siguientes:

A) "Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier outro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave". Asignar un número o una clave a un testigo requiere cuando de un registro y de un personal responsable del mismo. Hoy en día son los Secretarios judiciales quienes se están encargando de la documentación relativa a la identificación del testigo (artículo 6 b) del Reglamento del Secretariado de 28.04.1988). Por otro lado, la tarea del Juez de instrucción de proteger la identidad del testigo exige mucho celo profesional, y así por ejemplo no deberá permitir que se le hagan preguntas que puedan revelar su identidad.

B) "Que comparezcan para la práctica de cualquier deligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal".

Múltiples son las formas a adoptar para evitar el reconocimiento o identificación del testigo en esta fase y por ello el legislador ha dejado libertad al Juez de Instrucción para la adopción de las medidas que tenga por conveniente con el objeto de evitar su identificación. La adopción de estas medidas quedará a criterio y responsabilidad del Juez de Instrucción (véase supra en relación con el Ministerio Fiscal). La circunstancia de que concurran en el testigo especiales características, por ejemplo voz grave, gran altura, etc.) puede ser determinante para la adopción de medidas de protección especiales. Dichas medidas a adoptar pueden ir más allá de la sede judicial en cuanto que en muchos casos será necesario por ejemplo proteger el acceso del testigo al Juzgado y por otro lado no parece que deba haber inconveniente en que declare fuera de la sede judicial como medida para protegerlo.

C) "Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario". Era lógico que el legislador, en el afán por preservar la identificación del

testigo, recogiera expresamente la posibilidad de ocultar las señas de su domicilio. En la práctica también aquí dependerá del celo profesional de quienes de una manera u otra intervengan, ese "hacer llegar reservadamente" las citaciones y notificaciones al testigo protegido.

Aunque la LDPTP no mencione expresamente al testigo anónimo y al testigo oculto, lo cierto es que contempla la distinción en los artículos 2 a) y 2 b) respectivamente, si se está a la STEDH de 27.09.1990[32] que entiende por testigo anónimo aquél cuya identidad es desconocida por el Tribunal o por la defensa o por ambos, mientras que el testigo oculto es aquél que no es visto por el acusado.[33] Pues bien, el TEDH rechaza la condena sobre la base de testimonios anónimos por ejemplo en la sentencia de 20.11.1989[34] (comp. con el artículo 4.3 párr. 1 de la LDPTP sobre la obligación del juzgador de facilitar la identificación del testigo). No obstante la protección del testigo no sólo puede lograrse ocultando su identidad, sino dándole una identidad falsa, supuesto que no contempla la LDPTP (comp. artículo 2 a). Es más, puede ocurrir que el imputado conociera al testigo por su identidad falsa y no por la real,[35] supuesto que tampoco contempla la ley. Asimismo tampoco la LDPTP se refiere a la figura del infiltrado y su posible utilización como testigo, a lo que no ha sido ajena la jurisprudencia del TS que se ha pronunciado reconociendo que es en el acto del juicio oral donde la prueba testifical ha de culminar con objeto de que los jueces valoren las manifestaciones del confidente infiltrado.[36]

3.4.2.2 Las particulares medidas de protección del testigo previstas en la LDPTP para la fase de juicio oral – En esta fase procesal es de aplicación el articulo 4 de la LDPTP por el órgano encargado de juzgar los hechos (sea unipersonal o colegiado) debe pronunciarse sobre el mantenimiento, supresión o modificación de aquellas medidas de protección del testigo adoptadas por el Juez de Instrucción. A continuación el mencionado artículo deja una cláusula abierta para la adopción de otras medidas de protección del testigo ("otras nuevas"según el artículo 4.1 de la LDPTP) a lo que nos hemos referido anteriormente para defender la afirmación del no establecimiento por el legislador español de un numerus clausus de medidas (véase supra IV 2). Ahora bien, para esa adopción de otras medidas nuevas, exige la ley la previa ponderación de "los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos...". Pero, ¿por qué el legislador español deja una cláusula abierta para la adopción de medidas de protección del testigo en la fase de juicio oral, y en la fase de instrucción hace referencia a determinadas medidas? Partiendo de que se trata de medidas excepcionales, puede entenderse que el legislador español ha querido dar un amplio margen al juzgador para la adopción de medidas de protección del testigo, sabedor de las múltiples y variadas circunstancias que pueden darse en cada caso en concreto. Sin embargo, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina española existen supuestos discutibles, como el caso de la validez de la prueba testifical en ausencia del acusado en el acto del juicio oral.[37] Una interpretación integradora de la nueva LDPTP debe permitir que se practi-

(32) BJC núm. 152.

(33) Véase artículo 229.2 de la LOPJ, STC 64/1994 de 28 de febrero, *BJC* núm. 155, STS de 14 de febrero de 1995, Ar. 757.

(34) BJC núm. 136/137.

(35) Véase STS de 11 de junio de 1997, Ar. 4677.

(36) Así la sentencia de 14 de febrero de 1995, Ar. 818.

(37) Véase SSTS de 30 de febrero de 1989 (Ar. 1609), de 17 de septiembre de 1990 (Ar. 7167), y de 8 de mayo de 1991 (Ar. 3597), que rechazan la validez de la prueba testifical en el acto del juicio oral cuando esté ausente el acusado.

que la prueba testifical sin que esté presente el acusado en el acto del juicio oral, aunque sólo si se entiende que esto es absolutamente necesario para proteger al testigo, por lo que nos permitimos afirmar que será un supuesto muy excepcional ya que cabe proteger al testigo con otros medios sin necesidad de que el acusado se ausente, y así son varios los supuestos en los que se han adoptado diferentes medidas, dirigidas a que el acusado no vea.[38] o incluso no escuche al testigo.[39]

Otra cuestión se suscita en relación con el momento procesal en el que el juzgador debe pronunciarse sobre las medidas adoptadas por el Juez de Instrucción, a lo que responde el artículo 4.1 de la LDPTP diciendo que cuando reciba las actuaciones. Y asimismo establece dicho artículo que en este momento se pronunciará sobre la adopción de "otras nuevas" (medidas), a lo que nos permitimos contestar que no debe de haber inconveniente en hacerlo en otro momento procesal cuando las circunstancias del caso lo exijan. Incluso debe poder pronunciarse habiéndolo hecho ya anteriormente.

3.4.2.3 La obligación del juzgador de facilitar la identidad del testigo – En relación con las medidas de protección del testigo, la fase de juicio oral se distingue principalmente de la fase de instrucción en la obligación ("deberá", artículo 4.3 de la LDPTP) del juzgador de facilitar el nombre y los apellidos del testigo cuando lo soliciten cualquiera de las "partes" (artículo 4.3 LDPTP) y su declaración sea estimada "pertinente". Esto quiere decir que un motivo legal en el que basar la negativa a facilitar la identidad del testigo se encuentra en la falta de "pertinencia" de su declaración, que en la práctica admite un amplio margen de apreciación. Dada la obligación que tiene el juzgador de facilitar la identidad del testigo, puede ser oportuno adoptar la medida de *protección policial* a la que se refiere el artículo 3.2 de la ley, y que se condiciona a que sea solicitada a instancia del Ministerio Fiscal (además de que concurra la circunstancia de peligro grave).

Resulta que este artículo 4.3 de la LDPTP obedece a la necesidad de garantizar el derecho de defensa, que se vería perjudicado cuando por no conocerse la identidad del testigo dicha defensa no pudiera alegar ni probar su falta de credibilidade. Pero entonces, ¿qué sentido tiene preservar la identidad del testigo en la instrucción si luego, justo antes del acto del juicio oral, se da a conocer su identidad? Aunque se interprete que esta posibilidad de conocer la identidad del testigo sólo va dirigida a "la parte"que lo solicite y por lo tanto permanezca sin identificar respecto a los demás, há de reconocerse que su identificación puede poner en peligro al testigo y por lo tanto será oportuno que el juzgador pondere "A instancia del Ministerio Fiscal" (artículo 3.2 fr. 1 de la LDPTP) la necesidad de brindarle *protección policial*. Vemos aquí que el legislador ha querido primar el derecho de defensa sobre la protección del testigo, y es que no le quedaba más remedio que optar por una u otra posibilidad. De todos modos la letra del artículo 4.3 párr. 1 de la LDPTP al decir "si cualquiera de las partes solicitase... el conocimiento de la identidad..." del testigo, permite interpretar que estamos ante un derecho renunciable y por tanto que por el hecho de renunciar a conocer la identidad del testigo de cargo no se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías ni tampoco el derecho de defensa. Por otro lado, otra de las dificultades que plantea la obligación de facilitar la identidad del testigo es la confianza que éste deposita en la ocultación de su identidad y que se ve frustrada cuando en la fase de juicio oral se da a conocer. ¿Acaso no serán reticentes también los testigos a de-

(38) Así STS de 8 de julio de 1994, Ar. 6283.

(39) Así STC 64/1994 de 28 de febrero, *BJC* núm. 155.

clarar cuando sepan que en la fase de juicio oral el juzgador está obligado a facilitar su identidad?

3.4.2.4 Otras medidas de protección de la LDPTP – Otras medidas de protección del testigo a que se refiere la LDPTP se encuentran recogidas en los artículos 3.1 y 3.2 de la misma, referido el primero a la prohibición de tomar imágenes del testigo y la retirada del material fotográfico o de cualquier otro tipo para preservar su identidad[40]. Por su parte el artículo 3.2 de la LDPTP, además de la protección policial prevé otra serie de medidas que referidas al testigo pueden concretarse en las siguientes: documentos de nueva identidad, es decir, nuevo Documento Nacional de Identidad y nuevo pasaporte, y ayudas económicas para cambiar de residencia o lugar de trabajo. En la última frase del artículo 3.2 de la LDPTP parece que el legislador ha querido explicar el contenido de esa protección policial "a instancia del testigo" cuando dice que "podrán solicitar (los testigos y peritos) ser conducidos a las dependencias judiciales, al lugar donde hubiere de practicarse alguna diligencia o a su domicilio en vehículos oficiales y durante el tiempo en el que permanezcan en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado". Por un lado señalar que si bien el legislador contempla expresamente medidas de protección del testigo, ello no significa que cierre la puerta a otro tipo de medidas que puedan adoptarse precisamente para su mejor protección. Por outro lado, debe mencionarse un grave incoveniente que consiste en la falta de medios de la Justicia española para dar cumplimiento a estas previsiones legales sobre protección de testigos en el processo penal.

(40) Téngase en cuenta el artículo 20 de la CE sobre el derecho a la propia imagen y información, el artículo 18 de la CE sobre el derecho a la propia imagen y el artículo 20 de la LO 1/1982 de 5 de mayo de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.2

POLÍTICAS (CRIMINAIS) E O PROBLEMA DAS DROGAS: EVOLUÇÕES E TENDÊNCIAS NA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA[1]

H. J. ALBRECHT

Resumo: Em texto de grande objetividade e clareza o autor demonstra os caminhos percorridos pela política criminal alemã em relação aos controles de drogas, inclusive analisando o papel da Suprema Corte Alemã na matéria.

Palavras-chave: Política criminal; Entorpecentes.

Adotar qual(is) política(s) para resolver o problema das drogas? Questão controvertida, que deu lugar a vivas polêmicas, particularmente na Alemanha. Mas, é dos debates e das controvérsias dos anos 80, que se depreendem certas tendências atuais e algumas evoluções significativas na política alemã. O que é marcante nesse quadro é a diversidade, a característica plurilinear destas evoluções e tendências.[2] Neste campo, a jurisprudência da Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) foi decisiva, cabendo lembrar que ela teve de se pronunciar sobre a questão de estar ou não o legislador autorizado a tipificar a conduta da posse de *cannabis* para fins de consumo pessoal.

O debate atual projeta sua importância tanto nas questões atinentes aos problemas de normatividade, quanto aos problemas de fundo e é marcado, sem dúvida, pelo espírito inovador. As questões e polêmicas dos anos passados, que estavam mais ligadas aos problemas dos custos e da eficácia das estratégias repressivas, com o sabor pragmático característico da Alemanha nos anos 70 e 80 – como decorrência dos debates políticos pela postura dos Países Baixos –, parecem-me, agora, adormecidas. É verdade que as questões referentes às conseqüências reais de uma política penal-proibitiva não foram resolvidas, o que nos faz meditar quanto à sua capacidade de alcançar respostas concretas ou soluções não equivocadas.

Já no que concerne às soluções aplicáveis ao problema das drogas, a pesquisa ganhou novo ânimo, para dizer o mínimo, o que pode ser testemunhado por toda uma sorte de propostas e orientações diversas, não raras vezes contraditórias.[3] Desde soluções ditas radicais, como o recrudescimento das regras proibitivas,[4] até a descriminalização total seguida de um controle baseado na legislação de fiscalização de alimentos e produtos farmacêuticos,[5] tudo foi discutido numa babel de soluções de compromissos.[6] E cada

(1) Tradução de Fauzi Hassan Choukr, doutorando em direito processual penal/USP e 1.º Secretário do IBCCrim.

(2) Para um resumo mais completo, veja-se Böllinger, 1997, p. 153-168.

(3) Vejam-se as contribuições em Adams *et al.* (1989) e as de Neumeyer, Schach-Walch (1992), bem como as estratégias e opções apresentadas em Böker, Nelles (1992).

(4) V. Inciardi (1986).

(5) Schmidt-Semisch, 1992, p. 140-146; Lüderssen, 1994, p. 508 *et seq.*

(6) Compare-se, p. ex., Kreuzer, 1992, p. 179-188.

uma das respostas dadas ao problema das drogas, o foi de forma isolada, cabendo lembrar que a cada solução corresponde uma visão específica do problema que lhe dá fundamento.

Estas concepções são consideradas como derivações dos conceitos correspondentes, como o próprio conceito de droga, do consumo e, sobretudo, das origens e causas profundas desse problema, sendo que estas preocupações permanecem, ainda, em aberto. Esta análise é válida tanto para os riscos médicos e os impactos sociais do consumo, como para as modalidades de controle colocados para o toxicômano em si mesmo ou para a sociedade. A isto se soma uma quantidade de diferenças consideráveis no plano da avaliação e compreensão das estratégias controladoras no que atine à prevenção, terapia, repressão, condutas e substâncias entorpecentes.

Se é possível verificar em certos campos efeitos reais, como a legislação de estupefacientes e do controle de drogas no cenário internacional, em outros tal verificação não é assim tão evidente.[7] O que é certo é que a legislação de entorpecentes concerne, em primeiro plano, aos consumidores e toxicômanos. O fenômeno possui uma dimensão verdadeiramente geral, como pode ser comprovado na Alemanha e em outros países. Estatísticas policiais e judiciais demonstram claramente que os acusados e os condenados por infração a estas leis são, na maior parte, também consumidores de drogas.[8]

O relatório do governo alemão sobre a atuação dessa legislação específica enfatiza que entre 1985 e 1987, as condenações em virtude da posse de pequenas quantidades destinadas ao consumo pessoal foi de 80% em comparação ao conjunto de casos processados com base na lei antitóxicos, tendência esta largamente confirmada pela análise mais recente de 1988-1990.[9] É verdade que a gama de casos arquivados com base no princípio da oportunidade (§§ 153, 153[a] do Código de Processo Penal/StPO) ou em virtude dos §§ 45, 47 JGG (lei relativa aos menores) é também considerável. Até o encerramento dos dados estatísticos, 90.656 julgamentos haviam sido recenseados, dos quais 60.068 eram de condenação e, entre eles, 12.219 relativos a posse de *cannabis* com peso até 5g, e 11.853 por posse de quantidade da mesma droga até 50g. A forte pressão exercida pela legislação contra os consumidores e toxicômanos deve ter conseqüências falaciosas, notadamente no plano das instituições carcerárias, vez que o número de toxicômanos no seio dessa população cresceu sensivelmente ao longo dos anos 80.

Também a progressão significativa de pessoas condenadas por terem incorrido na legislação em questão, caminha paralela à progressão das taxas de população carcerária de nacionalidade estrangeira. As conseqüências podem ser observadas em todo desenrolar da execução das penas. Citarei apenas as mais conhecidas, como a restrição de cumprimento da pena em regime aberto, o problema do comércio de drogas no meio carcerário e, como resposta a este quadro, um necessário aumento dos mecanismos de controle.

Esta evolução é causada pela prática do cálculo da pena nas hipóteses de posse, da importação e do tráfico de drogas em quantidades consideráveis. Nesses casos, as condenações a penas privativas de liberdade de longa duração constituem a regra. Desta maneira, em meados da década de 90, 30% do conjunto de

(7) A abordagem de Winkler (1991, p. 11-16) é por demais simplista, em especial quando o autor, sem conhecimento do estado da pesquisa e da literatura concernente ao tema, afirma de maneira lapidar: a questão referente ao direito penal das drogas está diretamente ligada à apreciação subjetiva de seu sucesso ou fracasso. Quer uma, quer outra, se deixa determinar com exatidão".

(8) Para um resumo, Albrecht, van Kalmthout, 1989.

(9) BundestagsDS 12/2838 de 17.06.1992.

condenações são relativos a penas de encarceramento de duração variada entre dois a cinco anos, e um quarto das penas privativas de liberdade de cinco a dez anos é causado por processos de infração à lei de estupefacientes (devendo ser levado em conta que as infrações contra a legislação de entorpecentes não representam mais que 4% em relação ao conjunto de infrações para as quais se prevê pena privativa de liberdade).

A recomposição da população carcerária é corolária do quadro apresentado.[10] Os efeitos sobre o sistema penal, notadamente sobre as instituições responsáveis pela persecução, são igualmente importantes: a ação penal, com efeito, sofre desequilíbrio quando se trata de consumidores e pequenos traficantes.[11] Mais ainda. A legislação de estupefacientes tal como é praticada nos dias de hoje, deve, evidentemente, conduzir a fortes ilegalidades de tratamento, em especial nas hipóteses de arquivamento com fundamento na pequena quantidade da droga.[12]

Assim, não se hesita atualmente em fazer a ligação entre, de um lado, a prática repressiva e, de outro, os riscos para a vida/saúde advindo de um consumo regular de ópio e derivados (toxicomania crônica). Na Alemanha, praticamente todos os acidentes fatais supervenientes a um consumo de drogas ilícitas, são devidos a um consumo regular de heroína, então ingerida em "overdose", cujo consumo é sempre arriscado quando de aplicação intravenosa. As dificuldades de otimizar programas sanitários aparecem quando da necessidade de se adentrar nas "zonas" e na subcultura das drogas, em especial quando impliquem em estratégias médico-terapêuticas que venham a exigir mudança de comportamentos habituais. Este, na verdade, é o preço que se paga pelo isolamento e marginalização causados por uma repressão maciça, por assim dizer, o enclausuramento do cenário criminoso. Pode-se indagar, então, se há interesse em resolver o problema de fundo. A questão é, sem dúvida, retórica.

Manter o atual quadro é reforçar os sofrimentos e encorajar as motivações que precisamente servem de justificação à terapia da abstinência. A criminalidade e a prostituição, afirma-se, constituem fenômenos concomitantes a todos os mercados negros da droga. A droga custa caro e, entre os consumidores, especialmente os de heroína, significa dispender somas cada vez mais volumosas, exigências estas que certos grupos e categorias sócio-profissionais não podem satisfazer utilizando as vias legais. Isto é válido para os consumidores não só de ópio, mas para todos os que se encontram nessa situação de necessidade. Nas hipóteses em que o consumidor não tem uma estrutura mental que lhe possibilite reagir com alguma flexibilidade, só restarão três opções, a saber: o pequeno tráfico, infrações contra o patrimônio e a prostituição, sendo a pauperisação deste contexto sua expressão mais dramática. Para completar, vem se agregar ao quadro, em meados dos anos oitenta, um outro problema, a AIDS.

A luta contra as drogas não conduziu apenas à criação de tipos penais na lei de estupefacientes mas, também, alterou estruturas do processo penal. Mas não há uma segurança concreta que essas alterações tenham sido derivadas do direito penal material. As infrações contra as drogas constituem apenas um aspecto do direito penal moderno, a dizer, um direito penal que privilegia, às vezes, as estratégias preventivas e o controle dos riscos, e para o qual se deixa observar uma reprovação ainda tímida, ao menos no que tange aos abusos policiais. Em razão de seu forte potencial de mobilização, a "luta"

(10) Para uma visão completa e exaustiva, Albrecht, 1997, p. 31-39 (sobretudo 82 e seguintes)

(11) Kreuzer, 1992, p. 183.

(12) Para esta questão, Körner, 1997, p. 289-311 (em especial 291 *et seq.*)

contra as drogas teve um efeito estimulante no debate acerca das grandes orientações da política criminal atual. As infrações contra a legislação de estupefacientes constituem, com efeito, delitos e crimes "sem vítima" com uma ação penal dita "tradicional", sujeita a avanços e retrocessos. Pode-se compreender nesse quadro uma abordagem proativa, no exato sentido da fórmula que diz "sem vítima, sem persecução", que acaba por assumir valor de princípio. A reestruturação dos princípios fundamentais do processo penal e as modificações das técnicas do inquérito foram apenas conseqüências lógicas nesse contexto. Observa-se, atualmente, uma crescente evolução na tendência investigativa de, nesses casos, não se preocupar mais com fatos, comportamentos ou suspeitas concretas, mas, sobretudo, estão elas orientadas para determinados movimentos, interação e comunicação de certos grupos ou indivíduos rotulados como "sensíveis".

A lei de combate ao tráfico ilícito de drogas (de 15.07.1992, BGBl I p. 1.302), e a lei de combate à criminalidade (organizada) de 1994, recrudesceram as técnicas investigativas, dando-lhes a base legal há algum tempo reclamadas. Isto pode ser verificado pela possibilidade de atuação dos agentes infiltrados (*undercover-agent*) e pelo emprego de tecnologias ultra sofisticadas, como a escuta, a vigilância video-eletrônica etc. O projeto de vigilância acústica ampliada (*grosser Lauschangriff*) ainda não foi alvo de apreciação, mas existe, bem como remanesce em aberto o problema da extensão do raio de ação do investigador secreto (agente infiltrado), com o intuito de saber se este agente, para proteger seu anonimato quando no interior das organizações, está autorizado a cometer infrações ou a participar daquelas cometidas pelos grupos criminosos e, em caso positivo, se haverá alguma exclusão de sua responsabilidade.

Justamente em caso afirmativo, com a autorização para a prática de crimes, aparece o paradoxo do Estado de Direito que, em nome da repressão/prevenção de infrações, permite o cometimento deles mesmos. É necessário, pois, encontrar soluções para problemas que são diretamente conseqüentes da política de drogas, seu controle e repressão. Ressalte-se, que o legislador penal elegeu uma prioridade. O tratamento destes problemas é feito com uma verdadeira legislação secundária, uma espécie de "bis" do direito penal, cabendo lembrar, que nos projetos de reforma, o tráfico ilícito de drogas e, de forma geral, a criminalidade organizada,[13] são pontos sensíveis a serem levados em conta. Como "topos" da política criminal, a criminalidade organizada foi substituída pela criminalidade das drogas. Com as reformas havidas ao longo dos anos 80, novos tipos penais foram criados – a lavagem de dinheiro (§ 121, StGB), para citar o mais emblemático – ou a pena de multa e a amplificação das possibilidades de confisco (§ 261 StGB) –, apregoados como os mecanismos para resolver o problema do dinheiro "sujo", e impedir que enormes benefícios pudessem advir do tráfico ilegal de drogas existente na escala internacional e outras formas de criminalidade organizada.

Facilitar a localização desses proveitos criminosos, tornar senão impossível, ao menos difícil a lavagem do dinheiro sujo, são apenas dois dos aspectos fundamentais de uma estratégia penal, ofensiva e combativa, atacando as condições existenciais das organizações criminosas, visando sua completa eliminação. A lei de lavagem de dinheiro (de 29.10.1993) traduz este espírito com uma disposição original e inovadora: para tornar mais difícil a camuflagem da origem criminosa do capital e fundos monetários, os meios privados devem, sob pena de serem sancio-

(13) Para uma visão do conjunto dessa evolução, veja-se Albrecht, p. 1991, p. 69-87.

nados, cooperar com a ação penal, ao que se soma o aumento da agressividade das técnicas do inquérito e da investigação, mesmo em escala internacional.

Recomendadas desde 1988 pela ONU (Conferência sobre drogas e estupefacientes), estas disposições são, em geral, repetidas pela lei de combate à criminalidade organizada,[14] temas estes que foram abordados na Convenção de Schengen, que se ocupou das formas de operacionalização dos termos daquela Conferência.[15] É verdade que uma declaração comum dos países signatários, reafirmou os princípios extraídos pelo art. 71, *al* 2. da Convenção, em especial o da obrigatoriedade da ação penal nos casos de venda e distribuição ilícitas de estupefacientes. Mas não é menos verdade que existe a possibilidade de derrogação de certos princípios e que, em alguns casos, essa derrogação é desejável. Mas, o abrandamento da obrigatoriedade da ação penal, nesses casos, deve vir acompanhada da adoção de medidas penais/administrativas tendentes a represar, se não impedir, a importação e exportação de drogas, em especial aos países signatários.[16]

O preço pago pela vitória dessa política, ultrapassa de longe os problemas ditos secundários, a saber, o mercado negro, a criminalidade organizada e a estrutura (auto) destrutiva da "cena aberta", com a pauperização que lhe é conseqüente. Doravante, as alternativas de acesso à política das drogas são extremamente reduzidas, assim como as pesquisas de avaliação das conseqüências das diferentes políticas adotadas. No entanto, é sempre possível, no campo da experimentação, voltar os olhos para opções alternativas, bem como analisar seus resultados, ainda que em searas hostis à experimentação, como na política repressiva.[17]

Posto isto, o diagnóstico é relativamente pessimista. Se não se pode dizer que há uma unanimidade na explicação dos fenômenos, há um certo consenso na forma pela qual os problemas são colocados e descritos, sem embargo das divergências de dogmas nos quais elas respectivamente se apoiam. Três opções se oferecem:

1. O Direito Penal decepcionou largamente as expectativas. A solução repressiva não é apropriada;

2. O Direito Penal respondeu amplamente às expectativas, e a solução repressiva teve o mérito de impedir uma deterioração ou agravamento do problema das drogas;

3. O Direito Penal fracassou, mas não porque é impróprio para a situação, mas porque não está suficientemente presente. É necessário, pois, aumentar a repressão.

Qual desses três balanços se aproxima mais da verdade? A escolha não é fácil. Qualquer que seja ela, tendo em vista o

(14) As novas disposições do CPP, bem como as mudanças efetuadas no direito penal material (criação de novas infrações como a lavagem de dinheiro (§ 261 StGB) ou a pena de multa (§ 43a StGB) vem a se somar à lei *Gewinnaufspürungsgestz* (lei de detecção da origem dos lucros e benefícios) que se encontra atualmente em discussão; v. Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifhtandels una anderer Erscheinungsforen der organisierten Kriminalität (lei para o combate do tráfico ilícito de drogas e outras formas da criminalidade organizada), de 15.07.1992, BGBl I, p. 1.302, bem como o comentário da comissão penal da Associação dos Advogados Alemães, em Strafverteideger, 1992, p. 29 *et seq.*

(15) Kühne, 1991.

(16) BundesratsDS 121/92, p. 84.

(17) Significativas nesse ponto as propostas de Kreuzer (1992) que sublinha (p. 179) que a legislação de drogas é irresponsável, na medida em que ante a ausência de dados confiáveis estar-se-á na impossibilidade de avaliar suas conseqüências. Suas propostas vão, então, no sentido de uma certa "imunidade" da política de drogas atuais, vez que não se pode aquilatar se a legislação em pauta é ou não eficaz.

quadro apontado, é forçoso constatar que as grandes mudanças da política (criminal) de drogas tem menos a ver com o estado atual dos debates em torno de uma política penal-repressiva que, de um lado, com o problema da AIDS e, de outro, com a tomada de consciência que as questões normativas e os problemas substanciais apontados lançam sobre o papel do Direito Penal na prevenção e consumo de drogas.

O problema da AIDS, na verdade, não foi capaz de enriquecer o debate político de aspectos e elementos substancialmente novos, quando se leva em conta que o binômio AIDS – administração de drogas por meio intravenoso, abarca um conjunto de fenômenos bem conhecidos. São elas identificadas como "riscos à saúde" que têm por origem, não a droga em si mesma considerada, mas pelas condições que determinam o consumo e para as quais a política dominante, dita repressiva, exerce uma influência de primeira ordem. Nada de novo? Absolutamente, porque a problemática da AIDS não deixou de influenciar o contexto geral. Decididamente nossa sociedade tem enorme dificuldade em enfrentar dois pânicos morais ao mesmo tempo. Em comparação com a AIDS, o ópio e seus derivados perdem muito do horror que os inspira.

As observações a propósito desse cenário são destacadas:

1. A orientação atual do controle das drogas é geradora de um certo número de efeitos secundários, às vezes não desejados e muito custosos, vez que os custos de um tratamento são desproporcionalmente elevados que as supostas vantagens de uma política proibitiva, inflexível e replicante. Os problemas relativos às drogas se decompõe, de um lado, em problemas cujas causas e origens são a droga em si mesma e, de outro lado, em problemas e nuances que são herdadas diretamente do controle. Enfim, uma política conseqüente deveria, entre outras coisas, trabalhar no sentido de reduzir as lesões que são supervenientes ao processo de abstinência, ou do abandono definitivo do consumo.

2. Entretanto, uma política conseqüente de drogas não saberia se resignar com estímulo para a abstinência como seu único objetivo. Assim, há um consenso crescente quanto à necessidade de favorecer às condições de consumo com risco reduzido.[18] Esta concepção deriva, como em outros campos similares – como a criminalidade ou marginalização – do entendimento de ser o consumo um fenômeno passageiro, verificado em certo momento da vida. Acrescente-se a isto que a distribuição legal de drogas, uma vez controlada pelo Estado, é um tema "politicamente correto".

Entretanto, à sombra do esplendor repressivo desenhado, a normalização dos comportamentos e a reação que a sociedade reserva aos consumidores de drogas não passa de uma filigrana. O princípio da proporcionalidade, que ocupa destaque cada vez maior nesse debate, interessa em primeiro lugar ao consumidor de haxixe, mas não somente a ele como, também, às estratégias visando minimizar os riscos e as soluções protecionistas, tais como a distribuição de seringas, a colocação à disposição de locais especialmente destinados ao consumo de drogas, onde se oferecem serviços de conselhos e socorros, levando-se em conta que os médicos vêem-se uma vez mais, autorizados a ministrar produtos substitutivos, tudo isso tendente a retornar o quadro ilícito para a normalidade. Enfim, se julgarmos a situação de acordo com o conteúdo dos debates políticos e das controvérsias judiciárias mais recentes, será forçoso constatar que a distribuição de morfina, heroína e cocaína não é mais um tabu.

A Corte Constitucional examinou, lembremo-nos, a constitucionalidade de uma lei admitindo como infração penal a

[18] Schuller, Stöver, 1990.

compra e a posse de *cannabis* para fins de consumo estritamente pessoal.[19] A questão principal analisada pela Corte era a de saber se tal disposição infringia ou não direitos fundamentais. Para examiná-la, os juízes lançaram mão do princípio da proporcionalidade, o que lhes permitiu colocar no contexto uma outra questão, tão ou mais importante que a primeira, que consistia em analisar se, com a incriminação (ou não) da conduta do consumo ocasional de pequenas quantidades de *cannabis*, o Estado não estaria legislando de forma excessiva e desproporcional no campo penal, na medida em que tais condutas não colocariam seriamente em perigo os bens juridicamente protegidos. Os magistrados da Corte decidiram que, em tais casos, a incriminação significaria uma violação ao princípio da proporcionalidade.

Uma vez consagrado – no seio de uma decisão que surpreende, quando analisada a primeira vista – o princípio foi imediatamente seguido de um comentário, vez que os magistrados recomendaram que os comportamentos não incriminados em virtude do princípio da proporcionalidade, deveriam ter uma sorte idêntica na lei de estupefacientes. Entretanto, observando-se com mais acuidade a decisão, e levando-se em conta que a lei mencionada já possui uma disposição importante a respeito (§ 31.ª BtMG – lei de estupefacientes), a qual permite à Justiça penal não exercer a persecução sobre condutas de menor importância, como um consumo puramente ocasional, e que deu lugar a uma prática judiciária verdadeiramente freqüente e conforme aos princípios fundamentais, conclui-se que a decisão da Alta Corte não teve nada de surpreendente.

Ao contrário, pode-se dizer que os magistrados foram inspirados por um princípio há muito admitido no Direito Penal Alemão, o qual dispõe que a pequena delinqüência, assim como os meros gestos de incivilidade não devem ser, necessariamente, objeto de persecução penal. O reconhecimento de tal princípio foi largo na edificação de políticas criminais e na persecução penal de maneira concreta. E não é por acaso que as grandes reformas processuais penais (sobretudo a do Direito Penal dos menores) são fortemente marcadas nesses casos pelo incremento do princípio da oportunidade, ou adoção de medidas de diversificação ou, ainda, pela adoção de sanções econômicas.

As considerações da Corte Constitucional não se prestam a interpretação que se deixará tentar pela conclusão errônea que, toda vez que houver um consumo e atos preparatórios, a persecução não se dará pelos atos restantes, que deveriam também ser desprezados pelo princípio da oportunidade. Bem ao contrário, aos olhos dos altos magistrados, o abandono da persecução será apenas justificável nos casos em que tais comportamentos forem marcadamente desprezíveis a ponto de não merecer a indignação ético-moral do Direito Penal. As vivas reações que se sucederam à decisão de 09 de março de 1994, foram devidas em larga medida ao fato que os magistrados insistiram na necessidade de harmonizar esse entendimento com a prática[20] da não efetivação da persecução nos casos de pequena delinqüência, isto na escala nacional, de forma que se atuasse de maneira idêntica em todos os Estados da República.

Tendo em conta, de um lado, o fato que esta postura acarretou inúmeras indagações, tanto de problemas técnicos, como de fundo, por exemplo, como se

(19) *Bundesverfassungsgericht*, Neue Juristische Wochenschrift, 1994, p. 1.577 *et seq.*

(20) Trata-se de uma descriminalização completa que, obrigatória do ponto de vista das regras e do princípio do processo, não seria de forma alguma afetada ou modificada por considerações de oportunidade. Veja-se, a respeito, Kreuzer, 1994, p. 2.400.

determina o que é pequena quantidade, se este princípio é aplicável a pequenas quantidades das drogas denominadas "duras" (o que, diga-se de passagem, não resta dúvida) e, de outro lado, que a ação penal varia muito de um Estado para outro,[21] pode-se compreender os conflitos políticos que se seguiram, acrescentando-se que tal entendimento tem um perfil muito parecido com o adotado nos Países-Baixos quanto à tolerância para o problema, chega-se à refutação da aplicação nacional de tal interpretação.

A decisão da Corte Constitucional, também denominada "decisão *cannabis*" teve, e isto é um mérito seu, o condão de colocar em pauta a perspectiva constitucional do controle repressivo de drogas.[22] Também não é menos verdade que dela surgiu toda uma série de questões e problemas de ordem e importância criminológicas. O espectro é amplo: isto é válido igualmente para a problemática normativa – criação e aplicação de normas e seus respectivos efeitos, assim como o aspecto preventivo – como para o tema do mercado negro, o dinheiro sujo e a criminalidade organizada, estas analisadas como conseqüências diretas, embora não desejadas, da repressão penal.

Decididamente, na Alemanha, a política de drogas é rica em conflitos. Seria necessário relembrar os obstáculos, verdadeiramente numerosos, quando se pensa nas abordagens e estratégias tendentes à minimização do risco médico-sanitário? Na política preconizadora da distribuição de seringas descartáveis necessitou-se de uma tomada de postura do legislador para que, ao final, se decidisse que a distribuição das seringas não constituía um estímulo ao consumo de drogas. Mas os programas de substituição, tal como a metadona, ainda são por demais controvertidos e submetidos a regulamentação que varia de Estado para Estado.[23] O mesmo ocorre com os *shootrooms*, para saber se devem ser autorizados ou tolerados. Pode-se observar, ainda que tímida, uma mudança de mentalidades. A política alemã não é mais fundada nessa cultura de refutamento categórico, cultura para a qual os programas de metadona constituem um tabu.[24]

Quanto à jurisprudência da Corte Constitucional (BGH),[25] ela contribuiu, sem dúvida, para a mudança de cultura e das mentalidades.

É necessário levar em conta que esses conflitos foram fortemente causados pela legislação de estupefacientes. Com efeito, essas disposições, muito por causa de sua fluidez e amplo espectro de abrangência, tiveram um campo de ação que cobre, por princípio, as medidas visando a diminuição de riscos. O papel que elas desempenham nas grandes controvérsias não deve ser subestimado.

Os Estados de Essen[26] e de Hamburgo[27] foram os primeiros a apresentar no parlamento projeto de Lei baseados na reivindicação de usuários para a distribuição de drogas autênticas (heroína e opiáceos). O objetivo principal era o de privar os mercados criminais de seus clientes toxicômanos, e tentar por um fim à pauperisação da "cena aberta", buscando estancar o processo de degradação. Ainda que não tenha sido coroada de êxito, essa tentativa foi levada adiante pelas autoridades policiais. Hoje, de 10 a 12 chefes de polícia de cidades com mais de 500 mil habitantes, consideram que a distribuição de he-

(21) Sobre esta matéria, Klinger, 1994, p. 2.977 *et seq*; Körner, 1994, p. 514 *et seq.*; Schneider, 1994, p. 390 *et seq.*

(22) Gussy, 1994, 863 *et seq.*

(23) Hellenbrand, 1992, p. 13-18.

(24) Sobre a modificação de mentalidades, veja-se, por exemplo, o relatório concernente ao método adotado no Estado Renânia – Westfalia, Tietze, 1990.

(25) BGH NStZ 1991, p. 439.

(26) Bundesrats DS 582/91.

(27) Bundesrats DS 296/92.

roína constitui um caminho promissor na política contra as drogas. Dois terços dos chefes de polícia de cidades com até 250 mil habitantes são favoráveis a tal experimentação.[28] No mesmo caminho, a cidade de Frankfurt pediu autorização ao governo federal, para a distribuição legal de heroína e outros produtos derivados do ópio em casos de toxicomania grave, sendo que esta opção – diga-se de passagem – é tida como totalmente concebível pela Convenção Internacional de Estupetacientes. O Governo Federal rejeitou a idéia, decisão contra a qual, a Prefeitura recorreu para a Corte Administrativa de Berlim. Considerando que os motivos expendidos pelo Órgão Federal não eram válidos, o tribunal administrativo anulou a decisão e obrigou a Repartição Federal a aceitar a proposta inicial.[29]

Para um balanço final, eu diria que a partir dos anos 90, o sistema de controle de demanda de drogas se diferencia no seu conjunto. Esta diferenciação segue uma espécie de tripartição: *cannabis*, heroína e cocaína. Em princípio, no que concerne ao consumo do haxixe, o controle repressivo encontra-se marcadamente em desuso, sendo que a decisão da Corte Constitucional reforçou a ênfase sobre as normativizações do controle. Paralelamente a este perfil regressivo e do papel do Direito Penal, pode-se observar, quanto ao controle de consumo de *cannabis*, um avanço considerável do Direito Civil e do Direito Administrativo. Há, pois, uma substituição do controle penal pelo civil e administrativo nesses casos. Já no que tange à política de controle da heroína, as estratégias médicas e sanitárias são levadas em alta consideração, igualmente ocorrendo para a metadona . Por fim, no que concerne à cocaína e, mais importante hoje, nas anfetaminas e seus produtos derivados (como o *extasy*) as condições não são as mesmas e a situação é diferente. Nesse campo, pela necessidade de aceder aos locais de distribuição e de consumo, o caminho a ser seguido parece o da repressão. O mesmo se diga em relação às drogas sintéticas.

(28) Spiegel n. 5, 27.01.1997.

(29) Veja-se o acórdão do tribunal administrativo de Berlim, 27.06.1996 (AZ VG 14 A 134.94).

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.3

SUSPENSION DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA Y PROCESO ABREVIADO. UN PROBLEMA DE CONSTITUCIONALIDAD

ALONSO SALAZAR

SUMÁRIO: 1. Consideraciones previas – 2. Suspensión del procedimiento a prueba – 3. Proceso abreviado – 4. Inaplicabilidad de la suspensión del procedimiento a prueba y del proceso abreviado – 5. Propuesta de *lege ferenda*.

1. Consideraciones previas

Al estilo del famoso[1] escritor colombiano, Gabriel García Márquez en su libro Crónica de una Muerte Anunciada, encabezo este breve comentario por su conclusión. La suspensión del Procedimiento[2] a Prueba y el Proceso Abreviado, contenidos en los numerales 25 a 29 y 373 a 375 del Código Procesal Penal,[3] respectivamente, *son inconstitucionales*. La pregunta que trataré de contestar en estas breves reflexiones, es el por qué de tal afirmación.

Es menester anunciar, que personalmente no estoy en desacuerdo con dichos procedimientos, y su utilización muchos provechos puede acasionar, no solo al imputado y víctima, sino para los posibles involucrados en un proceso penal como testigos y partes civiles, tanto como para los que directamente intervienen como agencias del poder estatal como el Ministerio Público, Defensores Públicos y Juez; sin embargo, por beneficioso que resulte un procedimiento, el mismo no tiene razón de ser, al menos en un Estado Democrático y de Derecho como el nuestro, si en pos de su utlización se sacrifica la Constitución Política, con el significado que ello implica y sin entrar en consideraciones acerca del valor de las normas de rango constitucional, pues no es esa la idea en este análisis.

El problema planteado se ubica en el § 4 del art. 25 CoPP que reza: "Para el otorgamiento del beneficio, será condición indispensable que el imputado admita el hecho que se le atribuye".

Lo anterior en relación con la suspensión del procedimiento a prueba y, en su caso en relación con el Procedimiento Abreviado, el inciso a) del art. 373 CoPP, al señalar que se aplicará el procedimiento cuando: "a) El imputado admita el hecho que se le atribuye y consienta la aplicación de este procedimiento".

Ambos textos transcritos contravienen de manera evidente y podría decirse hasta gro-

(1) Pero desde luego, guardando las distancias del caso, y sin pretender de ninguna manera comparación con tan ilustre escritor.

(2) Acerca de la crítica por la utilización del término *procedimiento* y no *proceso*, como técnicamente se considera más apropiado, veáse HOUED VEGA, Mario. *La suspensión del proceso a prueba, reflexiones sobre el Nuevo Código Procesal Penal* (obra colectiva), 1996. Publicado por la Corte Suprema de Justicia y la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, p. 147 *et seq.*

(3) Ley 7.594 del 10.04.1966 en adelante CoPP.

sera, el art. 36 de la Constitución Política, pues este señala que nadie está obligado a declarar en su contra y, es que precisamente, las normas citadas son una obligación para el imputado de declarar en su contra. En el caso de la suspensión del procedimiento a prueba, el legislador le dió a esa declaración el matiz de *"condición indispensable"*, con lo cual pone aún más de manifiesto el roce constitucional apuntado.

Houed, citando a De Olozabal[4] hace una adecuada distinción entre la *probation* y la *diversion*, institutos del derecho anglosajón a la cual remito al interesado. Interesa destacar, que la diferencia fundamental entre ambos institutos, radica en el hecho de que la *probation* consiste en una suspensión de la condena y la diversión una suspensión del proceso, esto es, sin que medie la demostración de culpabilidad del imputado. Por ello en el caso de la *probation*, de faltarse a las condiciones impuestas por el tribunal que la otorgó, la consecuencia sería la imposición de la pena, mientras que en su caso, el incumplimiento de las condiciones impuestas por medio de la *diversion*, implica el retorno al proceso, con el objetivo de determinar tanto la existencia del hecho, su antijuridicidad, así como la culpabilidad del imputado.[5]

Corresponde ahora, formular la pregunta de si las cuestionadas normas son necesarias para aplicación de ambos institutos. Mi opinión, y con ello me expongo a la crítica, es que no, pues en ambos casos se puede aplicar la ley, sin la admisión del hecho atribuido. Más bien, pareciera que esa admisión del hecho, responde más a un interés diabólico del legislador, por conocer la "verdad formal", pues en última instancia no es más que eso, puesto que sin la realización del proceso judicial y la valoración de la prueba, no se tiene certeza del conocimiento de la „verdad real" y más aún, con la celebración del juicio, no se llega más que al conocimiento de la „verdad judicial", pues muchas veces se limita la acusación por defectos en su elaboración o bien, ausencia o defectos en la incorporación de la prueba, etc. Con esto, el proceso judicial como tal, queda muy lejos de ser un proceso por medio del cual se pueda realmente descubrir la verdad, y queda más en una mera satisfacción a través de lo que denominaré, el descubrimiento de lo suficiente, que haga capaz de mantener válido y incólumne un razonamiento jurídico condenatorio; digo, condenatorio, pues la absolución (que procede aún por duda), conciliación (por acuerdo entre víctima y ofendido, avalado por un Juez), o las demás formas de terminación del proceso, no necesariamente y en la mayoría de los casos, conllevan al descubrimiento de la verdad judicial, mucho menos a la realidad.

2. Suspensión del procedimiento a prueba

¿Por qué no es necesaria la admisión del hecho para la suspensión del procedimiento a prueba, si precisamente lo que se desea por este medio, no es demostrar la culpabilidad del acusado, la cual de hecho se presume?. Más aún, la suspensión procede sin que medie acusación, lo cual obliga al Ministerio Público a describir el hecho que le *imputará* al supuesto acusado, hasta ese momento inexistente (aunque el Código dice *imputa,* es un hecho futuro, ver § 3 art. 25 CoPP), sino que por el contrario, lo que el instituto pesigue, es dar a quien se presume que cometió un hecho sancionado por una ley penal, en los supuestos en que de ser encontrado culpable, en su caso, y

(4) DE OLOZABAL. *Suspensión del proceso a prueba.* Buenos Aires : Editorial Astrea, s.f.e.Ver Houed, p. 150, nota al pie 12.

(5) La constitución del delito como un hecho típico, antijurídico y culpable, es aceptada en nuestro medio. En ese sentido se puede ver CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *La participación en el derecho penal costarricense.* 1993, p. 45 *et seq.*

de conformidad con la ley aplicable, procediera la suspensión condicional de la pena art. 59 y 60 del Código Penal,[6] la oportunidad de reparar el daño causado por el *delito.*[7] Con esa redacción, no cabe duda que incluso, existen roces constitucionales con la presunción de inocencia contenida en el art. 39 de la Constitución Política.[8] Ahora bien, si se presume cometedor del delito y además se da por sentado, que el hecho que se presume cometido por el(la) acusado(a), es un delito, ¿para qué se exige de manera indispensable, que el presunto delincuente admita que lo es? Qué rol juega esa declaración? Digo que ninguno, está de más. Por otro lado, el sin sentido de tal exigencia, se pone de manifiesto cuando el § 8 del art. 25 CoPP, establece que en caso de no prosperar la suspensión o de reanudarse el

(6) Este parece ser un *lapsus calami* del legislador, pues el Código Penal costarricense hace referencia no a la suspensión condicional de la pena, sino a la condena de ejecución condicional, situaciones que a mi manera de ver son diferentes, pues técnicamente una cosa es supender condicionalmente la pena y otra es la ejecución de la pena de forma condicional. En principio, el problema radica en que el legislador, quizás para minizar la reacción negativa del instituto que se introdujo por la nueva legislación, trató de hacer alguna relación con la condena de ejecución condicional, y por ello no advirtió la disonancia. En todo caso, el significado de la frase, debe entenderse en que la suspensión del procedimiento a prueba, procede cuando concurran los supuestos estipulados en los artículos 59 y 60 del Código Penal, para el otorgamiento de la condena del ejecución condicional, de otra forma no tendría sentido.

(7) No entro aquí en mayores cuestionamientos, simplemente dejo planteada la duda, de cúal delito habla el Código, si en este momento procesal no existe más que un hecho supuestamente configurativo de un delito y un presunto responsable. El delito se configura, de acuerdo con la opinón mayoritaria por un hecho típico, antijurídico y culpable, el cual en este momento procesal no se ha configurado, solo existe de manera presunta.

(8) No se entra a considerar, que las medidas contempladas en el artículo 26 CoPP, si se consideran estrictamente como penas, serían inconstitucionales, pues resultan impuestas sin proceso, pues el mismo se suspende.Violación más evidente del Debido Proceso, sería difícil de encontrar. Acerca del rango constitucional de la presunción de inocencia veáse LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La prisión preventiva (*límites constitucionales*) 1997. En este sentido es importante señalar lo que apunta Houed: "Muchas de estas reglas de conducta que se incorporaron en el Código Procesal Penal, como posibles obligaciones que el tribunal puede imponer al imputado como condición para otorgarle el beneficio de la suspensión del proceso a prueba y cuyo cumplimiento en un determinado plazo resulta indispensable para que se pueda extinguir la acción penal, han sido ya objeto de estudio por parte del legislador costarricense. Esto por cuanto muchas de ellas *se contemplan como penas alternativas a la prisión, de tal manera que ofrecen otras opciones para sancionar a los responsables de la comisión de un delito sin que se descriminalice un conducta* p. 154 y 155, nota 21. No obstante más adelante señala: "Se ha criticado al instituto de la suspensión del proceso a prueba esencialmente por cuanto algunos sostienen que se afectaría el debido proceso y el principio de inocencia. Sin embargo, tal como se indicó anteriormente, esta objeción resulta salvada *si se tiene presente que las reglas de conducta que se le imponen al imputado durante el período de prueba no son penas, sino son simplemente requisitos que, si se cumplen adecuadamente y se vence el plazo, darán paso a la extinción de la acción penal. No pueden ser consideradas penas bajo ningún concepto por cuanto la imposición de la pena requiere la determinación previa de la culpabilidad del individuo.* p. 159., y anteriormente el mismo autor indicó: a diferencia de la condena de ejecución condicional, *la prueba no determina una pena, ya que por razones obvias ésta sólo puede imponerse después de un juicio previo.* p. 152. El resaltado no es del original. La pregunta es pues, cuál es la naturaleza jurídica de esas medidas, son o no penas alternativas?. Dejo planteada la duda, por no ser el objeto de este estudio, baste por el momento, con el comentario al inicio de esta cita.

proceso, la admisión del hecho, no constituye una confesión.[9]

Para Maier[10] el fundamento de la exigencia es de orden práctico, se trata de impedir que el imputo deje de cumplir con las medidas impuestas, con lo cual por el transcurso del tiempo, las pruebas que originalmente existían en su contra desaparezcan o se destruyan. Se plantean dos objeciones al respecto, una en cuanto a si la manifestación del imputado resulta de la coacción por obtener el beneficio y la otra sobre la validez de la acusación que se formula sobre la confesión del imputado. A las dos observaciones se da respuesta, adecuada a mi modo de ver, pues en el primer supuesto se afirma que la coacción no sólo puede ser controlada por el juez, sino que por el defensor del imputado; a la segunda objeción se responde con el argumento de que la misma ley prevee que esa declaración no puede ser considerada como una confesión.[11] No obstante, el problema no radica en lo apuntado, sino que por el contrario, el problema se centra en el hecho de que no es una obligación del imputado, ni mucho menos del juez (que fue precisamente lo que se quiso eliminar con la introducción del modelo acusatorio)[12] el constituir la prueba en contra del imputado, sino que corresponde al Ministerio Público que es el ente acusador y que además participa de la audiencia convocada por el juez una vez formulada la acusación. Consecuentemente, si no hay pruebas, no hay acusación y sin acusación no hay suspensión del procedimiento, pues no hay procedimiento. El supeditar el otorgamiento del beneficio por razones de orden práctico como señala Maier es premiar la mala actuación del ente acusador, en detrimento de las garantías constitucionales del imputado.

Por otra parte, y pasando al plano práctico, si bien es cierto, el juez no puede basar su resolución en la manifestación del imputado como único elemento de convicción (en el caso de que se revoque la prueba por incumplimiento), una circunstancia está clara, la mente humana no puede olvidar de manera consciente, un pensamiento, por más que se desee olvidar, es absolutamente imposible de lograrlo de manera deseada, la única forma de olvido conocida por el hombre (a no ser debida a deficiencias mentales) es la involuntaria, cuanto más se desee olvidar un hecho, más presente se tiene, por consiguiente, la manifestación del imputado de haber cometido el hecho, realizada de manera libre y voluntaria, no puede ser psicológicamente apartada por el Juez en el momento de valorar el sumario y en definitiva pesará sobre la resolución final, pues en caso de duda, la misma no radicará en la autoría, sino en la prueba, puesto que la autoría ha sido confesada y solo resta establecer la responsabilidad del imputado.

No es válido en pos de la justificación de esa "confesión" del imputado, el argumento de que lo que se acepta es la especie fáctica planteada en la acusación fiscal, pero que tal hecho no implica necesariamente la aceptación de la responsablidad penal.[13] Lo anterior por dos circunstancias básicas: a) Lo que se juzga en el proceso penal son hechos, sus consecuencias jurídicas se derivan de la calificación jurídica, que un determinado ordenamiento le asig-

(9) Si eso no es una confesión, entonces ninguna manifestación del imputado lo es, pues en esencia misma, la confesión no es ni más ni menos que la admisión del hecho.

(10) Citado por Houed, p. 153 nota 20.

(11) *Lo cual ya se apuntó es un sin sentido de la ley,* ver supra nota al pie 9.

(12) SÁENZ ELIZONDO, María Antonieta. *El procedimiento abreviado, reflexiones sobre el Nuevo Código Procesal Penal* (obra colectiva), 1996. Publicado por la Corte Suprema de Justicia y la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. p. 812 *et seq.*

(13) CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura. Proceso Penal Abreviado y Derecho de la Constitución. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica* 14/99, 1997, año 9.

na a esos hechos. El Código Penal costarricense no exige que el sujeto acepte la consecuencias derivadas de un hecho, más aún, la imposición coactiva de la sentencia penal, se deriva de la no aceptación de las consecuencias del delito por parte del autor. El dolo se define en nuestro código como: "obra con dolo quien quiere la realización del hecho, tipificado, así como quien la acepta, previéndola al menos como posible".[14] Si el conocimiento de las consecuencias jurídicas del hecho, no es requisito para la realización del tipo penal, basta la aceptación de la realización del hecho típico de manera dolosa, para hacerse acreedor de la pena impuesta en el tipo, esto es técnicamente, confesar el hecho.[15] b) La aceptación de la responsabilidad penal no es una facultad del imputado, sino que por el contrario es una consecuencia de su conducta, por lo tanto, no es el imputado quien decide si acepta o no las consecuencias jurídicas del tipo,[16] sino el juez, quien le asigna al comportamiento del imputado, de acuerdo con un juicio de reproche por su conducta antijurídica, determinadas consecuencias previstas en la ley con anterioridad a la realización del hecho.

(14) Art. 34 del Código Penal.

(15) En legislaciones como la Alemana, Cf. Art. 16 StGB (Strafgesetzbuch), Código Penal Alemán, se exige que el sujeto conozca las circunstancias que pertenecen legalmente al tipo para configuración del delito, de lo contrario se excluye el dolo, pero en ningún caso se exige el conocimiento de las consecuencias legales derivadas del hecho. Cf. con ROXIN, Claus. Strafrecht AT, 3. Aufl., 1997, § 12, I, Rdn. 4, Jakobs AT, 2. Aufl., 1993, 8. Abschn., Rdn. 15 f., Jeschech/ Weigend AT, 1996, § 29, III, *et seq.*, Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 6. Aufl., 1994, p. 52 *et seq.* por exemplo.

(16) En situaciones normales, para la imposición de una sanción penal, basta con el conocimiento de la existencia de la norma jurídica (lo cual se presume, pues existe la presunción jurídica de conocimiento de la ley de forma universal, como una manifestación de seguridad jurídica) y el conocimiento de cuándo se da el caso regulado por ella. Cf. Jakobs. *El sistema de conocimiento y desconocimiento de la norma en problemas capitales del derecho penal moderno.* Libro Homenaje a Hans Welzel, Hammurabi, José Luis Depalma/Editor, 1998, p. 59.

3. Proceso abreviado

En cuanto al Proceso Abreviado, la situación es aún más grave, pues el establecer el inciso a) del art. 373 CoPP, que el imputado debe admitir el hecho[17] para solicitar un proceso de ese tipo, eso es como "entrar a un pleito de pistoleros, manos arriba". En este caso, ya no se trata de una fase previa del procedimiento,[18] sino que por el contrario, se trata del inicio de la fase condenatoria, pues qué sentido puede tener la solicitud de un proceso abreviado, cuando el hecho es atípico o media una causa de justificación o exculpación. En esos supuestos, con proceso abreviado o sin él, si la causal es procedente y debe ser alegada, en caso de no hacerse, el proceso abreviado en nada beneficia al imputado, pues eso solo puede suceder por un error judicial en virtud del principio de iura novit curia,[19] ya que el juez debió advertir en su caso que el hecho no era típico, o la existencia de la causa de justificación o exculpación, aún y cuando ni el defensor o el Ministerio Público la hubieren apuntado.[20]

(17) Esto es un contrasentido, puesto que por su naturaleza, en el proceso abreviado pretende que se "busque un trámite acelarado a través de un mero esquema, prescindiendo del aspecto dialéctico en virtud de una situación particular que lo permita, *sin menoscabar garantías constitucionales* (...)" Sáenz, p. 816. El resaltado no es del original.

(18) Como si lo es en el caso de la suspensión del proceso a prueba.

(19) Citado como principio universal por Chinchilla, p. 99.

(20) Claro dejaría mucho que decir el defensor o representante del Ministerio Público que dejara pasar inadvertidas semejantes cir-

¿Tendrá algún sentido la admisión del hecho para la aplicación del proceso abreviado? De nuevo la respuesta es no. La razón de ser de un proceso abreviado, radica en la simplicidad del caso que se pretende juzgar.[21] Así las cosas, no se puede supeditar la tramitación de un asunto a la aceptación del imputado[22] del hecho atribuido, pues eso no es simplicidad, sino más bien una fórmula simplista que pretende traspasar la obligación de demostrar la culpabilidad del Estado (art. 39 de la Constitución Política) al imputado,[23] a cambio de la "posibilidad de que se le reduzca la pena en un tercio del mínimo según el tipo aplicable". Es decir, simple y llanamente se le invita a confesar, no se le garantiza una valoración objetiva de su confesión, pues la misma no tiene ningún valor probatorio en su contra,[24] tampoco se le garantiza una tramitación abreviada y por último, su solicitud debe se avalada por el Ministerio Público o Querellante pues debe mediar acusación.[25]

El problema fundamental radica en el hecho de que la confesión misma, o admisión del hecho como el Código la denomina, por sí misma y de manera aislada, no puede ser el elemento que de pie a una sentencia condenatoria, pues se requieren, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, otros elementos probatorios, que unidos a la confesión puedan dar sustento a la condena e incluso, que esos elementos (sin la confesión) constituyan elementos de prueba suficientes. Con ello, no se puede más que admitir, que la confesión está demás y no tiene mayor sentido, yo lo veo como un engaño al imputado, es una confesión a cambio de nada concreto, sino que conserva por ello una mera espectativa de recibir un beneficio pero sin ninguna garantía. Incluso, se le pide que admita el hecho que se le atribuirá, pues es posible solicitar el proceso abreviado sin que medie acusación, es decir, confesar a ciegas (ver art. 374 CoPP).

La posibilidad otorgada al imputado de recurrir en casación, deja la duda de si la sentencia puede serle perjudicial, de otra forma sería para el imputado irrecurrible por ausencia de gravámen.[26] Surge enton-

cunstancias, puesto que señalarlas les es obligatorio en virtud del rol que desempeñan y el supuesto conocimiento jurídico que se les atribuye.

(21) Lo anterior es aún más claro, si se toma en cuenta que el CoPP contempla un procedimiento especial para asuntos de tramitación compleja, art. 376 *et seq.*

(22) No es válido el señalar que se trata de una confesión *in limine,* en este aspecto me remito a lo expuesto supra, al tratar el tema de la admisión del hecho en la suspensión del procedimiento a prueba y la posterior reanudación del procedimiento por inobservancia del probado, en relación con los requisitos establecidos en la prueba.

(23) No debe perderse de vista, que el artículo constitucional señala como requisito para la imposición de una pena, la obligación por parte del juzgador y por ende el Estado, de *la necesaria demostración de culpabilidad.* Misma obligación contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 2.

(24) El dicho del acusado no es un medio de prueba que de manera individual y por sí mismo, de manera aislada, pueda ser suficiente para dar sustento a la culpabilidad del acusado, más bien es considerado un medio de defensa. Así el Voto 2758-95 tanto como el voto 2581-93 ambos de la Sala Constitucional. En cuanto a la necesaria demostración de culpabilidad del imputado ver votos 1439-92 y 1739-92 también de la Sala Constitucional.

(25) Aunque, al igual que la suspensión del procedimiento a prueba, procede la solicitud antes de que se plantee la acusación penal. Cf. art. 374 CoPP.

(26) "(...) no debe perderse de vista que el límite del derecho a recurrir lo establece el interés del recurrente respecto a la necesidad de salvar un agravio, al contrario, "donde no existe agravio el recurso no procede" (sala tercera, Nâ 233 F de las 15:20 horas del 19.11.1985). Así, la Sala en forma reiterada ha mantenido la tesis, aceptada por la doctrina, de que no obstante una nulidad sea de carácter absoluto, sólo debe declararse cuando su reconocimiento conlleva algún interés procesal (así, sala tercera, V-182 F de las 10:40 horas del 1â de setiembre de 1989, V-330 F de las 9:00 horas del 09.11.1990 y V-

ces la interrogante, de que si el imputado confiesa el hecho, por la sencillez del mismo, se somete a un proceso abreviado, la pena no puede superar la solicitada por lo acusadores, y en principio, los derechos de la víctima quedan salvaguardados (aunque de manera parcial), pues su criterio no es vinculante para la ejecución del procedimiento (ver art. 374 y 375 CoPP). ¿De dónde puede surgir la legitimación impugnaticia del imputado si carece de interés para impugnar? Tendríamos que admitir que el acordar el recurso de Casación para el imputado en este supuesto, no es más que un formalismo para cumplir con el requisito de impugnación de toda sentencia condenatoria, contemplado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no produce ningún efecto práctico, pues aún y cuando la sentencia adoleciera de vicios graves, por no causar ningun perjuicio al imputado, no sería recurrible.[27] No es válida la observacion de Chinchilla, quien señala que el imputado puede arrepentirse una vez dictada la sentencia condenatoria y ejercer su derecho de impugnación, pues precisamente, al haber confesado el hecho pura y simplemente, la pena impuesta, que es en principio acordada e incluso puede ser reducida, no le infringe ningún gravámen y por lo tanto, su impugnación carece de interés.[28] Ese supuesto sólo sería posible, si el imputado no confiesa, pues es ese caso, su alegato de inocencia, precisamente es el que le legitima para impugnar, pues a su saber y entender, la sentencia objetivamente lesiona sus intereses procesales.[29]

Por otra parte pregunto, ¿cual proceso penal, resulta complejo, si a quien se le imputa la acusación, admite llanamente el hecho? Debemos tomar en consideración que para formular la acusación, no basta con la simple manifestación del imputado, sino que otros elementos probatorios deben conducir a señalarlo como presunto responsable. Eso es tan simple de demostrar como el siguiente ejemplo: Una persona, se presenta ante la opinión pública (por no decir fiscal o juez penal) y afirma haber cometido un homicidio, explicando con lujo de detalles la forma en que perpetró el hecho, aporta incluso fotografías del cadáver y la ropas de la persona supuestamente asesinada, impregnadas de sangre (que no corresponde a la del confesante), pero, el cadáver nunca aparece. Se le podría condenar con solo esos elementos probatorios, o necesariamente se requiere de la comprobación de que el supuesto muerto alguna vez vivió y que fue, quien se dice asesino, quien lo mató? Pues bien, de la misma manera, si existe a la inversa un cadáver, y no se

42 F de las 9:15 horas del 23.01.1992). *Como consecuencia de lo anterior, para fundamentar debidamente un motivo de impugnación conforme al art. 477 ibídem, sea por vicios in procedendo o in iudicando (art. 471, incs. 1 y 2), debe precisarse el interés procesal que se tiene, condición de impugnabilidad subjetiva que se omite en el presente recurso, donde ni por asomo se invoca un posible agravio procesal o material para el impugnante, emergente de la resolución recurrida.* (...) "Es evidente – dice la doctrina – que si no existe interés, tal cual lo aprecia la ley, la actividad impugnativa del sujeto carecería de un motivo que justifique una utilidad procesal y, como consecuencia, se entorpecería el normal desarrollo del proceso con una actividad inútil" (AYAN, Manuel. *Recursos en materia penal.* Argentina : Editora Córdoba, 1985, p. 87)." Sala tercera de la Corte Suprema de Justiça n. 177 de 9:25 hrs. del 22.05.1992.

(27) Si se desea ampliar sobre el tema de la Legitimación impugnaticia en el recurso de casación ver Salazar Rodríguez, Luis Alonso. *El recurso de casación penal por el fondo (Un análisis jurisprudencial).* Tesis de grado para obtar por el título de licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica, 1994.

(28) Queda a salvo el derecho de recurrir de las demás partes, en caso de que la pena impuesta sea reducida por el juez en más de un tercio del mínimo aplicable, en caso de recalificación del hecho o en caso de que no se contemple en la sentencia el acuerdo reparatorio del daño.

(29) Cf. Chinchilla, p. 104.

logra determinar de manera fácil el motivo del crimen, el instrumento u objeto por medio del cual se le lesionó hasta producir su muerte, la forma en la que llegó hasta el sitio en donde se halló, ni el presunto responsable, en principio, ese es un caso de tramitación compleja, pero si el imputado confiesa el hecho (en dónde está la complejidad? desapareció!).

Por ello, el que un proceso sea simple o no, no puede hacerse depender de la confesión por parte del imputado, sino más bien, de circunstancias objetivas por medio de las cuales su resolución resulte simple y por ese motivo no se requiera de una tramitación compleja.[30] De ahi, que la apuntada exigencia de aceptación del hecho, no es más que una inconstitucional obligación para el imputado, con el propósito de aliviar un poco la carga procesal que la Constitución Política le ha atribuido al Estado, como una garantía procesal para el acusado. En ese sentido, no debemos nunca olvidar las palabras de Franz von Lizt quien denominó el Código Penal como "La Carta Magna del Delincuente".[31]

Esta formulación del proceso abreviado, por irracional, conduce al igual que ya se analizó supra, al sin sentido de afirmar que en caso de no prosperar el procedimiento y reenviarse el caso para el proceso común, la admisión de los hechos no puede considerarse como una confesión, aqui me remito a lo ya expuesto.

Claro que la obligación de declarar contra sí mismo es inconstitucional, no resulta inconstitucional que el imputado de manera voluntaria lo haga, desde luego eso es una facultad que el imputado puede utilizar si así lo desea. El problema de inconstitucionalidad apuntado se ubica en la exigencia de esa declaración para hacerse acreedor de la aplicación de un proceso abreviado y la eventual reducción de la pena y no en el acto por sí mismo, lo otro sería negarle al imputado la posibilidad de confesar su ilícito y con ello expiar su culpa, lo cual es absolutamente irracional.

4. Inaplicabilidad de la suspensión del procedimiento a prueba y el proceso abreviado

Finalmente, me resta solo hacer una observación y, es precisamente el problema de la aplicabilidad de los citados procedimientos, de acuerdo con lo estipulado por el art. 8 inc. 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicha norma establece: "Los funcionarios que administran justicia no podrán:

1. Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitarios vigentes en el país"

Así las cosas, el problema se centra en que los órganos que administran justicia, se encuentran imposilibilitados de aplicar los citados procedimientos y, por el contrario, tienen la obligación jurídica de no aplicarlos. La objeción fundamental a este planteamiento se centra en el hecho, de que precisamente, ambos procedimientos son dos de los principales estandartes en defensa de la cuestionada nueva legislación procesal penal. Eso es una verdadera paradoja, por un lado los institutos de comentario son vistos por la práctica forense, la opinión pública y demás sectores involucrados en la administración de justicia, como mecanismos tendientes a descongestionar[32] y "huma-

(30) "Podemos decir que es una, desviación" a la que se recurre para abandonar el *iter* ordinario, que resultaría inoperante por sus características *ante situaciones jurídicas cuya sencillez no exige un extenso trámite,* sino que más bien requiere de una suerte de, tutela diferenciada. Así Sáenz, p. 815. El destacado no es del original.

(31) En este sentido puede consultarse ROXIN, Claus. Strafrecht Allgemeiner Teil. 3. Auflage, 1997, § 5, I, Rdn. 3.

(32) Cf. con Sáenz p. 812 *et seq.* y Houed p. 145 *et seq.*

nizar"[33] el proceso, y por otro lado, las inconstitucionalidades apuntadas, por más que se quieran obviar, resultan evidentes. No queda más que admitir, que el yerro debe ser enmendado, la pregunta es como hacerlo, sin lesionar el de por sí lesionado prestigio de nuestro legislador y en los ultimos años también cuestionado Poder Judicial. La respuesta es tan simple como el vicio.

5. Propuesta de *lege ferenda*

Como alternativa a las apuntadas inconstitucionalidades de CoPP, existen dos soluciones, una la más sana y por supuesto la mejor, es que la Sala Constitucional declare inconstitucionales y por lo tanto inaplicables:

Art. 25 Copp: "Para que el otorgamiento del beneficio será condición indispensable que el imputado admita el hecho que se atribuye".[34]

Art. 373 inc. a) "El imputado admita el hecho que se le atribuye".

Mientras la Sala no declare la inconstitucionalidad de dichas frases, corresponde a los órganos que administran justicia, en virtud de lo expuesto en el aparte b), inaplicar dichas frases y formular la consulta respectiva para que se proceda conforme con lo dicho, puesto que la Sala Constitucional no puede actuar de oficio.

(33) Así Chinchilla, p. 97 *et seq.*

(34) La frase que señala que "la admisión de los hechos no podrá podrá considerarse como una confesión", no puede ser declarada inconstitucional por que no lo es, sin embargo, una vez declarada la inconsitucionalidad apuntada, no tiene ningún sentido y se debe tener por no escrita.

1.4

PRIMEROS COMENTARIOS A LA LEY 17.016 DE 22.10.1998 EN LOS ASPECTOS ATINENTES A LAS NUEVAS TIPIFICACIONES DEL LAVADO DE DINERO Y LAS CARGAS DE VIGILANCIA DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS

RAÚL CERVINI

SUMÁRIO: 1. Antecedentes – 2. Delito de lavado de dinero – 3. Responsabilidad administrativa de las entidades financieras – 4. Alcance de las cargas de vigilancia de las entidades financieras – 5. Conclusiones sobre la nueva legislación uruguaya.

1. Antecedentes

1. Recientemente el Poder Ejecutivo del Uruguay promulgó la Ley 17.016 por la cual se modifican, amplían y actualizan las disposiciones del anterior Decreto-ley sobre Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas n. 14.294 de 31.10.1974. Entre las innovaciones que trae la nueva ley se encuentra precisamente el delito de lavado de dinero. Es decir, que entre las grandes orientaciones legislativas que se encuentran en el derecho comparado respecto de la ubicación sistemática de las normas sobre lavado de dinero, Uruguay optó por incorporarlas en la ley especial que regula todo lo atinente al tema de los estupefacientes.[1]

Debe recordarse que Uruguay aprobó el 07.09.1994 la ley n. 16.579 incorporando a su legislación interna los lineamientos de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de Viena de 1988.[2] A consecuencia de dicho acuerdo multilateral, contrajo – entre otros – el compromiso internacional de contemplar expresamente en su legislación las actividades del blanqueo, conversión y transferencia de activos y bienes procedentes del narcotráfico (art. 3.2 de la Convención).

(1) Existen tres grandes orientaciones legislativas. En la mayoría de los casos el blanqueo o lavado de capitales se sanciona en el Código Penal, ya sea acotando su alcance al caso del narcotráfico, o extendiéndolo a otras manifestaciones delictivas, a vía de ejemplo: Francia, Italia, Suiza, Colombia, etc. Outro posible modelo consiste tipificar estas conductas mediante una ley especial que bien regule íntegramente el problema de la droga, o contemple en forma exclusiva el tema del lavado; es el caso de Estados Unidos, Alemania, y el mismo Uruguay. Finalmente, México concede a la figura del lavado un tratamiento codificado especial, contemplando el delito dentro de su Código Fiscal. Sobre el tema, in extenso: CERVINI, Raúl, TERRA DE OLIVEIRA, William y GOMES, Luíz Flávio: *Lei de lavagem de capitais.* San Pablo : RT, 1998, p. 185 *et. seq.*

(2) Anteriormente, en la Reunión de Bancos Centrales de Viena 1971, los representantes de la autoridad monetaria del Uruguay manifestaron su adhesión (punto 4) a la Declaración de Principios de Basilea de 1988.

Los convenios y acuerdos multilaterales hemisféricos y muy especialmente las recomendaciones de CICAD-OEA plasmados en los reglamentos modelos, en cuya elaboración Uruguay tuvo muy activa participación técnica y política, predisponían hacia idéntica necesidad de lege ferenda.[3]

2. En el decurso de preparación de la ley – y ya elaborados sus primeros borradores por técnicos de la Pro-Secretaría de la Presidencia – fueron consultados informalmente algunos profesores de Derecho Penal y ejecutivos de la actividad bancaria. Muchas de las sugerencias realizadas fueron tomadas en cuenta, otras ignoradas. En todo caso, estas opiniones sirvieron para que desaparecieran del texto proyectado algunos errores técnicos y soluciones legales abiertamente inconvenientes o lesivas a la seguridad jurídica, por ejemplo: la colaboración eficaz con las autoridades judiciales, delación premiada, posibilidad de que prosperara una solicitud de cooperación judicial penal internacional de relevamiento de secreto bancario en ausencia de doble incriminación, comunicación obligatoria de transacciones financieras consideradas "sospechosas", el uso de las infelices expresiones como "a sabiendas o debiendo saber" que se traducían en insostenibles tipos de mera responsabilidad objetiva, etc.

Los Capítulos de la Ley vinculados más directamente a la actividad financiera y por ende donde se concentran los artículos que pueden considerarse de mayor interés a los efectos de esta exposición son: el *Capítulo IX* (arts. 54 a 59 y 61, donde se define legalmente la figura base del delito de lavado o blanqueo de activos procedentes del narcotráfico y figuras conexas, se consagran formas de encubrimiento personal y real y se plasma con cierta ambigüedad el principio general de la culpabilidad), *Capítulo X* (arts. 62 a 67 que tratan de las medidas cautelares, decomiso, derechos de los terceros de buena fe), el *Capítulo XII* (arts. 71 a 74 que refieren a la responsabilidad administrativa de las entidades financieras y a las cargas de debida diligencia y de conocimiento del cliente) y *Capítulo XIII* (arts. 75 a 80, la cooperación jurídica internacional en asuntos penales).

El *Capítulo X* (cautelares) salvo ciertos detalles de técnica jurídica no ofrece mayores dificultades, siendo particularmente acertada la redacción del *Capítulo XIII* donde se reiteran medulares principios que impulsó Uruguay en varios acuerdos de cooperación penal suscritos con anterioridad. En particular se ratifica el principio de la primacía de la ley procesal y sustantiva de la República, permaneciendo inalterada, por consiguiente, la estructura y garantías del Secreto Bancario nacional con todas las consecuencias que proyecta su estatuto

(3) Esse contexto multilateral fue acompañado de una trama de acuerdos bilaterales de Cooperación Jurídica Internacional en Asuntos Penales, varios de ellos ya ratificados, signados por Uruguay con Estados Unidos, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Bolivia, Paraguay, Brasil y Venezuela. Alguns de estos textos refieren principalmente a instancias de cooperación judicial internacional en la lucha contra el narcotráfico y traducen una estructura de principios que el textos en análisis recoge adecuadamente. Tampoco puede desconocerse la influencia de una copiosa legislación extranjera sobre el mismo tema, dentro de la cual aparecen como referencias necesarias la modificaciones introducidas al Código Penal Suizo (CPS) en los arts. 305 bis y 305 ter, los Estatutos Penales del Código Federal de los Estados Unidos sobre Lavado de Dinero y Normas Conexas de mayo de 1993, las leyes alemanas de julio del' 92 y octubre de 1993, la ley chilena de setiembre de 1994, la ley mejicana sobre Regulación de Instituciones de Crédito de diciembre del' 94, y otros muchos ejemplos. Baste decir que, según un reciente informe del ICEPS (M. 123-998) en los últimos 10 años 34 países han legislado sobre este tema.

en el ámbito adjetivo y sustantivo de la entreayuda penal internacional.[4]

2. Delito de lavado de dinero

1. Originalmente, la jurisprudencia uruguaya con el aval de un importante sector doctrinario confluyó en la punición del lavado de dinero ilícito como delito de encubrimiento, aunque en este sentido los antecedentes son escasos.[5] Y ello por cuanto evidentemente el lavado comporta una ayuda al aseguramiento del beneficio producido por el delito principal.[6] Por lo demás muchas de las conductas descriptas en el art. 197 del Código Penal Uruguayo son análogas a las figuras de lavado generalmente previstas en el derecho comparado. Naturalmente esta tesitura obligó a elaborar variados desarrollos jurídicos complementarios, cuyo detalle excede la propuesta de este trabajo.[7]

(4) Los Tratados de Cooperación Judicial Internacional en asuntos penales más modernos y garantizadores, por ejemplo el ratificado entre Uruguay y Estados Unidos, y el Proyecto de Tratado entre Uruguay y la República Federativa de Brasil en el ámbito bilateral, así como el Proyecto de Protocolo de Cooperación Judicial Penal Internacional elaborado para el Mercosul, parten del supuesto de que toda alternativa de cooperación jurisdiccional internacional, cualquiera sea la modalidad delictiva involucrada, se debe estructurar en base a tres planos fundamentales que deben mantenerse en un constante balance dinámico. Esto se debe reflejar en la necesaria tensión entre los intereses e una eficaz cooperación jurídica internacional en equilibrio con el reconocimiento jurídico, formal y sustancial de la diversidad de los sistemas normativos nacionales involucrados y de los derechos de aquellos individuos concretos eventualmente afectados en el decurso de las instancias cooperacionales. Esto se traduce en Principios Funcionales y Principios de Garantía. Sobre el tema: CERVINI, Raúl. *Principios de la cooperación judicial internacional en asuntos penales,* en Curso de Cooperación Penal Internacional, Valença. Río de Janeiro : Carlos Alvarez, 1994, Montevideo, 1994, p. 27 y *et seq.*

(5) Cf. L.J.U., casos 11.475 y 11.901.

(6) RETA, Adela. Consideraciones acerca del llamado lavado de narcodólares, en *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay.*

(7) La doctrina nacional ha analizado el caso del lavado realizado por un integrante de una asociación ilícita dedicada a cometer un número indeterminado de delitos, el cual no participó en la operación concreta originante del dinero, concluyendo en que el concierto previo que menciona el art. 197 del Código Penal debe – para excluir el delito de encubrimiento – "formalizarse con respecto a un acto concreto cuya naturaleza y alcance se conoce cuando se produce el acuerdo criminal. No bastará por consiguiente para excluir la hipótesis del encubrimiento, la simple calidad de integrante de una asociación delictiva". Esta posibilidad concursal de suyo consulta más adecuadamente las necesidades de la defensa social al par que se arriba a una solución análoga a la estatuida por la legislación argentina. También cabe recordar que en el ordenamiento jurídico de Uruguay el encubrimiento puede serlo con relación a cualquier delito anterior, sin que exista un régimen especial para los actos de encubrimiento de delitos de tráfico de estupefacientes, y esto último sólo a través del sistema nacional de penas derivadas o accesorias (ADRIASOLA, Gabriel. *El nuevo derecho sobre tóxicos y el lavado de dinero de la droga.* Montevideo : Fundación de Cultura Universitaria, 1994, p. 66). Mucho más complejo es dar respuesta en derecho positivo uruguayo a si el delito encubierto debe necesariamente ser cometido en el Uruguay o si es punible el encubrimiento cometido en el país de un delito base ejecutado en el extranjero. En la doctrina nacional Rosa Camaño admite solitariamente esta última tesitura pero sin mayor fundamento (CAMAÑO, Rosa. *Tratado de los delitos.* Montevideo : Amalio Fernández, 1967, p. 184). Nuestra jurisprudencia exhibe un antecedente sobre el punto, en el cual el magistrado actuante sostuvo: "De no admitirse tal circunstancia – como lo admite por ejemplo Rosa Camaño, en su *Tratado de los delitos.* p. 184 – la justicia declinará en la represión de los delitos cuyo *iter*

Seguramente con la tipificación expresa del delito de lavado que realiza la Ley 17.016, muchas de esas elucubraciones dogmáticas y jurisprudenciales perderán cierta trascendencia práctica.

2. Como hemos adelantado, la nueva ley estructura el *tipo base del delito de lavado* dentro del *Capítulo IX* en su art. 54, el cual reza: "Art. 54. El que convierta o transfiera bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley, los delitos conexos, será castigado con pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría".

Desde el punto de vista político el texto del art. 54 pretende responder internamente al compromiso de lege ferenda emanado de la recomendación contenida en el art. 3.1.b del Convenio de Viena de ONU de 1988 y en la faz técnica a la tipificación del delito de lavado, que con amplio consenso en el hemisferio regional americano, quedara incorporada en el Reglamento Modelo sobre Lavado de la CICAD-OEA (en su art. 2, numeral 1). En realidad, teniendo en cuanta el complejo fenómeno que la norma procura abarcar, puede afirmarse que el concepto base finalmente plasmado en la ley uruguaya supera su fuente y resulta de los más técnicos que pueden encontrarse en el concierto regional.

Es sabido que en sentido amplio todo proceso de lavado de dinero se integra de dos instancias fundamentales: una primera llamada de mimetización *fiduciaria primaria o formal,* por medio de la cual los grupos ilícitos procuran que el gran volumen de dinero caliente originado en sus actividades se disimule entre la masa de dinero lícito o "no crítico" que circula por el mundo y una segunda en la cual, a mediano plazo y por imperio de la propia mecánica de los fenómenos monetarios, se da una *integración material de esos activos financieros.* La clave de toda posible intervención normativa de carácter público (preventiva o represiva) e incluso autorregulatoria de signo corporativo, radica precisamente en la posibilidad de individualizar y neutralizar el flujo de los activos críticos antes de que se produzca su fase de mimetización material, o sea la de blanqueo propiamente dicho. Los especialistas en estas formas de delincuencia coinciden en que técnicamente el eje de la mayor parte de los procesos de lavado se encuentra en dos conductas: convertir y transferir, que son precisamente las que recoge la figura base en la nueva normativa uruguaya.

Recapitulando, el nuevo texto tipifica en el art. 54 como conducta criminal de lavado (tipo base) a los que hagan la conversión o la transferencia de activos que proceden de los delitos previstos en la misma ley o delitos conexos.

La conversión y transferencia son actos que, en definitiva, suponen la transformación de unos bienes en otros, lo

criminis se halla internacionalizado, tales como el narcotráfico, el terrorismo o la trata de blancas. Sí debe exigirse – y ello en aras de la incolumidad del principio de legalidad – que el delito encubierto cometido en el extranjero esté también incriminado como delito en el Uruguay (principio de "doble incriminación"), procediendo en infolios con los art. 31 y 32 del Dec.-lei 14.294, ya que la persona objeto de la solicitud de extradición habría manejado fondos e inversiones provenientes de la importación de estupefacientes a terceros estados. Este criterio expansivo de la jurisdicción no vulnera en modo alguno el principio de legalidad al par que también condice con la tendencia actual de la sociedad internacional de modo de universalizar la represión de los delitos vinculados al narcotráfico (Cf. Convención de Viena, art. 4, § 1, inc. b)" (Resolución 934 de 20.03.1992 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal y de Menores de 4to. Turno de Maldonado). Esta tesitura no mereció observaciones por parte del Tribunal de Alzada Penal de Segundo Turno (Resolución 107 de 25.05.1992).

que conlleva la ocultación del ilícito origen de éstos. *Convertir* según Saavedra Rojas es sinónimo de cambio o mutación del dinero obtenido, por bienes o servicios, pero, nos recuerda el mismo autor, la convertibilidad no debe entenderse necesariamente en sentido tan restringido porque puede estar igualmente referida de un bien a otro, sea cual fuere la forma contractual escogida para hacerlo o encubrirla; en tal sentido, puede tratarse de contratos reales o simulados, por la persona directamente interesada o mediante la utilización de terceros, es decir los clásicos testaferros.[8] Por su parte, el verbo *'transferir'*, en su sentido literal, significa ceder o renunciar en otro un derecho, dominio o atribución que se tiene sobre una cosa. Lamas Puccio sostiene que la especialidad del proceso a controlar impone una interpretación en sentido amplio, como movilización jurídica y/o material de un determinado bien de un lugar y/o titular a outro.[9]

Debe resaltarse que la construcción típica del delito base de blanqueo se estructura subjetivamente en función a la intencionalidad y ésta, lamentablemente, no es la orientación legislativa prevalente en el concierto mundial.

Por ello, reiteramos que, pese a que no se trata de una formulación técnicamente perfecta, por ejemplo hubiera sido conveniente moderar su exagerado guarismo punitivo en el contexto de la legislación penal nacional, debe reconocerse que este texto que contiene íncita la intencionalidad del agente, representa un claro avance con relación al proyecto que originalmente manejó el Poder Ejecutivo uruguayo, que apartándose de la intencionalidad aludía "a sabiendas o debiendo saber", habiéndose incluso llegado a considerar una redacción que acudía con mayor prudencia relativa a "(...) elementos denotativos objetivos".[10]

3. Complementariamente, la ley también castiga con severidad en su art. 55 *modalidades conexas con el delito base de lavado,* a saber: la adquisición, posesión, utilización, tenencia, o realización de cualquier transacción sobre tales activos procedentes de las aludidas actividades delictivas. Textualmente: "Art. 55. El que adquiera, posea, utilice, tenga en su poder, o realice cualquier tipo de transacción sobre bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por esta Ley, o de delitos conexos, o que sean el producto de tales delitos, será castiga con una pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría."

Se ha señalado[11] que la *adquisición* persigue el castigo de quien incorpora a

(8) SAAVEDRA ROJAS, E.: *Nuevos tipos penales creados por la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes de diciembre de 1988.* Segundo Seminario Latinoamericano y del Caribe sobre medidas efectivas para el combate de los delitos de drogadicción y mejorar la Administración de Justiça Penal. Ilanud (Instituto Latino Americano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente), San José de Costa Rica, 1989, p. 129 *et seq.*

(9) LAMAS PUCCIO, L. *Tráficos de drogas y lavado de dinero.* Lima : Sol Naciente, 1992, p. 46 *et seq.*

(10) En el borrador original del art. 54 se establecía: "El que haga la conversión o la transferencia de bienes, productos o instrumentos a sabiendas o debiendo saber que los mismos proceden de cualquiera de los delitos tipificados por esta Ley, o delitos conexos, será castigado con pena de vente meses de prisión a diez años de penitenciaría". El texto alternativo un poco más garantizador expresaba: "El que haga la conversión o la transferencia de bienes, productos o instrumentos a sabiendas o teniendo elementos objetivos denotativos de que los mismos proceden (...)".

(11) VIDALES, Catalina. *El lavado de capitales en el ámbito internacional,* en Anales de Seminario sobre Lavado de Dinero organizador por la Asociación de Bancos del Uruguay, Montevideo.

su patrimonio un bien que procede de la comisión de un delito vinculado al narcotráfico, sea cual sea el título por el que dicho bien ha sido obtenido. La *posesión* por su parte castiga la mera tenencia de dichos bienes, por lo que puede ser realmente dificultoso deslindar fácticamente este concepto del de *utilización*, ya que quien utiliza se encuentra naturalmente poseyendo.

4. Por su parte, en los arts. 56 y 57 la ley consagra *formas de encubrimiento personal y real.*

"Art. 56. El que oculte, suprima, altere los indicios o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento, o la propiedad reales de tales bienes o productos u otros derechos relativos a los mismos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por esta Ley, o delitos conexos, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría."

A través de la norma se trata de impedir bajo amenaza penal la realización de un conjunto de conductas tendientes a imposibilitar el conocimiento del verdadero origen, ubicación, destino y movimiento de los bienes previamente convertidos o transferidos. Expresa Lamas Puccio que el comportamiento previsto se perfecciona cuando el actor intencionalmente, a través de diversas modalidades típicas, tiende al desdibujamiento efectivo de los reales orígenes, características y destino de los activos críticos.[12]

"Art. 57: El que asista al o a los agentes de la actividad delictiva en los delitos previstos en esta Ley o delitos conexos, ya sea para asegurar el beneficio o el resultado de tal actividad, para obstaculizar las acciones de la Justicia o para eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, o le prestare cualquier ayuda, asistencia o asesoramiento, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría."

En esta disposición se castiga la asistencia para asegurar el resultado o beneficios de tales actividades o tendiente a eludir las consecuencias jurídicas de las acciones del caso, y lo que resulta más discutible el hecho de prestar cualquier tipo de ayuda o asesoramiento a dicha actividad delictiva.

Merece severas objeciones el tramo final de esta norma. No podemos creer que esa "ayuda" (presumiblemente de carácter técnico) "asesoramiento" o "asistencia" pueda concebirse deprovisto de toda finalidad, la conducta tiene que estar abarcada por el dolo, por conseguiente hubiera resultado muy útil y así lo sugerimos, a través de opinión legal brindada a la Asociación de Bancos del Uruguay, ajustar la redacción de la siguiente manera: "o le prestare cualquier ayuda, asistencia o asesoramiento a los efectos de asegurar el resultado será castigado (...)".[13] Lamentablemente este cuestionamiento no fue tomado en cuenta en el Palacio Legislativo.

5. Finalmente, en sucesivas normas, el texto legal convierte a través del art. 58, en circunstancia agravante de los referidos delitos la finalidad de procurar un provecho o lucro para sí o para un tercero pudiendo en tal caso elevarse la pena en un tercio. He de señalar que el borrador que manejaba la Comisión Parlamentaria (art. 59 del anteproyecto) lucía la relativizadora expresión "podrá" hoy desaparecida del texto promulgado.[14]

(12) LAMAS PUCCIO, L. *Tráfico de drogas y lavado de dinero.* Op. cit. ut supra, p. 51 *et seq.*

(13) Consulta del 24.04.1996.

(14) "Art. 59 del anteproyecto. La finalidad de obtener un provecho o lucro para sí o para un tercero, de los delitos previstos en los arts. 57 y 58 de esta Ley, podrá ser considerada una circunstancia agravante y en tal caso, la pena podrá ser elevada en un tercio".

"Art. 58. La finalidad de obtener un provecho o lucro para sí o para un tercero, de los delitos previstos en los arts. 56 y 57 de la presente ley, será considerada una circunstancia agravante y en tal caso la pena podrá ser elevada en un tercio."

Por otra parte se prevé en el art. 59 un aumento significativo de pena cuando el delito se consume mediante participación de una asociación o grupo delictivo organizado, o con uso de violencia, empleo de armas o con utilización de menores o incapaces.

"Art. 59. Cuando la comisión de cualquiera de los delitos previstos por esta Ley se hubiere consumado mediante la participación en el o en los delitos de una asociación o grupo delictivo organizado o mediante el recurso a la violencia o el empleo de armas o con utilización de menores de edad, o incapaces, la pena será aumentada hasta la mitad."

Esta norma procura diversos objetivos. Uno de ellos, combatir a la empresa criminal o grupos delictivos organizados, los cuales – como ha sido probado empíricamente – utilizan este tipo de delincuencia para blanquear sus ganancias y lo hacen aplicando medios cada vez más sofisticados, modalidades de accionar transnacional frecuentemente ligados a otras actividades criminales como el tráfico de menores, de órganos, la delincuencia que explota la prostitución a nivel internacional, la venta y contrabando de armas, el terrorismo, etc. Pero también, señala en el texto del Mensaje del Poder Ejecutivo, se penaliza con mayor severidad el uso de la violencia o la utilización de menores o incapaces, como maneras de proteger, por una parte, bienes jurídicos esenciales como la paz y la seguridad pública y por otra la integridad moral y física de personas en situación de indefensión jurídica, como son los menores o incapaces.

6. El art. 61, con una redacción un poco ambigua fruto de sucesivos injertos originados de distintas fuentes, reafirma, a nuestro criterio, la aplicación de los principios generales de la culpabilidad y apreciación de la prueba en estos nuevos tipos creados, constituyendo una importante afirmación garantística tratándose de este tipo de delitos.

"Art. 61. El dolo, en cualquiera de los delitos previstos en la presente ley, se inferirá de las circunstancias del caso de acuerdo con los principios generales.

El juez interviniente deberá fundamentar la convicción moral que se ha formado al respecto, tanto en el auto de procesamiento como en el que no lo decrete, así como en la sentencia sea ésta o no condenatoria."

La simple observación denota que los dos incisos del artículo obedecen a distintas manos. El segundo inciso tiene su inspiración en el texto proyectado por el Ejecutivo para el art. 69, mientras que el primero, fue elaborado posteriormente a nivel del Parlamento reivindicando la aplicación de los principios generales de la carga de la prueba. Se ha relativizado esta manera de pensar, afirmando que, en realidad, el inciso segundo del art. 61 no consagra la libre convicción, sino la convicción moral, y que además, la fórmula no traduce sino una objetivación de la intención a través de las circunstancias del caso. En todo caso, ante la aparente o posible contradicción que contienen ambos incisos, se impone naturalmente la interpretación más acorde a la vigencia de los principios generales.

Como dijimos, a nivel del Parlamento se suprimió el antiguo art. 69 que contenía el proyecto. Esta norma establecía "la falta de buena fe del tercerista podrá inferirse por el juez, según la convicción que se forme al respecto de acuerdo e las circunstancias del caso. En este caso o cuando existan indicios o razones suficientes para deducir, según la convicción del Juez, que no existe buena fe por parte del tercerista, este deberá probarla". Pues

bien, la redacción proyectada era por cierto polémica. En su momento sostuvimos que tampoco configuraba en último análisis un reconocimiento de la libre convicción, sino que aludía a un criterio de distribución de la carga de la prueba, bajo el entendido de que el tercerista, como toda persona que alega un hecho (en el caso su buena fe), tenía la carga de probarlo. En todo caso la supresión de esta norma resulta satisfactoria y diluye toda discusión al respecto.

7. Finalmente es de resaltar que el art. 62 del anteproyecto se ocupaba de la forma tentada de los delitos previstos en la ley estableciendo que el juez podía elevar la pena hasta las dos terceras partes de la que correspondería al delito consumado, ello, con base en similar criterio acogido en la reciente Ley 16.707 de 12.07.1995 sobre Seguridad Ciudadana.[15] Esta solución no se encuentra recogida en el texto finalmente aprobado.

3. Responsabilidad administrativa de las entidades financieras

1. Probablemente es en este ámbito donde se plantean las mayores divergencias entre el proyecto que envió el Ejecutivo y el texto finalmente promulgado.

El texto proyectado generó cierto debate en torno a la posible compatibilización jurídica entre los textos de sus arts. 55 del Capítulo IX[16] y 74 del Capítulo XII.[17]

En el mensaje del Poder Ejecutivo al Parlamento se expresaba en forma vaga que el Capítulo XII refería al dispositivo de control administrativo y jurisdiccional del sector financiero. No obstante ello, nosotros siempre pensamos que el art. 74 del Capítulo XII reglaba, en lo sustancial, la eventual sanción administrativa de las entidades financieras por omisión a los deberes de debido cuidado.

El art. 74 del anteproyecto coincide con el actual art. 71 estableciendo expresamente: "Art. 71. Las instituciones o em-

(15) "Art. 62 del anteproyecto. Tratándose de la forma tentada de cualquiera de los delitos previstos por esta Ley, el juez podrá elevar la pena hasta las dos terceras partes de la que correspondería al delito consumado".

(16) "Art. 55 del anteproyecto. El que estando legalmente obligado, omitiere cumplir la normativa establecida por el Banco Central del Uruguay referida a los delitos tipificados en el presente capítulo de esta Ley o delitos conexos, será castigado con pena de veinte meses de prisión a cinco años de penitenciaría. Este delito se castigará a denuncia del Banco Central del Uruguay mediando resolución fundada del precitado Ente".

(17) "Art. 74 de anteproyecto. Las instituciones o empresas que realicen actividades de intermediación financiera comprendidas en el Dec.-ley 15.322 del 17.09.1982, los Bancos regulados por la Ley 16.131 de 12.09.1990, las Casas de Cambio a que refiere el art. 56 de la Ley 16.696 de 30.03.1995, y en general las personas físicas o jurídicas sujetas a control del Banco Central del Uruguay deberán ajustarse a las reglamentaciones que dicten el Poder Ejecutivo o el mencionado Banco Central con la finalidad de prevenir la conversión, transferencia u ocultación de bienes, productos o instrumentos procedentes de cualesquiera de las actividades previstas como delitos por esta Ley.

Las transgresiones de los preceptos contenidos en dichas reglamentaciones podrá determinar, según los casos y cuando correspondiera, la aplicación de las sanciones o medidas administrativas previstas en el Dec.-ley 15.322 de 17.09.1982, con la redacción dada por la Ley 16.327 de 11.11.1992.

Lo anterior, es sin perjuicio de la facultad del juez, de apreciar, cuando pudiera corresponder, de acuerdo con los criterios y procedimientos previstos en esta Ley, la eventual responsabilidad penal que pudiera caber a los directores, gerentes, administradores, mandatarios, síndicos o fiscales de las referidas instituciones, empresas o sociedades a que refiere el inciso 1.º".

presas que realicen actividades de intermediación financiera comprendidas en el Dec.-ley 15.322 de 17.09.1982, los Bancos regulados por la Ley 16.131 de setiembre de 1990, las Casas de Cambio a que refiere el art. 56 de la Ley 16.696 de 30.03.1995 y en general las personas físicas o jurídicas sujetas a control del Banco Central del Uruguay deberán ajustarse a las reglamentaciones que dicten el Poder Ejecutivo o el mencionado Banco Central con la finalidad de prevenir la conversión, transferencia y ocultación de bienes, productos o instrumentos procedentes de cualesquiera de las actividades previstas como delitos por la presente ley.

Las transgresiones de los preceptos contenidos en dichas reglamentaciones podrán determinar, según los casos y cuando correspondiera, la aplicación de las sanciones o medidas administrativas previstas en el Dec.-ley 15.322 de 17.09.1982 con la redacción dada por la Ley 16.327 de 11.11.1992.

Lo anterior es sin prejuicio de la facultad del juez de apreciar, cuando pudiera corresponder, de acuerdo con los criterios y procedimientos previstos en la presente ley, la eventual responsabilidad penal que pudiera caber a los directores, gerentes, administradores, mandatarios, síndicos o fiscales de las referidas instituciones, empresas o sociedades a que se refiere el inciso primero."

Esta norma parte del criterio tradicionalmente admitido de que las personas jurídicas (en el caso, entidades financieras) no son pasibles de punición de naturaleza penal conforme al principio "societas delinquere non potest" y por ende las transgressiones a las reglamentaciones que dicta el Poder Ejecutivo y el Banco Central son sancionadas exclusivamente en vía administrativa. En este aspecto el texto se aparta sustancialmente del art. 14.3 del Reglamento Modelo sobre Delito de Lavado preparado por CICAD-OEA que admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Además, el texto en análisis agrega en su segundo párrafo que la aludida responsabilidad (administrativa) procederá "según los casos y cuando correspondiera", flexibilización conceptual que representa también evidentes ventajas respecto de otras fórmulas legales existentes en el derecho comparado.

Esta sanción administrativa será sin perjuicio de la facultad del Juez de apreciar "cuando pudiera corresponder, de acuerdo con los criterios y procedimientos previstos en esta ley, la eventual responsabilidad que pudiera caber a los directores, gerentes, administradores, mandatarios, síndicos o fiscales de las referidas instituciones...", o sea, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de las personas físicas, la que se disciplinaba, en el anteproyecto principalmente, por lo que disponía el art. 55 y ahora con una orientación más garantista, por los arts. 54 y seguientes.

El art. 55 tal como aparecía en el anteproyecto fue eliminado del texto finalmente aprobado. Nosotros habíamos sido especialmente críticos con su redacción proponiendo incluso una fórmula sustitutiva del mismo. El texto actualmente eliminado del Capítulo IX se ocupaba de las personas físicas que dirigen a las entidades financieras y penalizaba el simple defecto en la vigilancia de aquéllos que estando legalmente obligados, omitían cumplir normativa establecida por el BCU..., quienes eran, de acuerdo al reenvío del y a visto del art. 71 *in fine* (ex. art. 74 *in fine*) "los directores, gerentes, administradores, mandatarios síndicos o fiscales de las referidas instituciones, empresas o sociedades (...)".

Esta norma pretendía punir la mera omisión formal reglamentaria, sancionando el mero defecto de vigilancia en forma abstracta, desvinculado de la afectación al

bien jurídico, tal como lo prevé el art. 305 ter del Código Penal Federal Suizo.

La formulación confrontaba abiertamente al principio de culpabilidad, plasmaba una hipótesis de responsabilidad penal objetiva por la mera inobservancia de una normativa administrativa que naturalmente podría verse ampliada en el futuro. Por otra parte, también se lesionaba el principio de legalidad ya que consagraba la sustitución del directa del legislador por el administrador. El texto avanzaba mucho más allá del principio de presunción de conocimiento de la ley (art. 2 del C. Civil), presumiendo en forma absoluta el conocimiento del Reglamento. Se delegaba la definición de tipo penal en el administrador y el único límite de esa tarea se encontraba en la referencia a "los delitos tipificados en el presente capítulo de esta ley o delitos conexos".

El delito así proyectado bien podía configurarse aunque no existiera lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Formalmente se daría el tipo penal con independencia de que la operativa bancaria cuestionada involucre o no fondos procedentes del negocio de la droga. Basta con omitir el cumplimiento de la normativa impuesta por el Banco Central. Este abanico de posibles inobservancias justifica los guarismos de la pena prevista entre 20 meses a cinco años de penitenciaría, con el aditivo del requisito que seguidamente veremos.

Este texto que vulneraba tan radicalmente los principios de legalidad y culpabilidad como límite de la pretensión punitiva del Estado se presentaba con un fusible legal casi inédito en el derecho comparado. Los autores procuraban mitigar los efectos de una punición tan extravagante por medio de una condición de procedibilidad ya que el delito se castigaba "a denuncia del Banco Central del Uruguay mediando resolución fundada del precitado Ente". Es probable que el Banco Central hubiera realizado un uso criterioso de esa facultad. En todo caso su participación constituía una garantía dentro de una norma cuestionable desde el punto de vista de un dogma penal garantizador.

En su momento sugerimos que esta fórmula de simple omisión reglamentaria podía ser sustituida con grandes ventajas dogmáticas y prácticas y sin alterar mayormente la intención de los autores de la iniciativa por un tipo de responsabilidad por omisión impropia. En tal sentido propusimos eliminar el art. 55 y agregar un nuevo artículo final al capítulo que expresara: "Es equiparado al autor de los delitos tipificados en el presente capítulo todo aquél que estando legalmente obligado omitiere dolosamente cumplir con la normativa establecida por el Banco Central del Uruguay que tenga por objeto colocarlo en posición de garante respecto del impedimiento de alguna de las conductas tipificadas en este capítulo. En tales casos el juez estará facultado a reducir la respectiva pena de la tercera parte a la mitad".[18]

2. Naturalmente que la eliminación del art. 55 no excluye de por sí outros pontenciales ámbitos de responsabilidad penal de las empleados de las entidades financieras. Eventualmente éstas podrían incurrir, en tales casos abarcadas por el dolo, como copartícipes, a título personal o por cuenta y orden de la entidad por la que actúan, en alguna de las conductas tipificadas en los arts. 54 a 59 inclusive, por ejemplo, adquiriendo, poseyendo, utilizando o realizando cualquier tipo de transacción sobre bienes o productos o instrumentos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por esta ley ocultando, suprimiendo, o alterando los indicios o impidiendo la determinación real de la naturaleza, el origen, ubicación, destino, movimiento

[18] Consulta a la Asociación de Bancos del Uruguay cit. ut supra.

o la propiedad real de tales bienes o productos y otros derechos (art. 57), prestando asistencia o asesoramiento o cualquier tipo de ayuda (art. 58).

4. Alcance de las cargas de vigilancia de las entidades financieras

1. Debida Diligencia. El ya analizado art. 71 de la Ley consagra como principio de portada general el de la debida diligencia de las entidades financieras, que en la sistemática de la ley se explicita en el art. 72 (conocimiento del cliente) y en el art. 73 (obligación de resguardo documental).

En general se admite que las cargas de debida vigilancia o diligencia como política activa de las instituciones financieras se integran por tres tipos de obligaciones a cargo de las mismas, a saber: la carga de conocimiento del cliente, la carga de seguimiento operativo de sus actividades y, finalmente, la obligación de debido resguardo del soporte documental de sus operaciones.

El próprio art. 71 señala el ámbito de aplicación de estas obligaciones se encuentra en "Las instituciones o empresas que realicen actividades de intermediación financiera comprendidas en el Dec.-ley 15.322 del 17.09.1982, los Bancos regulados por la Ley 16.131 de 12.09.1990, las Casas de Cambio a que refiere el art. 56 de la Ley 16.696 de 30.03.1995 y en general las personas físicas o jurídicas sujetas a control del Banco Central del Uruguay (...)". A vía de mayor entendimiento el art. 72 sintetiza este concepto expresando: "(...) las instituciones de intermediación financiera y las que no siéndolo – y en lo pertinente – desarrollen actividad financiera (...)".

2. Conocimiento del cliente. Este principio está recogido en el art. 72.

"Art. 72. De conformidad con la reglamentación que dicte el Banco Central del Uruguay, las instituciones de intermediación financiera y las que no siéndolo – y en lo pertinente – desarrollen actividad financiera, no podrán mantener cuentas sin la debida identificación de sus titulares.

Las instituciones a las que refiere el inciso precedente deberán registrar y verificar por medios eficaces la identidad, representación, domicilio, capacidad legal, ocupación u objeto social – según los casos – de las personas físicas y jurídicas que sean titulares de cuentas en las mismas, de conformidad con la reglamentación que dicte el Banco Central del Uruguay."

Esta norma[19] tiene como fuente inmediata el art. 10, numerales 2 y 3 – atemperado – del Reglamento Modelo CICAD-OEA,[20]

(19) "Art. 75. De conformidad con la reglamentación que dicte el Banco Central del Uruguay, las instituciones de intermediación financiera y las que no siéndolo – y en lo pertinente – desarrollen actividad financiera, no podrán mantener cuentas sin la debida identificación de sus titulares.

Las instituciones a las que refiere el inciso precedente deberán registrar y verificar por medios eficaces la identidad, representación, domicilio, capacidad legal, ocupación u objeto social – según los casos – de las personas físicas y jurídicas que sean titulares de cuentas en las mismas, de conformidad con la reglamentación que dicte el Banco Central del Uruguay."

(20) "Artículo 10 del Regulamento Modelo CICAD-OEA: '2. Las instituciones financieras deberán registrar y verificar por medios fehacientes la identidad, representación, domicilio, capacidad legal, ocupación u objeto social de las personas, así como otros datos de identidad de las mismas, sean estos clientes ocasionales o habituales, a través de documentos tales como documentos de identidad, pasaportes, partidas de nacimiento, carnet de conducir, contratos sociales y estatutos, o cualesquiera otros documentos oficiales o privados, cuando establezcan relaciones comerciales, en especial la apertura de nuevas cuentas, el otorgamiento de libretas de depósito, la realización de transacciones fiduciarias, el

pero indudablemente la fuente más remota puede rastrearse en el ámbito autorregulatorio de las entidades financieras, específicamente en el art. 6 bis. Add. 2 a la Convención de Basilea del' 88.

La carga de conocimiento del cliente comprende el más gravoso deber de verificación de los extremos identificatorios del cliente y su actividad, el que, según la ley uruguaya, debe implementarse por "medios eficaces". El uso de esta terminología no es casual. Es más, puede decirse que la legislación uruguaya ha sido muy prudente y moderna al momento de determinar el alcance exigible para esa corroboración del "conocimiento" alcanzado. Hasta diciembre de 1994 las sucesivas Addendas a las Convenciones de Basilea referían a "medios fehacientes", al igual que lo hace el Reglamento Modelo CICAD-OEA en su art. 10.2 y recoge fielmente la citada ley paraguaya 1.015 (art. 14).

La antigua normativa suiza requería una "fidedigna identificación y confirmación", la recomendación del GAFI "razonable identificación" y el anteproyecto que actualmente se elabora a nivel del Banco Central de Bahamas, siguiendo la línea del ICEPS,[21] hace mención a una "identificación razonablemente corroborada con los medios a disposición de la entidad".

En todo caso la terminología que emplea la ley uruguaya ("medios eficaces") hace referencia a un nivel de exigencia ponderado y razonable, que alude, conforme al Diccionario de la Real Academia Española, a medios que logran hacer efectivo un intento o propósito. En cambio la expresión "fehaciente" que usa la CICAD-OEA tiene un contenido mucho más riguroso, es aquello que hace fe en juicio. Al respecto ha señalado Aubert, procurando flexibilizar el alcance del término "fehaciente" contenido en el art. 6 bis de Ad. 2 de la Convención de Basilea, "los medios idóneos o suficientes como para implementar el principio del debido conocimiento del cliente son aquéllos que razonablemente, en un espacio y momento dados, puedan utilizar las instituciones financieras en un marco de legitimidad. Constituyen un costo de funcionamiento y una obligación positiva de hacer dentro de parámetros de una responsable y razonable diligencia, más no puede pedirse ni menos aún exigirse".[22]

La ley uruguaya, siguiendo el criterio generalmente empleado en otras legislaciones, se limita a establecer el elenco de ítems básicos a registrar y verificar por los aludidos medios eficaces por parte de las instituciones. Ellos son: la identidad, representación, domicilio, capacidad legal, ocupación u objeto social, según se trate de personas físicas o jurídicas. La misma norma se encarga de aclarar que los procedimientos puntuales de registro y verificación se realizarán de conformidad con una reglamentación que oportunamente dicte el Banco Central del Uruguay. Seguramente esa reglamentación especificará también el alcance de dichos registros. Es de

arriendo de cajas de seguridad o la ejecución de transacciones en efectivo que superen determinado monto de conformidad con lo dispuesto por la autoridad competente.

3. Las instituciones financieras deberán adoptar medidas razonables para obtener y conservar información acerca de la verdadera identidad de las personas en cuyo beneficio se abra una cuenta o se lleve a cabo una transacción, cuando exista alguna duda acerca de que tales clientes puedan no estar actuando en su propio beneficio, especialmente en el caso de personas jurídicas que no lleven a cabo operaciones comerciales, financieras o industriales en el Estado donde tengan su sede o domicilio."

(21) ICEPS: opinión consultiva preparada paro esa organización para la Junta de Gobernadores de Bancos del Grupo de los Diez (abr. 1994).

(22) MAURICE, Albert. "Le Secret Bancaire et le Fisc", en *Revue Internationale Bancaire* 5/VIII, Berne, 1991.

esperar que dicha regulación se elabore con ponderación y racionalidad. La experiencia de otros lugares enseña que un exagerado detallismo tiende inevitablemente a afectar el negocio financiero o a inviabilizar su control eficaz.

Sin perjuicio de lo expuesto existe consenso de que toda política de debida diligencia debe empezar por adoptar prácticas orgánicas y sistemáticas de conocimiento del cliente, y esse conocimiento exigido en toda buena política de prevención se debe extender bastante más allá de la mera identificación formal.

Es necesario que la entidad financiera cuente con un patrón cuantitativo fehaciente fidedigno del perfil de sus clientes. En tal sentido, se expresa en la Propuesta de Autorregulación de la Asociación de Bancos de la República Argentina de abril de 1996 que "es recomendable obtener antecedentes comerciales en cuanto a los volúmenes y operatorias en las otras entidades, empresas o personas dadas por el cliente como referencias, las que deberán ser verificadas sin excepción. En caso de clientes de otras áreas o clientes que inician una actividad, se debe solicitarles al ingreso al Banco una estimación de los volúmenes con que operará y el tipo de servicios que requerirá de la entidad. El patrón establecido por alguna de las formas referidas permitirá apreciar desviaciones respecto del comportamiento standard (de actividades lícitas declaradas) en forma más rápida y eficaz, justificando un requerimiento de explicación al cliente."

En opinión consultiva del ICEPS de diciembre de 1996[23] su Consejo Consultivo se refirió exhaustivamente al alcance que la doctrina internacional otorga al llamado paradigma del "conocimiento del cliente", principalmente en lo que refiere a los procedimientos de apertura de nuevas cuentas. Se expresó en esta oportunidad, que desde el punto de vista del control del riesgo corporativo, la relación operativa banco-cliente más sensible comienza cuando se recibe la información de apertura de una cuenta en los libros del banco.[24] El papel que se desempeña el empleado de la entidad en ese momento resulta vital. Por ello, sin perjuicio de otros resortes preventivos que pudiera establecer la institución en consonancia a la normativa nacional e internacional, se hace imperioso y prioritario perfeccionar las políticas activas tendientes al más acabado conocimiento del cliente y sus actividades[25] e instrumentar el entrenamiento

(23) ICEPS: Opinión consultiva, DM 36-96, redactores DE CARLO, Luigi, CERVINI, Raúl. Nova Iorque, 1996.

(24) A diferencia de lo que sucede con el secreto bancario cuya efectiva protección comienza desde el instante en que el banquero recibe cualquier información en carácter de confidente necesario.

(25) ICEPS: DM 36-96. Entre las principales pautas de conocimiento del cliente:

– *Para personas físicas o naturales,* debe asegurarse que el contrato de apertura de cuenta está correctamente cumplimentado y firmado por una persona cuya presentación no de lugar a duda alguna. La identidad del titular o apoderado podrá establecerse mediante pasaporte, documento de identidad nacional ou cualquier documento similar que sea aceptado normalmente dentro de la comunidad bancaria como medio de identificación fehaciente. Se indica como aconsejable exigir la presentación de la menos dos documentos oficiales. El documento o documentos de presentación deberá contener nombre del cliente, su dirección, fecha de nacimiento, ciudadanía, fotografía y firma claras. A efectos de facilitar el chequeo de antecedentes y ulteriores resguardos es aconsejable exigir el domicilio anterior, si este existiera. Este requisito se vuelve imprescindible tratándose de clientes residentes en el extranjero. Es necesario en todos los casos que el cliente informe sobre su estado civil, debiendo constar en su legajo la filiación completa y ocupación de las personas que con el viven.

permanente de todo su personal en clave del mismo paradigma.[26]

Debe recordarse que de conformidad con el Art. 72 de la ley los operadores bancarios deberán siempre verificar por medios eficaces la autenticidad de todos los extremos de esta declaración de apertura. Ello podrá implementarse por medio de una dependencia especial de su propia organización o a través de asesores externos, agregándose en la Carpeta del cliente el informe original de riesgo, sus eventuales ampliaciones y actualizaciones periódicas.

Hasta que no se hayan concluido satisfactoriamente todas las formalidades de apertura de la cuenta, no se expedirán talonarios de cheques; se denegarán servicios de custodia y cajas de seguridad; se retendrá el pago del producto de partidas de abono, en especial cheques provenientes de bancos extranjeros, cheques de viajero u otros instrumentos monetarios significativos.[27]

Sobre este tema corresponde finalmente recordar un pensamiento de Bernard Bailot, Presidente de la Comisión de Delitos Económicos de la Asociación Americana de Abogados, quien ya en 1989, tres años después de la primera Ley Federal contra el Lavado de Dinero en Estados Unidos, sostuvo que "las políticas de conocimiento del cliente sirven fundamentalmente a tres propósitos: En primer lugar, la mera adopción de una política de conocimiento del cliente frecuentemente disuade a los potenciales clientes que pretendan usar el banco con fines ilícitos. Segundo, la investigación de un cliente potencial permitirá conocer aspectos que pueden llamar la atención sobre la buena fe del cliente. Tercero, la investigación... dará a la entidad información suficiente como para poder comparar las futuras operaciones del cliente y notar si son consistentes con las actividades legítimas del cliente (...)".[28]

3. Carga de seguimiento operativo de las actividades del cliente. Este monitoreo

– *Para personas jurídicas* deberá establecerse su identidad, conformación, actividades y apoderados mediante copia certificada de estatutos de constitución registrados. En casos que no se refieran a organizaciones conocidas, nacionales o multinacionales resulta además necesario establecer la identidad de sus principales propietarios reales, consejeros y altos ejecutivos.

– *En todos los casos* el número del Apartado de Correos podrá emplearse solamente para dirigir la correspondencia. También, deberá figurar claramente individualizado el negocio o profesión actual del cliente (aconsejable agregar la anterior). No deberán emplearse expresiones o frases vagas (tales como "comercio" "industria" o "importaciones"). Los clientes bajo relación de trabajo subordinado deberán hacer constar su cargo y el nombre y dirección del empleador, y aquellos que tengan profesión o negocio independiente deberán hacer constar claramente la índole o giro del mismo, agregando relación de actividades o balance a efectos de permitir el monitoreo eficaz de sus operaciones con el banco.

(26) A este respecto la nueva ley uruguaya tiene una norma expresa:

"Art. 74. El Poder Ejecutivo, con el asesoramiento del Banco Central del Uruguay, coordinará programas de capacitación del personal que corresponda, relacionados con las actividades a que refiere la presente ley en el Capítulo XII y, en lo que refiere a las materias de que se ocupa el Capítulo XIII, coordinará programas de capacitación en materia de cooperación jurídica internacional con el asesoramiento de la Dirección de Cooperación Jurídica Internacional y de Justicia del Ministerio de Educación y Cultura."

(27) Conf. Asoc. Internacional de Seguridad Bancaria, Recomendación 127/95, Toronto, 1995.

(28) Fuente BULIT GOÑI, Roberto. Lavado: La importancia de conocer al cliente, en *Revista los Bancos en el Mundo.* Buenos Aires : ABRA, mar. 1997, p. 49.

operativo está dirigido a observar la debida correspondencia entre la actividad declarada del cliente y el resultado de sus operaciones con la institución, forma tal que ésta última esté en condiciones de presumir responsablemente la procedencia legítima de los fondos involucrados en sus movimientos.

Esta obligación no está recogida a texto expreso en la legislación uruguaya, entendiendo con fundamento los abogados del Banco Central del Uruguay que la misma se encuentra implícita y constituye una derivación natural de un acabado conocimiento del cliente. A nivel internacional algunos técnicos ven conveniente la ausencia de regulación pública y positivo que el diseño de las políticas activas de monitoreo se realice en lo interno de cada institución, de conformidad al tipo de operaciones en que esta se especializa. Esto es acertado, pero refiere a la faz de implementación de una carga de vigilancia, que a nuestro modo de ver, hubiera sido conveniente enunciar explícitamente en la ley.

De cualquier modo, estas tareas representan las mayores salvaguardas contra las implicaciones involuntarias, tanto por parte de las instituciones, como de sus empleados, en las actividades ilegales de sus clientes reales o potenciales. Por ello, muchos sindicatos o asociaciones bancarias nacionales han previsto en forma expresa un conjunto de "manuelas de riesgo corporativo" o "indicadores para seguimiento de operaciones críticas" describiendo algunas situaciones que deben funcionar como un llamado de atención, una virtual luz roja frente a los empleados de las entidades respecto al "carácter" del cliente o finalidad encubierta de sus operaciones. Resulta que el personal de los bancos tengo las herramientas informáticas (programas de cruce de información) y convencionales necesarias para poder detectar con una certeza razonable eventuales actos sospechosos indicativos de actividades de lavado de dinero. Al respecto, resulta bastante satisfactoria la categorización de operaciones críticas acordada en el marco de la Asociación de Bancos de Argentina, siguiendo en grandes líneas, y de modo simplificado, las propuestas formuladas en su momento por el CCIET e ICEPS a la Secretaría Permanente de la Junta de Gobernadores de Bancos Centrales del Grupo de los Diez y al Gobierno de Canadá.

4. Deber de resguardo operativo. El art. 73 se inspira directamente en el art. 10 del citado Reglamento Modelo de CICAD-OEA.[29] Su fuente mediata se

(29) "Art. 10. (Identificación de los Clientes y Mantenimiento de los Registros).

1. Las instituciones financieras deberán mantener cuentas nominativas. No podrán mantener cuentas anónimas ni cuentas que figuren bajo nombres ficticios o inexactos.

2. Las instituciones financieras deberán registrar y verificar por medios fehacientes la identidad, representación, domicilio, capacidad legal, ocupación u objeto social de las personas, así como otros datos de identidad de las mismas, sean estos clientes ocasionales o habituales, a través de documentos tales como documentos de identidad, pasaportes, partidas de nacimiento, carnet de conducir, contratos sociales y estatutos, o cualesquiera otros documentos oficiales o privados, cuando establezcan relaciones comerciales, en especial la apertura de nuevas cuentas, el otorgamiento de libretas de depósito, la realización de transacciones fiduciarias, el arriendo de cajas de seguridad o la ejecución de transacciones en efectivo que superen determinado monto de conformidad con lo dispuesto por la autoridad competente.

3. Las instituciones financieras deberán adoptar medidas razonables para obtener y conservar información acerca de la verdadera identidad de las personas en cuyo beneficio se abra una cuenta o se lleve a cabo una transacción, cuando exista alguna duda acerca de que tales clientes puedan no estar actuando en su proprio beneficio, especialmente en el caso de personas jurídicas que no lleven a cabo operaciones comerciales, financieras o industriales en el Estado donde tengan su sede o domicilio.

encuentra también en las criticadas Addendas a la Convención de Basilea. Refiere al llamado "deber resguardo operativo", o sea, a la obligación de las entidades de llevar y mantener sin límite de tiempo aquellos registros y soportes documentales que permitan de ser el caso, la reconstrucción total de transacciones financieras realizadas. La mayor parte de las legislaciones especiales contienen una norma similar. Sin perjuicio de ello, por simple aplicación de las normas del Código de Comercio, las entidades financieras suelen tener la obligación de conservar, por plazo extenso pero limitado, sus registros contables.

"Art. 73. Las instituciones a que refiere el artículo anterior deberán llevar y mantener, en las condiciones que establezca la reglamentación del Banco Central del Uruguay, registro y correspondencia comercial que permitan la reconstrucción de las transacciones financieras que superen el monto que establezca dicha reglamentación y una base de datos que permita acceder rápidamente a la información sobre operaciones financieras."

5. Conclusiones sobre la nueva legislación uruguaya

1. La ley aprobada refleja una tendencia irreversible a involucrar a las entidades financieras – dentro de su ámbito profesional y aún más allá en ciertos casos – en la lucha contra el negócio de las drogas. Partiendo de esa constatación, sólo cabe aspirar a que en su aplicación diaria administrativa y jurisdiccional los actores institucionales se muevan con prudencia, procurando salvaguardar la seguridad jurídica, el orden público nacional e internacional del país, la natural actividad de las entidades y el sentido común.

A esta altura cabe reconocer que el texto aprobado – si bien dista bastante de ser perfecto – supera con cierto ingenio jurídico gran parte de los defectos, incongruencias técnicas y prácticas que se ven consagradas legalmente en los países del llamado primer mundo y, lo que es más importante, esto lo hace sin afectar mayormente el ordenamiento interno.

2. Las obligaciones de debida diligencia y conocimiento del cliente en sus manifestaciones exacerbadas constituyen un discutible desplazamiento de cargas de vigilancia. Pese a ello son admitidas como tales cargas por los operadores financieros de las plazas más sofisticadas. En todo caso la tarea de nuestro tiempo es la de racionalizar su alcance conforme a Derecho y en tal sentido el texto finalmente aprobado no luce exorbitante, muy por el contrario denuncia en ciertas áreas sensibles una loable independencia de criterio por parte del Poder Legislativo uruguayo.

4. Las instituciones financieras deberán mantener durante la vigencia de una operación, y por lo menos cinco años a partir de la finalización de la transacción, registros de la información y documentación requeridas en este artículo.

5. Las instituciones financieras deberán mantener los registros de la identidad de sus clientes, archivos de cuentas y correspondencia comercial, según lo determine la autoridad competente, por lo menos durante cinco años después que la cuenta haya sido cerrada.

6. Las instituciones financieras deberán mantener además registros que permitan la reconstrucción de las transacciones financieras que superen determinado monto de conformidad con lo dispuesto por la autoridad competente, por lo menos durante cinco años después de la conclusión de la transacción".

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA DA INTIMIDADE E VIDA PRIVADA NO PROCESSO PENAL

CLEUNICE A. VALENTIM BASTOS PITOMBO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Proteção legal – 3. Sentido e compreensões dos termos: 3.1 Intimidade e direito da personalidade – 4. Intimidade e vida privada, no processo penal: 4.1 No inquérito policial; 4.2 Na ação penal condenatória; 4.3 Na execução penal – 5. Paz pública e proteção da intimidade e da vida privada – 6. Conclusões.

Resumo: Analisa-se a abrangência, contornos e limitações da proteção constitucional da intimidade e da vida privada. A partir do conceito, procura-se fazer a distinção entre intimidade e vida privada, sem esquecer do direito à informação. Enfoca-se algumas formas de violação da intimidade e da vida privada, no curso da persecução penal. Ao final, observa-se de que forma o particular, sob o argumento de garantir a paz pública, vulnera a intimidade e a vida privada do indivíduo.

Palavras-chave: Intimidade; Vida privada; Direito da personalidade; Direito à informação; Dignidade da pessoa humana; Limites constitucionais; Processo penal.

1. Introdução

A Constituição da República, no átrio, trouxe os princípios fundamentais. Dentre eles se acha "a dignidade da pessoa humana" (art. 1.º, inc. III). Cuida-se do reconhecimento de que a pessoa humana tem especial superioridade, no Direito Constitucional Pátrio. Com razão observou-se: "Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo de natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como *fundamento* da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito. Se é *fundamento* é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional".[1] Valor, afirme-se, ético-político.

A inviolabilidade da dignidade humana, à evidência, projeta-se nos direitos e garantias fundamentais. O processo penal, hoje, não se interpreta, nem se aplica sem recordação de tal enfoque. Resguardar a intimidade e a vida privada integra o feixe de garantias, postas a serviço da liberdade jurídica do indivíduo e da segurança da sociedade.

Assim, a tutela da intimidade e da vida privada pode ser enfocada sob diversos aspectos. Relaciona-se, por exemplo, com

(1) SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo* 212/89. Rio de Janeiro : Renovar, abr./jun. 1998.

o direito à informação, ambos assegurados[2] na Constituição da República (art. 5.º, inc. X e XIV). Tal análise, porém, há que considerar a harmonia do sistema, que disciplina a convivência de dois Direitos Constitucionais, eventualmente, em conflito.[3] Estuda-se-lhes a repercussão no âmbito do Direito Civil. Agora, em referência à reparação do dano,[4] pela eventual violação da intimidade e vida privada. No Direito Penal, discute-se sobre a conveniência e necessidade da criação de tipo penal, para tutelar a intimidade e a vida privada. E, no processo penal, o enfoque, na maioria da vezes, acha-se ligado à prova produzida.[5]

Todas as análises guardam grande relevância, mas, se cuidará, prevalentemente, dos reflexos da tutela da intimidade e da vida privada, na persecução penal, pois, ao Estado, por meio do processo penal, se concede maior faculdade para restringir direitos fundamentais. Tal poder derivalhe da dupla função: de um lado o poder-dever de punir, preservando ou restaurando a paz pública violada; de outro assegurar os direitos e garantais fundamentais.

Rogério Lauria Tucci[6] ensina que "o processo penal objetiva, concomitante-

(2) MONREAL, Eduardo Novoa. Afirma que: "O direito à informação (ou à liberdade de informação, que é resultado de seu reconhecimento) e o direito à vida privada são instituições que se insertam em um corpo comum, mais amplo, que os direitos do homem. Estes direitos do homem constituem uma preocupação própria dos tempos modernos; há apenas dois séculos que eles passaram a ser reconhecidos de maneira expressa e mais ou menos sistemática". *Derecho a la vida privada y liberdad de informacion: um conflito de direitos.* 4. ed. México : Século XXI, 1989, p. 13.

(3) Ver a respeito, Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal.* Madri : Colex, 1990; Clemente Garcia Garcia & Andres Garcia Gomez. *Colision entre el derecho a la intimidad y el derecho a la informacion y opinion: Su proteccion juridica.* Murcia : Belmar, 1994. O STJ decidiu: "Constitucional e processual penal. Lei de Imprensa. Ação penal. Trancamento. 1. A Constituição considera livre a manifestação de pensamento, proíbe o anonimato, e assegura o direito de resposta, a inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, o que derroga a chamada lei de imprensa, a qual continua em vigor naquilo em que não contraria a Carta Magna" (RHC 3296-93/SC, 5.ª T., Rel. Min. Jesus Costa Lima, j. 15.12.1993, *DJU* 21.02.1994, p. 2.180).

(4) Note-se a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, determinante de reparação do dano, por violação da intimidade: "Indenização – Responsabilidade civil – Dano Moral – Utilização indevida de imagens por emissora de TV – Aplicação da Lei 5.250/67 – Voto vencido. Emissora de televisão que realiza cobertura jornalística, levando ao ar cenas de suicídio, mostradas ao vivo; e, logo após, seus repórteres conduzem os pais da vítima a um distrito policial para, assim, registrar, também, imagens com reações e impressões dos mesmos naquele momento de desespero, e ainda, no dia seguinte, contra a vontade dos familiares da vítima, filma à distância, cenas do sepultamento, acompanhadas de comentários de que a menor era viciada em drogas, tudo levado ao ar em busca de alguns pontos a mais nos índices de audiência, o que sem dúvida, provocou um agravamento na dor espiritual dos pais da vítima. Inegável, assim, que a emissora de TV abusou da liberdade de imprensa, princípio constitucional que deve ser exercitado com consciência e responsabilidade, em respeito a outros valores igualmente importantes e protegidos pelo mesmo texto constitucional, quais sejam, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, em suma, a dignidade da pessoa humana, que, uma vez violada, reclama a devida reparação" (ApCiv 252.801-1-3/SP, Rel. Des. Ricardo Feitosa, j. 20.08.1996; maioria de votos, *BAASP* 1998/29, de 09.04.1997; *RT* 734/123).

(5) Ver a respeito: Antônio Magalhães Gomes Filho. *O direito à prova no processo penal.* São Paulo : RT, 1997.

(6) *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* Tese para concurso

mente, dupla finalidade, a saber: a) por um lado, a tutela da liberdade jurídica do indivíduo, membro da comunidade; e, b) por outro, o de garantia da sociedade contra a prática de atos penalmente relevantes, praticados pelo ser humano, em detrimento de sua estrutura".

Viola-se, entretanto, no curso da persecução penal, em ambas as fases e no processo de execução, o direito fundamental da intimidade e vida privada, de modo descuidado e sem qualquer justificação legal. Ora, sob o falso escudo de que se pretende restaurar a paz pública,[7] quebrada com o cometimento de conduta, havida por penalmente relevante; ora, porque se pretende proteger os indivíduos contra a crescente criminalidade; ou, ainda, e pior, porque, pretensamente, se hierarquizam os direitos fundamentais. Basta só lembrar o abuso ritualista das algemas; ou o desnudamento humilhante de encarcerado, após motins ou rebeliões.

Tal violação ocorre, muitas vezes, em decorrência da relatividade e elasticidade do conceito de intimidade e vida privada, no correr do processo.[8] Fora e antes do processo, também, há vulneração da intimidade. Agora, a desculpa é o controle da criminalidade violenta e a manifesta insegurança social.

Surge, porém, indiscutível que a restrição ao direito fundamental precisa, sempre, vir decorrente de ordem judicial fundamentada e correlata ao fato originário perquirido (art. 93, inc. IX, da Constituição da República e *v.g.* arts. 127; 282; 315 e 243, inc. II, do CPP). Nunca poderia nascer no arbítrio, ou na busca do proveito pessoal, que a mídia possa ensejar.

2. Proteção legal

A proteção à intimidade e à vida privada, só com o advento da Constituição de 1988, ganhou, de modo expresso, proteção constitucional e nos seguintes termos: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)" (art. 5.º, inc. X, da Constituição da República).

O Pacto de São José da Costa Rica, de 1969,[9] antes, assegurava que "ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação" (art. 11, n. 2, do Dec. 678/92).

de Professor Titular de Direito Processual Penal, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 23.

(7) Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, diz: "entenda-se paz pública como o produto da tranqüilidade social, não artificial, pela ordem pública, enxergada como harmonia na comunidade". Supressão parcial do inquérito policial, in *Juizados Especiais Criminais, interpretação e crítica,* org. por Antônio S. Pitombo. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 81.

(8) Lembre-se de que, ainda, inexiste certeza jurídica de ser ilícito e típico o fato perquirido. Recorde-se de que ele, só na sentença condenatória firme é declarado crime ou contravenção. Daí, o grave risco de exposição e transgressão do direito da intimidade do inocente.

(9) A Constituição de 1988, por força do disposto no § 2.º, do art. 5.º, recepciona os direitos, enunciados em tratados internacionais, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Assim, os direitos ali constantes ganham a mesma natureza jurídica dos demais direitos fundamentais, constitucionalmente elencados. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22.11.1969, após o depósito da carta de adesão, de 25.09.1992, passou a viger no Brasil, e seus comandos incorporaram-se à nossa Constituição (art. 5.º, § 2.º). Antes, já se estatuía que o processo penal rege-se por meio do específico Código, "ressalvados os tratados, as convenções e as regras de direito internacional" (art. 1.º, inc. I, do Código de Processo Penal).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, bem como o Pacto Internacional sobre Direito Civil e Políticos, 1966, já dispunham: "Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências" (art. 12 e 17, respectivamente).

No Brasil, não obstante a norma constitucional, inexiste lei ordinária, que proteja, de modo ostensivo, a intimidade e a vida privada. Pode-se afirmar, porém, que estão tuteladas, no sistema jurídico, da seguinte forma: (a) proteção contra danos morais, por ataques à dignidade da pessoa; (b) tipos penais de injúria, calúnia e difamação; (c) crime contra a inviolabilidade de domicílio; (d) crimes contra a inviolabilidade de correspondência; (e) crime contra a inviolabilidade dos segredos; (f) crime de tortura; (g) contravenção penal de perturbação da tranqüilidade; (h) regramento da interceptação telefônica.

Paulo José da Costa Júnior,[10] afirma, entretanto, que tais dispositivos não bastam, pois, restam, ao "desamparo da tutela jurídico-penal todas aquelas invasões do lar, possibilitadas pela técnica: a teleobjetiva que fotografa através das vidraças, à distância, ou o helicóptero que sobrevoa o 'jardim secreto', ou o terraço do *pent house* onde a dona da casa se banha ao sol. Ou mesmo a gravação de conversas íntimas ou a filmagem de cenas privadas, mantidas no sacrário do lar e obtidas de forma fraudulenta, por meio de microfones ocultos ou de câmaras minúsculas e poderosas, disfarçadas e recônditas, em objetos os mais diversos. Insuficiente, portanto, a tutela penal ofertada pelo *jus conditium*, extensiva apenas à turbação da tranqüilidade doméstica pela introdução ou permanência *non jure*, na habitação alheia. Inclusive aquele que estiver no interior da casa, como a empregada doméstica, a vasculhar gavetas e escaninhos, violando a intimidade, estará igualmente a salvo da sanção normativa". Daí, segundo o autor, a necessidade da criação do tipo penal protetor da intimidade.[11]

Em abono ao aludido autor, Cernicchiaro[12] diz que uma norma constitucional, de nada valeria sem a existência de resposta penal, para eventual violação do preceito maior, pois, "a garantia só se justifica, do ponto de vista material, desde que especifique a conduta-infração penal. A generalidade é insuficiente. Não alcança a finalidade, para concretamente registrar a garantia ínsita à prévia descrição do comportamento ilícito-penal".

(10) *O direito de estar só: tutela penal da intimidade.* 2. ed. São Paulo : RT, 1995, p. 77-78.

(11) Ver, COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Em *O direito de estar só (...)* op. cit., p. 77-78; 82-84. O CP de 1969, por influência do aludido autor, criou o crime de violação da intimidade, em seu art. 161 e nos seguintes termos: "Violar, mediante processo técnico, o direito à intimidade da vida privada ou o direito ao resguardo das palavras ou discursos que não forem pronunciados publicamente: Pena – detenção, até um ano, ou pagamento não excedente a cinqüenta dias-multa. § 1.º Nas mesmas penas incorre quem divulga os fatos captados". A nova proposta de reforma do CP, publicada no *Diário Oficial da União,* de 25.03.1998 (n. 57-E, seção I, p. 3), elaborado em entranhável tempo recorde, sugere a criação do tipo penal para proteger a violação da intimidade: "Art. 154. Violar, mediante processo tecnológico ou qualquer outro meio, o resguardo sobre fato, imagem, escrito ou palavra, que alguém queira manter na intimidade da vida privada: Pena. detenção de um a nove meses, ou multa. § 1.º Na mesma pena incorre quem, indevidamente, revela ou divulga imagem, escrito, palavra ou fato, obtidos, por si ou por outrem, ainda que deles tenha participado".

(12) CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na Constituição.* São Paulo : RT, 1990, p. 16.

A criação de tipo penal, porém, não resolverá toda a problemática. É necessário, antes, estabelecer melhor o sentido, a compreensão e o alcance da intimidade e da vida privada, para depois fixar o objeto jurídico merecedor de proteção jurídico-penal. Desaconselhável, pois, dar existência ao modelo penal poroso, desconectado do sistema brasileiro. É preciso, também, desenvolver técnica de investigação eficaz, para combate das novas modalidades de prática de crimes.

Assim, inexistindo na atual legislação a conduta penal de violação da intimidade, melhor aceitar que, em conjunto com outros preceitos legais, a inviolabilidade da casa, da correspondência, das comunicações telefônicas; o respeito à intimidade, privacidade e à integridade física e moral, visam a proteger a *intimidade pessoal e a vida privada,* ao imaginá-la ao desamparo.

3. Sentido e compreensão dos termos

Não há, nos estudos, precisão técnica na definição, conceito, abrangência da tutela da intimidade e vida privada. Os autores, na maioria, baralham os conceitos de intimidade e de vida privada. Utilizam, também, as expressões como sinônimas, no mais das vezes.

Veja por exemplo, que nos Estados Unidos, utilizam-se a expressão *right of privacy.* Em espanhol, usam-se os termos *privacidad* ou *privacía,* porém, ambos não são autorizados por dicionários.[13] Na França, preferem-se *droit a la intimité* ou, ainda, *droit à la vie privée.* Na Itália, utilizam, ora a expressão *diritto alla vita privata,* ora *diritto alla riservatezza* e, ainda, *diritto alla segretezza.*

No Brasil, também, há confusão terminológica, um tanto descabida. A voz "intimidade", sempre, entendeu-se qual a parte mais interior, ou íntima do corpo, da alma, do pensamento e da amizade, por exemplo. O adjetivo "íntimo" mostra o sentido de mais profundo; do que se acha no âmago; ou que se encontra na alma; sem lhe esquecer a idéia de doméstico, ou familial. Em português, de outra sorte, o verbo "privar" abriga dois sentidos, prevalentes. Tanto significa de alguém tirar-se algo; como lhe ter favor, ou, ainda, lhe valer algo, com alguma exclusividade. No andar do tempo, surgiram dois substantivos, que, hoje, não mais se usam: "privado", na acepção de ministro régio, encarregado dos despachos e das conversações secretas; e "privança", querendo dizer conversa reservada, ou amizade íntima. Tais palavras lembram-se para mostrar a persistência da significação. Despontaram, também, os adjetivos "privado" e "privativo". O primeiro, trazendo as idéias de proibido, secreto, íntimo e não público. Já, o segundo, portando o sinal de exclusividade, ou de particularidade. Em igual sentido, o advérbio "privativamente". Depois, surgiram os vocábulos "privacidade" e "privatividade", que diz com a fórmula inglesa *privacy.* E, o substantivo derivado "privatização", com o significado de ato ou efeito de privatizar o que público era; mais os adjetivos correlatos "privatizado" e "privatizante".[14]

Ao menos entre nós, a rigor, "vida privada" é mais ampla, ou abrangente, do que "intimidade" e a sinonimia emerge remota. O que se nota, entretanto, nos estudos, é o uso das expressões intimidade e vida privada como se fossem sinônimas. A semântica, porém, auxilia a compreensão do tema.

(13) MONREAL, Eduardo Novoa. *Derecho a la vida privada (...).* Op. cit., p. 30.

(14) Confira-se: Antônio de Moraes Silva. *Dicionário da língua portugueza.* 6. ed. Lisboa : Antônio José da Rocha, 1858, T. II, verbetes respectivos; e, *Michaelis: moderno dicionário da língua portuguesa.* São Paulo : Melhoramentos, 1998, verbetes respectivos.

O direito à intimidade e à vida privada ganharam, entretanto, significado técnico-jurídico especial. O conteúdo não se esgota, pois, no sentido vulgar. Até porque, os significados dos vocábulos, em sentido largo, apontam para alguma analogia. Ambos referem-se ao interior ou mais reservado do indivíduo e das relações interpessoais.[15] Há, porém, graus de reserva distintos.

Ivete Senise Ferreira[16] adverte que "costumam ser utilizadas na doutrina indiferentemente as expressões 'vida privada' ou 'esfera da vida privada' e 'intimidade', embora se possa fazer, quanto a elas uma distinção fundamental. Na verdade, o termo 'vida privada' é mais amplo, com características propiciadas, pela doutrina francesa que considera a intimidade uma esfera mais restrita do direito à vida privada, de acordo com a tutela estabelecida pela lei de 1970, que se referia à 'intimidade da vida privada'. Deve-se aqui também observar ser de uso corrente a expressão 'privacidade'. Todavia, todos os dicionários registram como sinônimo de intimidade a palavra privança e não privacidade, a que não fazem menção. Deixamos de utilizar a primeira por considerá-la dessueta e pedante, além de carecer de sonoridade; quanto à segunda, não a abominamos, por considerá-la um anglicismo, provável tradução do termo 'privacy' da língua inglesa. Todavia, sem qualquer preconceito de raça, daremos preferência às expressões utilizadas na França, por já estarem consolidadas na língua portuguesa".

Manoel Gonçalves Ferreira Filho[17] afirma: "É difícil distinguir conceitualmente entre intimidade e vida privada (na verdade, nesta Constituição, é praticamente impossível aplicar a regra segundo a qual num texto jurídico inexistem palavras inúteis). Vida privada, como é óbvio, opõe à vida pública. Esta é a que se desenrola perante aos olhos da comunidade. Assim, é conhecida de muitos e pode ser conhecida de todos. A vida privada é a que se desenvolve fora das vistas da comunidade. É a que se desenvolve fora das vistas do público, perante, eventualmente, um pequeno grupo de íntimos. Compreende, portanto, a intimidade, isto é, a vida em ambiente de convívio, no interior de um grupo fechado e reduzido, normalmente, ao grupo familiar".

Luis M. Garcia,[18] no entanto, assegura: "não há uma opinião sobre a diferença entre a privacidade e a intimidade. Mas pode-se dizer que o primeiro engloba a possibilidade irrestrita de realizar ações privadas, ou seja, ações que não provoquem danos a terceiros, e que de outro lado, não são objetos de qualificação por parte de uma moral pública; o direito à intimidade se refere, ao contrário, na esfera da pessoa que está isenta do conhecimento generalizado, por parte dos demais (...). O art. 19 da Constituição Nacional assegura que 'a relação direta com a liberdade individual' protege juridicamente um âmbito de autonomia individual, constituída por sentimentos, hábitos e costumes, as relações familiares, a situação econômica, as crenças religiosas a saúde mental e física, em suma, as ações, atos e

(15) GARCIA, Clemente Garcia e GOMEZ, Andres Garcia. *Colision entre el derecho (...).* Op. cit. p. 23. Eduardo Novoa Monreal afirma: "por vida privada há de se entender aquela parte da vida humana que se desenvolve a vista de poucos ou que constitui a vida pessoal e particular. E por intimidade significa a zona espiritual íntima e reservada de uma pessoa ou um grupo, especialmente de uma família". *Derecho a la vida (..).* Op. cit., p. 31.

(16) A intimidade e o Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo : RT, 5(2):96-106, jan./mar. 1994, p. 98.

(17) *Comentários a Constituição brasileira de 1988.* São Paulo : Saraiva, 1990, v. I. p. 35-36.

(18) *Juicio oral y medios de prensa: El debido proceso y la protección del honor, de la intimidad y de la imagen.* 1. ed. Buenos Aires : Ad-hoc S.R.L., 1995, p. 100-101.

dados que tenham em conta as formas de vida aceita pela comunidade, estão reservadas ao próprio indivíduo e cujo conhecimento e divulgação por estranhos, significa um perigo real ou potencial para a intimidade. Em rigor, direito à privacidade compreende não só a esfera doméstica, o círculo familiar e de amizade, mas a outros aspectos da personalidade espiritual ou física das pessoas, tais como a integridade corporal ou a imagem e nada pode imiscuir-se na vida privada de uma pessoa nem violar áreas de sua atividade não destinadas a ser difundidas, sem seu consentimento e de seus familiares autorizados por ele e só por lei a intromissão pode ser autorizada, sempre que existe um interesse superior em resguardo da liberdade dos outros, a defesa da sociedade, os bons costumes ou a persecução do crime". A reserva da privacidade, pois, acaba por ter função significativa para a própria sociedade, para além do indivíduo.

A dificuldade em precisar, tecnicamente, a intimidade e a vida privada é evidente. Nota-se, ainda, maior complexidade, ao se inserir o sujeito da tutela, na definição. Há pessoas que, em virtude da função, ministério, ofício ou da profissão, por exemplo, exercem atividades públicas, ou de interesse de grande número de pessoas; outras, não. Será que a intimidade e a vida privada de ambas são iguais; ou se admite graduação na tutela da intimidade? Pode-se, desde logo, afirmar que todos os indivíduos guardam, uma esfera inatingível de devassa, mas, que não surge igual.

O direito à privacidade, pois, "não radica todavia numa ultrapassada representação liberal da separação entre o indivíduo e o Estado. A necessidade de retiro e descanso e da liberdade de poder isolar será, pelo contrário, tanto maior quanto for o empenho do cidadão individual nas coisas públicas (...). O organismo humano seria pura e simplesmente destruído se o Estado e a sociedade pudessem permanentemente intervir nos espaços mais recônditos e últimos da existência".[19]

Assim, "a dignidade da natureza de cada homem, enquanto sujeito pensante dotado de liberdade e capaz de responsabilidade, outorga-lhe autonomia não apenas física mas também moral, particularmente, na condução da sua vida, na autoatribuição de fins a si mesmo, na eleição, criação e assunção da sua escala de valores, na prática dos seus actos, na reavaliação dos mesmos e na recondução do seu comportamento. Ora, tal autonomia, face à complexidade da vida social, pressupõe nomeadamente que cada homem possua uma esfera privada onde possa recolher-se (*right to be alone*), pensar-se a si mesmo, avaliar a sua conduta, retemperar as suas forças e superar as suas fraquezas, esfera essa que os demais sob pena de ilicitude não devem violar, *v.g.*, intrometendo-se nela e instrumentalizando ou divulgando os elementos que a compõem. E sublinhe-se, a tutela desta esfera privada tem um âmbito geral, isto é, não limita a proteger áreas circunscritas e típicas de reserva como as decorrentes de primeira linha do Direito Penal, se bem que o Direito Civil também reconheça autonomamente bens específicos de reserva da vida privada. (...) Na verdade, a reserva juscivilisticamente tutelada abrange não só o respeito a intimidade da vida privada, em particular a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual e inclusivamente os respectivos acontecimentos e trajetórias, mas ainda o respeito de outras camadas intermediárias e periféricas da vida privada, com as reservas do domicílio e de lugares adjacentes, da correspondência e de outros meios de comunicação privada, dos dados pessoais informatizáveis, dos lazeres, dos rendimentos patrimoniais e de demais ele-

(19) ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídica-criminal.* Coimbra : Coimbra, 1996, p. 90.

mentos privados da actividade profissional e econômica, bem como também, *last but not the least*, a própria reserva sobre a individualidade privada do homem no seu ser para si mesmo, *v.g.* sobre o seu direito a estar só, da sua saúde, da sua sensibilidade e da sua estrutura intelectiva e volitiva".[20]

Decorre, daí, a teoria sobre existência de círculos concêntricos delineadores da intimidade e vida privada de cada indivíduo. Ou seja, "a extensão da reserva (sobre a intimidade da vida privada de outrem) é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas. Assim, a reserva desdobra-se em círculos de resguardo, nos quais se poderá tomar (em certas circunstâncias) conhecimento de determinadas manifestações das pessoas, mas em que são ilícitos a divulgação ou o aproveitamento das mesmas, e em círculos de sigilo, nos quais são liminarmente ilícitas a intromissão e a tomada e conhecimento das respectivas manifestações".[21]

O aludido autor, depois, lastreado na jurisprudência alemã, procura fixar os graus de tutela da intimidade. Destacando "pela fecundidade heurística como pela adequação axiológico-material para a chamada teoria dos três graus (...). Na teoria dos três graus avulta, em primeiro lugar, o reconhecimento – a toda a pessoa – de uma esfera da *intimidade*, em sentido estrito. Isto é, de uma área nuclear inviolável (*unantasbarer Kernbereich*) cuja salvaguarda constitui condição do livre desenvolvimento ético da pessoa e, como tal, subtraída a toda a intervenção privada ou pública e a contar com a proteção tendencialmente absoluta da ordem jurídica (...). Nem sequer os interesses superiores da comunidade podem justificar uma agressão à área nuclear da conformação privada da vida, que goza de proteção absoluta. Uma ponderação de proporcionalidade está aqui fora de causa. Emanação direita (...) assiste a todo indivíduo, qualquer que seja o seu papel e estatuto social e por mais restrita – mesmo inexistente – que seja a respectiva esfera privada. Também as pessoas que protagonizam a vida política, social ou brilham no mundo da cultura, do espetáculo ou do desporto, têm direito à inviolabilidade da área nuclear. Nesse domínio só serão, por isso, admissíveis excepções nos casos extremados e contados em que os próprios eventos íntimos contendam diretamente com a posição ou função social do interessado. Isto é, nos casos em que eventos *prima facie* pertinentes à área da intimidade assumem uma inequívoca valência e significação sistémico-social. O quadro é outro do lado da privacidade *stricto sensu*. Desde logo, a sua densidade e extensão são decisivamente influenciados pelo estatuto do portador concreto, pela maior ou menor exposição aos holofotes da publicidade. Ela tenderá, por isso, a estreitar-se drasticamente quando estão em causa públicas figuras. Por outro lado e sobretudo a privacidade configura sempre um valor suceptível de ponderação para efeitos de justificação, nomeadamente a título de prossecução de interesses legítimos".[22]

Assim, o objeto de tutela da intimidade e da vida privada não se pode haver por genérico. É específico, considerando-se, sempre, o indivíduo e o papel que exerce, na sociedade.

O conceito de intimidade, assim, está relacionado *con los de soledad, secreto y autonomía. La intimidad indica, se puede dividir en cuatro grandes estados: a) la soledad, en la que el individuo esta separado del grupo y libre de la observación de otras personas; es el más perfecto esta-*

(20) Rabindranath V. A. Capelo de Souza. *O direito geral de personalidade*. Coimbra : Coimbra, 1995, p. 366.

(21) Rabindranath V. A. Capelo de Souza. *O direito geral (...)*. Op. cit., p 368. Ver, também, Paulo José da Costa Júnior. *O direito de estar só (...)*. Op. cit. p.

(22) Ver a respeito Rabindranath V. A. Capelo de Souza. *O direito geral (...)*. Op. cit., p. 371.

do de intimidad que el individuo puede alcanzar; b) las relaciones íntimas: la soledad se comparte; c) el anonimato: ocurre cuando el individuo se encuentra en lugares públicos o realizando actos públicos; peró sintiéndose libre de indentificación y vigilancia; d) la reserva: es la barrera psicológica levantada por una persona contra los posibles intentos de comunicación de otros (...). El derecho a la intimidad, si bien es universal en el sentido de que atañe a la propia naturaleza humana (...) resulta en la práctica sumamente relativo. Tan relativo resulta que cada sistema jurídico resalta un aspecto u otro de la intimidad.[23]

Todos os indivíduos, pois, guardam uma esfera de intimidade inatingível, que não pode, jamais, ser devassada. Nem mesmo no curso da persecução penal admite-se a invasão. Intolerável, de outra sorte, a intromissão na intimidade e vida privada do indivíduo, por agentes públicos ou por particulares.

3.1 Intimidade e direito da personalidade

O objeto jurídico tutelado pela intimidade e vida privada é estudado por vários ramos do direito. Tais análises auxiliam o entendimento da sua extensão, profundidade e complexidade, no processo penal.

A intimidade e a vida privada não são asseguradas, tão só, com a impossibilidade de violação de domicílio, da correspondência e com a proibição das interceptações telefônicas. O âmbito da tutela é maior e se ramifica em vários instantes, no curso da persecução penal.

Alguns autores inseriram a tutela da intimidade e da vida privada, no direito da personalidade.[24] Afirma-se, também, que a proteção da intimidade é direito personalíssimo, vinculado à pessoa humana, sendo resultado lógico dessa assertiva que a intimidade corporal constitui o primeiro e mais imediato dos domínios da intimidade pessoal.[25]

Santos Cifuentes,[26] de outra sorte, ao conceituar a intimidade diz: "é o direito personalíssimo que permite subtrair a pessoa da publicidade ou de outras turbações da vida privada, a qual está limitada pelas necessidades sociais e os interesses públicos".

José Carlos Barbosa Moreira,[27] escrevendo antes do advento da atual Constituição, diz: "entre essas 'novas' categorias jurídicas, que assomam ao proscênio, ameaçando ofuscar figuras de tradição

(23) GARCÍA, Clemente García, e GOMEZ, Andrés García. *Colision entre el derecho (...).* Op. cit., p. 24.

(24) Ver a respeito CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. *O direito geral (...).* Op. cit., Santos Cifuentes. *Derechos personalísimos.* 2. ed. actual e ampl., Buenos Aires : Astrea, 1995.

(25) Cf., ainda, Luciano Parejo Alfonso. *El derecho fundamental a la intimida: Em Problemas actuales de los derechos fundamentales.* Madri : José Maria Louca, 1994, p. 303.

(26) *Derechos (...).* Op. cit., p. 544. O autor esclarece, ainda, que "tomo a palabra intimidad como sinónimo de vida privada (...). Ello porque también lo privado importa, en la lengua castellana, 'interior', 'íntimo', 'personal'. Evito hablar del 'conocimiento de los otros', porque ése no es el *quid* del ataque, sino la *publicidad* que, claro está, se dirige a poner en conocimiento a los demás, auque a veces no logra su objetivo sin dejar de ser un ataque al derecho. Cualquiera puede tomar conocimiento de algo absolutamente mío por motivos casuales, sin violar la intimidad. La violaría sí, si lo publicara o anunciara, o sea, si lo difundiera por algúm medio; agrego, 'otras turbaciones a la vida privada', para compreender tambiém, las intromissiones, los acosamientos para entremeterse, las intrusiones que, si publicidad, ofendem la vida íntima".

(27) Processo civil e direito à preservação da intimidade. *Temas de direito processual.* segunda série. São Paulo : Saraiva, 1980, p. 3-4.

ilustre mas um tanto fastigada, ocupa lugar de relevo o chamado direito à preservação da intimidade. Recente como objeto de pesquisa científica individualizada, não é de estranhar que permaneçam parcialmente imersos em bruma a sua natureza e os seus contornos. Encaixam-se os estudiosos no quadro dos 'direitos da personalidade'; mas, em tal contexto, não se chegou por enquanto a traçar-lhe o perfil com linha nítida, em ordem e estremá-lo à perfeição de congêneres como o direito à liberdade, o direito à integridade física e psíquica, o direito ao nome, o direito à própria imagem e sobretudo o direito à honra, do qual entretanto parece haver inteira conveniência em mantê-los distintos. Embora talvez ainda não se tenha cunhado fórmula exata para conceituá-lo, não se andará longe da verdade se lhe identificar a essência no poder atribuído à pessoa de excluir o conhecimento alheio em maior ou menor grau, quanto a fatos com ela relacionados e a atributos do seu próprio ser. Este poder vem sendo reconhecido como digno, em *si mesmo*, de tutela jurídica, independentemente de considerações sobre as possíveis conseqüências da intromissão indébita e não consentida de outrem na 'esfera íntima' do indivíduo".

A preocupação em fixar os contornos da tutela da intimidade e vida privada levou os juristas nórdicos, em conferência realizada em Estocolmo, a 22 e 23 de maio de 1967, a elaborar elenco de objetos tuteláveis.[28] Assim, se fixou que a intimidade e a vida privada consistem no direito do indivíduo viver protegido contra: toda ingerência à vida interior, familiar e doméstica; todo ataque à integridade física e moral; toda agressão à honra objetiva e subjetiva; toda interpretação prejudicial dada-lhe às palavras e a seus atos; a divulgação desnecessária de comportamentos embaraçosos, referentes à vida privada; a utilização de seu nome e identidade, ou imagem; toda atividade tendente a espioná-lo, vigiá-lo ou escutá-lo; a interceptação de correspondência; a utilização maliciosa de suas comunicações privadas, escritas ou orais; divulgação de informações, comunicadas ou recebidas em sigilo profissional. O elenco recebeu críticas,[29] mas seu mérito está evidente, por ter sido o primeiro passo para se alcançar precisão técnico-jurídica sobre objeto de tutela da intimidade e vida privada.

Entre nós, destaca-se o estudo de Walter Moraes,[30] que lastreando em dois traba-

(28) GARCÍA, Clemente García, e GOMEZ, Andres García. *Colision entre el derecho (...).* Op. cit., p. 26.

(29) MONREAL, Eduardo Novoa. Diz: "Em um esfuerzo más por alcanzar máxima precisión em su propósito descriptivo y al mismo tiempo delimitativo, la Conferencia Nórdica añade, a continuación, uma extensa lista de las formas, medios y procedimientos que permiten atentar contra la vida privada (...). Si comparamos la lista de actividades que violan la vida privada confeccionada por la Conferencia Nórdica com las que otros organismos, como la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, podremos apreciar que aquélla há tenido gran éxito y que es seguida, total o parcialmente, en otros estudios. Sin embargo, el más superficial examen de los 10 puntos de la Conferencia Nórdica nos muestra que su mérito no es outro que el ser um primer intento aproximativo, porque evidencia serios errores, como son: 1) incurrir en el uso de expresiones de índole general, que no indicam ningún contenido concreto, como es el caso de la letra a); 2) incluir aspectos que correspondem a otros derechos humanos, que en su oportunidad se diferenciarán del derecho a la vida privada, como es el caso de las letras c), f) e J. e 3) valerse de expresiones genéricas que visiblemente exceden el campo del derecho a la vida privada" em seu trabalho *Derecho (...).* Op. cit., p. 39.

(30) Está assegurado o direito geral à intimidade. *Repertório IOB de jurisprudência* 3/2031. São Paulo, n. 23/358-360, dez. 1988. Os grifos são nossos. O autor baseou-se nos seguintes trabalhos: no âmbito penal,

lhos sobre a intimidade, um no campo penal, outro no civil, concluiu: *O direito subjetivo à intimidade consiste nas faculdades de possuí-la, usá-la, desfrutá-la e dela dispor com exclusividade seu titular, o que importa em excluí-la do acesso de todas as outras pessoas.* E assim é com todos os demais direitos de personalidade. Trata-se, portanto, de um direito absoluto: oponível *erga omnes. Violar a intimidade significa penetrá-la sem o consentimento (e não só contra a vontade) do titular e, destacadamente divulgá-la.* A violação da intimidade será, porém, sobretudo uma invasão; invasão não só pelos sentidos (da visão, da audição), não só pelo conhecimento ilícito, como também, pela incursão física, como a daquele que inconsentidamente ingressa numa casa, num escritório ou numa oficina ou que arromba um armário, despe outra pessoa ou lhe abre a correspondência fechada. A tutela *específica* da intimidade (e, em geral, dos direitos de personalidade) é uma tutela apenas *negatória*: consiste no poder de fazer cessar a violação atual (*actio negatoria*) ou de impedir a iminente (*actio prohibitoria*). Consumada a violência, não há de regra, como reparar a lesão ao bem jurídico atingido. Os danos patrimoniais resultantes da violação se reparam pela indenização. Mas o que se restaura então é o patrimônio; nunca a intimidade, irremediavelmente, ofendida. O ressarcimento pelo dano moral continua a ostentar sempre um caráter compensatório: nem repara a lesão perpetuada no bem imaterial, nem serve ao propósito de restabelecer o patrimônio, pois não é patrimonial o bem atingido: uma importância em dinheiro (ou estimada em dinheiro) para confortar uma vítima de uma lesão 'moral'".

A intimidade – pode-se afirmar – é um valor e cada indivíduo guarda-lhe a medida, no encontro de si mesmo; ainda que imerso no mundo interior do próprio organismo, ou no exterior, ou dos outros. Diverso viés exibe a vida privada, posto que não privilegia a auto-consciência, mas, a convivência. Há que se considerar, porém, que há graus a serem resguardados da intimidade e da vida privada, mas, todos guardam uma esfera inatingível de devassa. Daí, ser fácil entender que ambas mostram-se como irradiações da fundamental dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inc. III, da Constituição da República).

Tais considerações visam a demonstrar a necessidade de melhor estudar os reflexos da proteção constitucional, da intimidade e da vida privada, em especial, no processo penal.

4. Intimidade e vida privada, no processo penal

A extensão do tema leva a análises parcelares. Daí, a razão para enfocá-lo, de modo prevalente, no processo penal. Ada Pellegrini Grinover[31] afirma que: "A problemática da intimidade integra o pano de fundo do processo penal, na medida em que o Estado, na persecução dos fins punitivos, exerce atividade investigatória que leva quase necessariamente a uma intromissão, na esfera privada do indivíduo. E se, de um lado, o direito à intimidade é parte integrante dos direitos da personalidade, envolvendo a liberdade do homem, é igualmente certo que todas as liberdades têm feitio e finalidade éticos, não podendo ser utilizados para proteger abusos e acobertar violações".

Rogério Lauria Tucci[32] assevera que os "proclamados direitos do indivíduo integrante da comunidade põem-se como autênticas barreiras contra a atuação dos agentes estatais da persecução penal e dos

o livro de Paulo José da Costa Júnior. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade;* na esfera civil a obra de Milton Fernandes. *Proteção civil da intimidade.* São Paulo : Saraiva, 1997.

(31) *Novas tendências do direito processual.* São Paulo : Forense, 1990, p. 60.

(32) *Direitos e garantias (...).* Op. cit., p. 419-420.

órgãos do Poder Judiciário, limitando-a no interesse da *privacidade*, cuja assecuração constitui exigência inarredável do Estado de Direito. Explicam-no bem Canotilho e Vital Moreira, ao asseverarem que os 'interesses do processo criminal que encontram limites na dignidade humana' e nos 'princípios fundamentais do Estado de direito democrático', de sorte a não poderem 'valer-se de actos que ofendam direitos fundamentais básicos, como o direito à integridade pessoal, à reserva da intimidade da vida privada, à inviolabilidade do domicílio e da correspondência'. E complementam, *verbis*: 'a interdição é absoluta no caso do direito à integridade pessoal, e relativa nos restantes dos casos, devendo ter-se por abusiva a intromissão quanto efectuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial, (...) quando desnecessária ou desproporcionada, ou quando aniquiladora dos próprios direitos'".

O Estado, no exercício do poder-dever de punir, no curso da persecução penal, pode limitar a tutela da intimidade e da vida privada do indivíduo, nos termos da Lei Maior. A diminuição, porém, há que estar vinculada e ser proporcional ao fato perquirido. Tal enfoque não retira-lhe o poder-dever de restringir a publicidade dos atos do procedimento, extrajudicial ou judicial, por exigência da defesa da intimidade (art. 5.º, inc. LX, da Constituição da República).

Assim, outra forma de analisar o âmbito de incidência da tutela da intimidade e da vida privada, consiste em inseri-la no curso da persecução penal, em suas várias fases.

4.1 No inquérito policial

Na primeira fase da persecução penal – inquérito policial, ou outra forma preliminar persecutória –, há que se fixar limites para a invasão da intimidade. O poder-dever estatal de investigar fatos ilícitos não surge absoluto. É intolerável a investigação arbitrária, com desprezamento dos direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, na prisão, em flagrante delito, temporária, ou preventiva, em senso estrito, por exemplo, o indivíduo deve ficar separado, dos que se acham encarcerados, por motivo de condenação firme (art. 84 da LEP). Necessitam os presos restarem apartados, consoante o sexo, em estabelecimentos distintos (art. 82, § 1.º, da LEP). A idade é natural motivo de separação (art. 5º, inc. XLVII, da Constituição da República). A função, exercida pelo prisioneiro, ao tempo da pretensa infração penal, também, importa. Ninguém pensaria em colocar integrante da administração da justiça criminal (delegado de polícia, promotor de justiça, juiz de direito e outros), em cadeia pública, destinada a todos os denominados presos provisórios (arts. 84 § 2.º e 106, da LEP). A natureza do delito força, também, o afastamento de suposto praticante de estupro.

As aludidas maneiras de separação, além de proteger a integridade física do indivíduo, dá-lhe tutela à intimidade, que preso guarda, não obstante sujeito da persecução penal.

Desponta inaceitável a exposição, como troféu, à imprensa, do investigado, ou envolvido em alguma infração penal. É inadmissível, também, a divulgação aleatória dos atos, ou de fatos, inerentes ao imputado, desconectado com a investigação. Não se está, aqui, pretendendo limitar o direito à informação, mas, garantir ao sujeito da persecução, sua intimidade. A liberdade de informação não pode se sobrepor ao direito à intimidade. Ambos são partes integrantes de um sistema. Devem conviver, de modo harmônico, sem sobreposição ou anulação, de um em detrimento de outro, levada em conta a noção de proporcionalidade.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que a intimidade do preso deve ser res-

peitada, inclusive, no tocante a escolha da pessoa a ser informada da prisão. Com efeito, "RHC – Inquérito Policial – Prisão – Comunicação ao juiz competente e a família do preso ou a pessoa por ele indicada (Constituição art. 5.º, XII) – A Constituição da República visa a resguardar o *status libertatis*, ensejando a pessoas de confiança do preso o conhecimento do fato, a fim de, diante de qualquer ilegalidade, ser afrontado o vício jurídico. A participação imediata de qualquer juiz competente é impostergável. A comunicação à família ou a pessoa pelo preso indicada configura direito público subjetivo. A interpretação, porém, deve ser finalística. Pode ocorrer que o preso não tenha interesse, ou mesmo não deseje que tal aconteça. *Urge respeito a sua intimidade.* Se terceira pessoa, ainda que estranha a família ou pelo preso indicada, intervir, e de modo eficaz compensar a ausência de alguém do rol constitucional, suprida estará a situação jurídica. Exemplificativamente, a presença de defensor".[33]

A reconstituição de crime, ou reprodução simulada, não pode aflorar forçada, contrariante da vontade do indiciado. Nem é preciso lembrar a antiga parêmia: "ninguém há de ser constrangido a produzir prova contra si mesmo". Recorde-se, de outra sorte, a ilicitude desse meio de prova, em razão da moralidade, visto que pode ferir a intimidade dos partícipes – investigado e vítima – (art. 7.º, do CPP).

Tais dispositivos legais não podem mais ser lidos, com desprezamento da Constituição, pois, também, se inserem na tutela da intimidade e da vida privada.

Na realização de busca, na modalidade domiciliar ou na pessoal, a inviolabilidade de domicílio[34] e o respeito a integridade física e moral, assegurados na Constituição da República, isoladamente, não protegem a intimidade e a vida privada. As aludidas garantias são conexas à norma constitucional da intimidade e privacidade[35] (art. 5.º, inc. X), visto como, ainda que se possa entrar em casa alheia, ou proceder a revista pessoal, "não se pode divulgar fatos relacionados com a vida privada",[36] eventualmente, obtidos na diligência, sem relação com o fato investigado. Nem tão pouco, expor ou divulgar quaisquer ocorrências relativas a outras pessoas, que habitam a mesma casa; mas, que não se acham sujeitas à persecução penal.

(33) STJ 1345, RHC 1526-91/RJ, 6.ª T., Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 29.10.1991. *DJU* 25.11.1991, p. 17.084.

(34) O direito à intimidade não se confunde com a inviolabilidade de domicílio. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro : Borsoi, 1956, t. 8, p. 126.

(35) NAVARRETE, José F. Lorca. Analisando a proteção em face do direito espanhol, afirma: "La protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello, existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohibe la entrada y el registro en um domicílio (art. 18,2 CE) y la que impone la defensa y garantia del ámbito de privacidad (art. 18,1 CE). Todo ello obliga a mantener, por menos, *prima facie*, un concepto constitucional de domicilio en mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo". *Derechos fundamentales y jurisprudencia.* Madri : Pirámide, 1994, p. 65/66.

(36) ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal.* Coimbra : Coimbra, 1992, p. 51. Note-se, também, no curso do processo deve ser preservado o direito a intimidade do indivíduo. Com efeito, "as regras de processo devem ser interpretadas e aplicadas de modo que resguardem a proteção do direito à intimidade", abrangendo a produção de provas em juízo, como por exemplo, a exibição de documentos e coisas e prova testemunhal. DELGADO, José Augusto. A Tutela do processo na Constituição de 1988 – princípios essenciais. *Revista Curso de Direito Universidade Federal de Uberlândia,* 19(1,2):335-54, 1990.

Assim, o amparo constitucional da "casa", por si só, não protege a intimidade do indivíduo. Tal garantia, apenas, compõe o conjunto de normas, que resguardam a intimidade e a vida privada. O respeito à integridade física e moral, também, é parte complementar da aludida proteção.

Os preceitos constitucionais, determinantes de que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante"; e "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (art. 5.º, inc. III e XLIX) visam, de igual modo, à "inibirem a violência e o abuso de poder das autoridades públicas, e de seus agentes, sobrelevando o *status dignitatis* do indivíduo envolvido numa *persecutio criminis*",[37] integrando, pois, a proteção da intimidade.

É indiscutível, portanto, que o processo penal deve conformar-se e se nortear pelo respeito à dignidade da pessoa humana, encontre-se em liberdade ou presa. A persecução penal, extrajudicial e judicial, entretanto, muitas vezes concretiza-se, negando eficácia às mencionadas garantias e ao referido fundamento.

4.2 Na ação penal condenatória

Na ação penal, vários são os instantes, em que a preservação da intimidade não cede passo à livre instrução criminal. Na citação edital, por exemplo, decidiu o STJ que, ao especificar-se a imputação, "basta a menção ao artigo de lei correspondente, a fim de ser preservada a intimidade",[38] do argüido. Desnecessário detalhes sobre os fatos, dando-lhes notoriedade.

No interrogatório, ainda exemplificando, exsurge desnecessário, ao se inquirir sobre a imputação, ou a respeito do comportamento da vítima, espiolhá-los, ao ponto de causar injusta vexação (art. 188, do CPP). Não há cabimento imiscuir-se na intimidade do acusado, *v.g.*, questionando-lhe a vida sexual, sem que tal fato tenha relevo para a investigação. Pouco importa, de outra sorte, para a persecução de alguns delitos, a situação financeira do imputado. Basta pensar, ainda, nos cuidados que reclama o interrogatório nos crimes contra os costumes. À evidência, o mesmo zelo exigem as perguntas ao ofendido (art. 201, do Código de Processo Penal).

Ao se permitir que o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, mais o cônjuge e o irmão eximam-se de depor, busca-se, em certa medida, tutelar a intimidade e a vida privada. Até porque deles não se espera isenção (art. 206, do Código de Processo Penal).

A lei do processo proíbe de depor as pessoas que, por motivo da função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo[39] (art. 207, do CPP). Assegura-se, mais outra vez, a intimidade, do imputado que, em confiança, fez do profissional depositário e conhecedor de fatos íntimos.

De igual modo, na elaboração de laudos, em prova pericial, há limites que não podem ser ultrapassados – ainda que exame criminológico desponte, unicamente, no processo de execução – não só em atendimento à desconsideração prévia de culpabilidade; mas, por motivo de não se devassar a intimidade (arts. 9.º; 96; 112, par.ún.; 114, inc. II; 131 e 174, da LEP). Tal não significa que, ao elaborar exame médico legal, no correr do incidente de insanidade mental do acusado, se permita ao perito incluir, no laudo, eventual confissão. O *confiteor*, proferido em confiança, não deve acabar divulgado, violando a intimidade (art.

(37) TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias (...)*. Op. cit., p. 360.

(38) STJ 06873, REsp. 93.254-96/RS, 6.ª T., Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 08.10.1996, *DJU* 05.05.1997, p. 17.139.

(39) Não se está aqui, enfocando o dever funcional de guardar segredo, pois, em caso de violação nasce a responsabilidade disciplinar, civil e penal.

149 e *et seq.* do CPP e art. 183, da LEP). Inadmissível, também, divulgar outros fatos, não relacionados com a causa penal, mas causadores de constrangimento ao investigado. E, para além do segredo e sigilo profissional, cumpre guardar a intimidade do indivíduo.

A cobertura jornalística sobre fato recente, onde se imputa a uma pessoa a prática de vários homicídios, tem revelado o quanto a intimidade de indiciado, ou de acusado pode ser violada. Exibe-se, em rede nacional de televisão, parte de declarações, prestadas a profissional, em confiança, para elaborar laudo técnico, sem qualquer restrição ou respeito ao acusado. Alcançar melhor índice de audiência, hoje, parece ser mais importante do que o acatamento à Constituição da República.

A questão da prova documental exibe grande complexidade.[40] A obtida por meio ilícito, ou ilegítimo, desconsidera-se, não produzindo, pois, efeitos (art. 5.º, inc. LVI, da Constituição da República).

Sério, porém, se mostra o problema do papel ou documento comum, assim envolvendo terceiro, que não figura como parte na causa penal; mas, cuja divulgação do conteúdo, ainda que restrita, aos órgãos da persecução, lhe atinge a intimidade e a vida privada. O processo é instrumento público e ético, que tem como escopo tutelar a liberdade jurídica do indivíduo e a conservação da paz pública. Não deve, pois, causar malefício e dano a terceiro, a pretexto de obter resultado condenatório.

Igual raciocínio deve ser ultimado, nas interceptações e gravações de conversas telefônicas. Inadmissível a devassa da intimidade de terceira pessoa, ainda que originária em interceptação telefônica legal, sem vínculo com o objeto da persecução.

Há maior polêmica, ainda, quando a gravação telefônica é realizada por um dos interlocutores, mas, sem o conhecimento de outro. A discussão, na maioria das vezes, insere-se na ilicitude da obtenção da prova. Emerge necessário, porém, sob outro enfoque, verificar se a gravação viola, ou não o direito à intimidade da pessoa que, sem maior cuidado, conversa com o interlocutor, eventualmente, expondo-se.

Os julgados dividem-se. O STF já admitiu a gravação, afirmando que ela não viola o direito da intimidade: "*Habeas Corpus*. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando, há para essa utilização, excludente de antijuridicidade – afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, e ela, por via de conseqüência, lícita e, também conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5.º, LVI, da Constituição, com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5.º, X, da Carta Magna). *Habeas Corpus* indeferido".[41]

(40) Note-se que o anteprojeto de Código Penal, Parte Especial (Port. n. 790/87) ofertava o seguinte conceito de documento, por equiparação: "Equipara-se a documento, para os efeitos penais, a representação de fato, ou circunstância, juridicamente relevante, mediante processo técnico, mecânico, eletrônico ou qualquer outro meio"(art. 306). Pense-se na fotografia, videoteipe, gravação em fita magnética e no suporte informático, sendo alguns, de manifesto, de conteúdo volátil.

(41) *Habeas Corpus* 74678/SP, Rel. Moreira Alves, j. 10.06.1997, *DJU* 15.08.1997, p. 37.036. No mesmo sentido, "Processual penal. Prova. Gravação de conversa telefônica. Validade. 1. A lei proíbe e pune a interceptação telefônica, ou seja, quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telefônica ou radioelétrica dirigida a terceiros, ou conversação telefônica entre outras pessoas. Já que o participante de conversa telefônica pode usar aquilo que ouviu do outro, salvo

Há, porém, julgados que inadmitem a gravação de conversa telefônica. Com efeito: "Prova – gravação oculta de diálogo – inadmissibilidade – inteligência dos artigos 5.º, X e LV, da CF e 332, do CPC. A gravação oculta de diálogo, sem autorização expressa do interlocutor, viola a intimidade, resguardada pelo art. 5.º, X, da CF, e assim, tal gravação, em fita magnética, representa meio de prova tanto ilícito quanto imoral, o que conduz a sua inadmissão por ferir o devido processo legal (art. 5.º, LVI, da CF). E, nos termos do art. 332 do CPC, os meios de prova não previstos especialmente em lei subordinam-se o requisito da legitimidade moral".[42] A aludida decisão, em especial no processo penal, merece atenção, pois, enfoca o problema da moral e a prova.

No Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, não há unanimidade, no tocante a admissibilidade da gravação, mas, agora, realizada por terceiro, que não participou da conversa. Entendeu-se, em determinado momento, que a gravação de conversa telefônica viola a intimidade: "Constitucional e Processual Civil. Mandado de segurança. Escuta telefônica. Gravação feita por marido traído. Desentranhamento da prova requerida pela esposa. Viabilidade, uma vez que se trata de prova ilegalmente obtida, com violação da intimidade individual. Recurso ordinário provido. I. A impetrante/recorrente tinha marido, duas filhas menores e um amante médico. Quando o esposo viajava, para facilitar seu relacionamento espúrio, ela ministrava 'lexotam' as meninas. O marido, já suspeitoso, gravou a conversa telefônica entre sua mulher e o amante. A esposa foi penalmente denunciada (tóxico). Ajuizou, então, ação de mandado de segurança, instando no desentranhamento da decodificação da fita magnética. II. Embora esta turma já tenha manifestado pela relatividade do inc. XII (última parte) do art. 5.º, da CF/88 (HC 3.982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, *DJU* de 26.02.1996), no caso concreto o marido não poderia ter gravado a conversa ao arrepio de seu cônjuge. Ainda que impulsionado por motivo relevante, acabou por violar a intimidade individual de sua esposa, direito constitucionalmente (art. 5.º, X). Recurso provido".[43]

O aludido Tribunal, depois, admitiu como válida a gravação de uma reunião: "*Habeas Corpus* – excesso de exação e coação no curso do processo – gravação – licitude da prova – inexistência de fato delituoso – trancamento do inquérito policial. I. Autoridade fazendária aduaneira acusada de excesso de exação e coação no curso do processo. Argumento de inidoneidade da prova improcedente, visto tratar-se de gravação de reunião entre

se a revelação causar dano a terceiros, deste modo, o conteúdo da conversa telefônica, quando gravado, merece o mesmo tratamento dispensado aos outros meios preparatórios. 2. Crime de exploração de prestigio configurado" (TRF1 Ap. 120124-92/DF, Rel. Fernando Gonçalves, j. 21.02.1994, *DJ* 28.03.1994, p. 12.610). No processo cível, também, se assentou: " Processo Civil. Prova. Gravação de conversa telefônica feita pela autora da ação de investigação de paternidade com testemunha do processo. Requerimento de juntada da fita, após a audiência da testemunha, que foi deferido pelo juiz. Tal não representa procedimento em ofensa ao disposto no art. 332 do CPC, pois aqui o meio de prova não é ilegal, nem moralmente ilegítimo. Ilegal é a interceptação, ou a escuta de conversa telefônica alheia. Objetivo do processo, em termos de apuração da verdade material ('a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa'). Recurso especial não conhecido. Votos vencidos" (REsp. 9012-91/RJ, Rel. do acórdão Nilson Neves, j. 24.02.1997, *DJU* 14.04.1997, p. 12.735).

(42) TJSP, 9.ª Câm. agv. 12.224-4/SP, Rel. Des. Franklin Neiva, j. 14.05.1996, v.u, *BAASP* 1988/9-e, de 29.01.1997.

(43) RMS 53.352-95/GO, Rel. do acórdão Adhemar Maciel, por maioria, j. 27.05.1996, *DJU* 25.11.1996, p. 46.227.

funcionário público e usuário do serviço público àquele afeto, sem caráter reservado. Inexistência de ofensa ao dever constitucional do sigilo. II. Prova que, aceita, não evidencia prática de crime algum, senão firme propósito de cumprir a legislação tributária e aduaneira. Constrangimento ilegal no prosseguimento do inquérito".[44]

A divergência jurisprudencial evidencia, de novo, a complexidade do tema. Mostra, também, que a questão não se acha, apenas, inserida no processo penal.

4.3 Na execução penal

Até mesmo o condenado, durante o cumprimento da pena, tem resguardada, parcela de sua intimidade. A Lei de Execução Penal, expressamente, estabelece: "É defeso ao integrante dos órgãos da execução penal, e ao servidor, a divulgação de ocorrência que perturbe a segurança e a disciplina dos estabelecimentos, bem como exponha o preso a inconveniente notoriedade, durante o cumprimento de pena" (art. 198, da Lei 7.210/84); e, também, assegura como direito do preso: "proteção contra qualquer tipo de sensacionalismo" (art. 41, VIII, da LEP). Assim, a supressão do direito de liberdade, pelo cometimento de crime, não lhe toma, em absoluto, o direito à intimidade e à privacidade, ainda, que em menor grau.[45] Lembre-se de que o condenado e o internado só têm atingidos os direitos que a lei, ou a sentença, expressamente, apontam (art. 3.º, da Lei de Execução Penal).

Emerge, pois, inadmissível, por afrontar a garantia constitucional da intimidade e da vida privada, a exposição do condenado, por mero exibicionismo da autoridade pública.

É indiscutível que a proteção ao direito fundamental – qualquer que seja – consiste na primeira finalidade do processo penal: "Afirmá-lo é também proteger o interesse da comunidade de que o processo penal decorra segundo as regras do Estado de Direito – que se prendem com os direitos fundamentais das pessoas e que exigem que a decisão final tenha sido lograda de um modo processualmente válido"[46] e que se execute dentro da estrita legalidade.

Nada impede, pois, no sistema processual penal, que o poder-dever de punir e o de garantir direitos fundamentais se conjuguem, sem destruir-se, tendo em

(44) STF, 2.ª T. RHC 67.058-0/RS, Rel. Francisco Rezek, j. 03.03.1989, *v.u, DJU* 31.03.1989, p. 4.330, *BAASP* 1587, de 24.05.1989).

(45) O STJ, porém, afirmou que o indivíduo preso perde alguns direitos e garantias constitucionais. Com efeito: "Constitucional e processual penal. *Habeas Corpus.* Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais, próprios do homem livre, para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inc. LVI, do art. 5.º, da Constituição, que fala que 'são inadmissíveis (...) as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta, na busca de valores maiores da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' (*verfassungsaktualisierung*), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do STF, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da 'razoabilidade' (*reazonableness*). O 'princípio da exclusão ilicitamente obtidas' (*exclusionary rule*) também lá pede temperamento" (HC 3.982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel; *RSTJ*, 82/322).

(46) DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal.* Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, s/e, 1988, p. 22.

conta que o interesse social satisfaz-se, também, com a proteção individual.[47]

Eis, pois, outra forma de sentir os reflexos da tutela constitucional da intimidade e vida privada, no processo penal.

5. Paz pública e proteção da intimidade e da vida privada

Nos grandes centros urbanos, em decorrência do natural aumento da criminalidade e a sensação de insegurança, gerada pela deficiente segurança pública, surge nova forma de restringir e limitar a intimidade e a vida privada. Agora, operando antes e fora do processo penal. Veja-se, por exemplo, o sistema de vigilância urbana, que hoje se está implantando em Londres.

É cada vez mais freqüente o uso, em locais públicos e particulares, de sistema de vigilância eletrônica – fotografia, filmagens e videoteipes –, como pretenso elemento de intimidação e contenção da prática de atos ilícitos.

O comportamento do indivíduo, assim, passou a ser controlado, diuturnamente, sem qualquer aviso, limite, ou permissivo legal. É inegável a intranqüilidade social. Isso não leva a admitir a obtenção da paz pública de modo artificial, com perene violação de direitos e garantias, constitucionalmente assegurados.

Jaques Camargo Penteado, com pontualidade, adverte: "O problema não é o uso da tecnologia ou da presença física de um encarregado de segurança, mas a falta de norma que, criando um sistema equilibrado, enseje a vigilância com certa cautelaridade, exigindo ao menos a probabilidade de lesão a bem jurídico para a sua atuação, em vez de total e indiscriminada incidência".[48]

O problema, pois, é a ausência de regulamentação disciplinadora da atuação dos agentes públicos e dos particulares. Hoje, o detentor de imagem capturada, por meio de variados procedimentos de viligância, pode, ao seu talante, usá-la. Permite-se, inclusive, que exponha a intimidade de pessoas, sem qualquer controle ou justificação legal. O acompanhamento, a divulgação e utilização das imagens captadas precisam de regras mínimas; até porque podem chegar ao processo penal forjadas, engendrando cenas e condutas. Recorde-se de que o uso da informática possibilita a inserção ou supressão de pessoas e coisas de uma cena capturada, criando nova situação.

Desponta urgente, pois, disciplinar o uso de meios eletrônicos, para que, de fato, utilizem-se, em favor da paz pública, mas sempre com fidelidade e respeito à dignidade da pessoa humana.

No Direito Penal português, por exemplo, se procurou resolver a questão, dando autonomia jurídica ao direito de imagem. Criou-se, assim, tipo penal autônomo, desvinculado do direito da intimidade e vida privada. Tal autonomia, porém, não solucionou várias questões práti-

(47) PELLERANO, Héctor F. Rojas. Investigacion del delito. *Enciclopedia jurídica omeba.* Buenos Aires : Bibliográfica Argentina, s/d., t. 16, p. 842.

(48) O autor afirma, ainda: "Ninguém questionaria que se acionasse o sistema de filmagem das cenas de um assalto a partir do momento em que se percebesse a ocorrência ilícita, o que não é aceitável é que todos os cidadãos sejam submetidos "a gravação indiscriminada em situações de absoluta tranqüilidade. Por outro lado, as gravações de crime deveriam ser entregues para as autoridades públicas definidas em lei, pois não é razoável que se veicule em rede de televisão as cenas que identificam inocentes, prováveis testemunhas que podem ser alvos dos integrantes do crime organizado. Não se sabe se houve cortes nas filmagens e sequer o seu destino. Portanto, deve ser regulada por lei a atividade preventiva de razoabilidade para o início das filmagens". Sociedade vigiada. *Revista Semestral Internacional de Estudios Académicos, Notandum 2.* Madri : Mandruvá, Jul./Dec. 1998, p. 63.

cas. Afirma-se que "no plano teleológico e material-axiológico, também a imagem configura um bem jurídico eminentemente pessoal, com estrutura de uma liberdade fundamental, que reserva à pessoa uma posição de domínio. É à pessoa que assiste, e em exclusivo, o direito de terminar quem pode gravar, registrar, utilizar ou divulgar a sua imagem. O direito à imagem emerge nessa linha como expressão, civilística e penal há de, por isso, estar preordenada a obviar aos perigos de manipulação, alienação e heteronomia que a objetivação retificada comporta e potência (...). Hoje pode considerar-se consensual a convicção de que o registro e a divulgação arbitrária da imagem, configuram manifestação de danosidade social e atentados à dignidade e autonomia pessoais idênticos aos das gravações ilícitas".[49]

Emerge, pois, intolerável, no direito português, o registro e a divulgação arbitrária da imagem. A paz pública não se obtém com a violação do direito individual. E a sociedade só se encontra protegida, à medida que se preserva a individualidade de cada um.

Ainda sob o enfoque da paz pública, a Lei 9.454, de 07.04.1997 instituiu o número único de Registro de Identidade Civil. Exsurge intolerável, porém, que, descuidada, venha a servir de instrumento de restrição à intimidade e à vida privada.[50]

Veja-se que, no prazo de um ano, segundo o mencionado diploma, todo indivíduo deveria ter um único número, para identificar-se perante aos órgãos da segurança pública, fisco, previdência social, clube esportivo, escola, universidade, banco, administradora de cartão de crédito, por exemplo. Tudo muito simplificador, prático, moderno e econômico. Mas, prático, moderno e rápido mesmo será a possibilidade de centralização de todos os dados, em único órgão, que se criou com a edição da lei, para "conter a número único, e acompanhar os dados de identificação" (art. 2.º).

Além da centralização de informações e poderes em um só órgão, como fator devassador da intimidade e da vida privada, há que ser considerada a vulnerabilidade dos dados informáticos e a possibilidade de acesso aos sistemas operacionais, por terceiros, sem deixar vestígios, ou de difícil percepção.

Não são, apenas, os "desonestos", conforme se diz na justificativa de lei, que devem temê-la, mas, todos os indivíduos que prezam as liberdades reconhecidas na Lei Maior. Em Portugal, por exemplo, a preocupação em evitar a devassa da intimidade e da vida privada, tangeu a vedar, de modo expresso, a instituição do número único. E, se fez em norma constitucional, nos termos seguintes: "É proibida a atribuição de um número nacional único" (art. 35, n. 5). Além da vedação constitucional, preocupou-se o legislador lusitano em editar várias normas, para regrar as atividades de pesquisa, processamento e difusão de informação. As referidas leis têm, como características principais, impedir a realização de interconexões de dados ou centralização de dados pessoais. Sempre, pois, a preocupação em preservar a intimidade e a vida privada.

Hoje, cria-se o número único de Registro de Identidade Civil, sem maior cuidado. Amanhã permite-se o armazenamento, conexão e interligação de dados, possibilitando, então, aos centros operacionais ou de informação, acesso e intromissão na intimidade do indivíduo. Some-se o poder de controle da vida privada; chegando-se, até, ao tratamento ideológico dos dados informatizados.

(49) ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa (...).* Op. cit., p.133.

(50) Ver nosso: A possível vulnerabilidade da intimidade individual com a instituição do número único de identidade civil. Em *Boletim IBCCrim* 66/11, fev. 1998.

As questões são polêmicas. Precisam de atenção. A paz pública deve ser buscada sempre, com razão e proporção. Ressalte-se, porém, que todas as pessoas possuem uma esfera de intimidade que ninguém, sob pretexto algum há de violar, sem reprimenda.

6. Conclusões

Cumpre apontar algumas conclusões, até no intuito de provocar outros estudos:

(a) a dignidade da pessoa humana consiste em valor maior, ético-político e irradiante, no Direito Constitucional brasileiro; achando-se no primeiro círculo periférico os direitos e garantias individuais;

(b) o direito e o processo penal encontram-se no segundo círculo, na medida em que tratam de dar concretude aos aludidos direitos e garantias;

(c) a intimidade é um valor e cada indivíduo guarda-lhe o padrão, no encontro de si mesmo; ainda que imerso no mundo interior do próprio organismo, ou no exterior, ou dos outros;

(d) diverso viés exibe a vida privada, posto que não privilegia a autoconsciência, mas, a convivência;

(e) surge imprescindível considerar, porém, que há graus a serem resguardados da intimidade e da vida privada; todos os indivíduos, entretanto, possuem uma esfera inatingível de devassa, por natureza;

(f) assim é, visto que ambas se mostram como irradiações da dignidade da pessoa humana, em nosso sistema;

(g) hoje, o processo penal precisa voltar-se à dignidade da pessoa humana, em um Estado Democrático de Direito; e, também, a concretizar os direitos e as garantias individuais; razão suficiente, pois, de importar-lhe a tutela da intimidade e da vida privada;

(h) interessam ao tema, portanto, todas as espécies de prisão processual penal, ou cautelar, nos particulares aspectos;

(i) reclamam peculiar zelo as buscas e as apreensões;

(j) o assunto requer seja levado em conta, no tratamento das fontes e dos meios de prova;

(l) convém à análise da tutela da intimidade e da vida privada o estudo dos órgãos de informação, em face do processo penal;

(m) a execução penal não deve ser ignorada, no exame do tema, posto que o condenado e o internado, tão só, tem atingidos os direitos, que a Constituição da República, as leis e a sentença apontam;

(n) a paz pública não há de ser obtida, ou conservada, de modo duradouro, a dano da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da vida privada.

Bibliografia

ALFONSO, Luciano Parejo. *El derecho fundamental a la intimidad: Em problemas actuales de los derechos fundamentales.* Madri : José Maria Louca, 1994.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídica-criminal.* Coimbra : Coimbra, 1996.

———. *Sobre as proibições de prova em processo penal.* Coimbra : Coimbra, 1992.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Processo civil e direito à preservação da intimidade. *Temas de direito processual.* segunda série. São Paulo : Saraiva, 1980.

CERNICCHIARO, Luis Vicente. *Direito Penal na Constituição.* São Paulo : RT, 1990.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade.* 2. ed. São Paulo : RT, 1995.

CUELLAR SERRANO, Nicolas Gonzalez. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal.* Madri : Colex, 1990.

DELGADO, José Augusto. A Tutela do processo na Constituição de 1988 – princípios essenciais. *Revista Curso de Direito Universidade Federal de Uberlândia,* 19 (1,2):335-54, 1990.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal.* Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. s/e, 1988.

FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade.* São Paulo : Saraiva, 1997.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988.* São Paulo : Saraiva, 1990, v. 1.

FERRREIRA, Ivete Senise. A intimidade e o Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo : RT, 5(2):96-106, jan./mar. 1994.

GARCIA, Clemente Garcia & Andres Garcia Gomez. *Colision entre el derecho a la intimidad y el derecho a la informacion y opinion: Su proteccion juridica.* Murcia : Belmar, 1994.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O direito à prova no processo penal.* São Paulo : RT, 1997.

GRACIA, Luiz M. *Juicio oral y medios de prensa: El debido proceso y la protección del honor, de la intimidad y de la imagen.* 1. ed. Buenos Aires : Ad-hoc S.R.L., 1995, p. 100-101.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal.* São Paulo : Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual.* São Paulo : Forense, 1990.

MONREAL, Eduardo Novoa. *Derecho a la vida privada y liberdad de informacion: um conflito de direitos,* 4. ed. México : Século XXI, 1989.

MORAES, Walter. Está assegurado o direito geral à intimidade. *Repertório IOB de jurisprudência* 3/2031.

NAVARRETE, José F. Lorca. *Derechos fundamentales y jurisprudencia.* Madri : Pirámide, 1994.

PELLERANO, Héctor F. Rojas. *Investigacion del delito. Enciclopedia jurídica omeba.* Buenos Aires : Bibliográfica Argentina, s/ d., t. 16.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Sociedade vigiada. *Revista Semestral Internacional de Estudios Académicos, Notandum 2.* Madri : Mandruvá, jul./dec. 1998.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. A possível vulnerabilidade da intimidade individual com a instituição do número único de identidade civil. Em *Boletim IBCCrim* 63/ 11, fev. 1998.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Supressão parcial do inquérito policial.* In: *Juizados Especiais Criminais, interpretação e crítica.* org. Antônio S. Pitombo. São Paulo : Malheiros, 1997.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro : Borsoi, 1956, t. 8, p. 126.

SANTOS, Cifuentes. *Derechos personalísimos.* 2. ed. actual e ampl., Buenos Aires : Astrea, 1995.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro : Renovar, abr./jun. 1998, v. 212:89-94.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade.* Coimbra : Coimbra, 1995.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* Tese para concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo : Saraiva, 1993.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.2

EXCESSO DE EXAÇÃO

HUGO DE BRITO MACHADO

SUMÁRIO: 1. O tipo e suas modalidades: 1.1 O texto legal; 1.2 Elementos objetivos; 1.3 Elementos normativos: 1.3.1 Tributo indevido; 1.3.2 Tributo devido cobrado indevidamente: 1.4 Elemento subjetivo: 1.4.1 O dolo; 1.4.2 Dolo eventual ou indireto; 1.4.3 A culpa; 1.4.4 Erro na interpretação da lei tributária; 1.4.5 Obediência a ordem de superior hierárquico; 1.5 Forma qualificada – 2. Bem juridicamente tutelado – 3. Sujeitos do crime: 3.1 Sujeito ativo; 3.2 Sujeito passivo – 4. Consumação e tentativa: 4.1 Nas duas modalidades de sua forma simples; 4.2 Em sua forma qualificada – 5. As penas: 5.1 Na forma simples; 5.2 Na forma qualificada; 5.3 Aumento da pena; 5.4 Redução da pena; 5.5 Redução da pena e suspensão do processo – 6. Ação penal: 6.1 Ação pública incondicionada; 6.2 Notícia do crime; 6.3 Omissão do Ministério Público – 7. Questão prejudicial.

1. O tipo e suas modalidades

1.1 O texto legal

A definição legal do excesso de exação está no § 1.º, do art. 316, do CP, que estabelece: "Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso que a lei não autoriza".[1]

Na cabeça do art. 316 o Código define como concussão "exigir, para si ou para outrem, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida."

Como se vê, a não ser por terem como agentes o funcionário público, não há nenhuma semelhança entre esses dois tipos penais. O fato de ser um descrito na cabeça do artigo, e o outro no parágrafo, deve-se a simples defeito de técnica legislativa. Melhor seria a definição de cada um deles em dispositivo autônomo.

(1) Dispositivo com redação que lhe deu o art. 20, da Lei 8.137, de 27.12.1990.

1.2 Elementos objetivos

Segundo Balestra, "exacción significa el hecho de exigir, con aplicación a impuestos, prestaciones, multas o deudas. Se trata de algo que sólo puede percibir el Estado, en cuyo nombre se actúa. También tiene la aceptación de cobro injusto y violento".[2]

O excesso de exação, portanto, é a cobrança de tributo de forma exacerbada. A conduta nuclear do tipo é definida pelo verbo *exigir*, que há de ser entendido no contexto do dispositivo legal. Como se trata de exigir tributo, tem-se que o objeto exigido não se destina ao funcionário, mas ao ente público, e a *exigência* somente se caracteriza se formulada mediante a conduta própria a ser adotada na atividade de cobrança que é, em princípio, a lavratura do auto de infração correspondente. Pode a exigência consistir, também, no colocar o pagamento de determinado tributo como con-

(2) BALESTRA, Carlos Fontán. *Tratado de derecho penal.* 2. ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, t. VII, p. 343.

dição para o atendimento de pretensão do contribuinte junto ao ente público.

A "exigência" feita por meios que não sejam adequados a demonstrar que o tributo há de ser pago ao ente público, não configura o tipo em exame, podendo, é certo, configurar outro crime, inclusive o de *concussão*, ou de *corrupção passiva*, conforme as circunstâncias.

O objeto da exigência há de ser tributo, como tal definido pelo art. 3.º do Código Tributário Nacional. A lei refere-se a tributo ou contribuição social, mas na verdade, a contribuição social é um tributo. O legislador explicitou para evitar dúvidas.

Configura-se o excesso de exação quer pela exigência de *tributo indevido,* como pelo emprego, na cobrança de *tributo devido,* de meios vexatórios ou gravosos, que a lei não autoriza. Existem, portanto, duas modalidades do mesmo tipo, configurada, uma, pela exigência de tributo que o funcionário sabe ou deveria saber *indevido*; e a outra, pela utilização, na cobrança de tributo *devido*, de meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza.

1.3 Elementos normativos

Constituem elementos normativos ser o tributo *indevido*, em uma das modalidades do tipo, e o serem os meios utilizados na cobrança vexatórios e *não autorizados por lei,* na outra de suas duas modalidades. O erro quanto a esses elementos normativos exclui o dolo, mas não exclui a culpa, porque em se tratando de crime próprio, cujo agente tem o dever legal de conhecer as normas que lhe cumpre aplicar, não se pode ter como inevitável o erro de direito.

1.3.1 Tributo indevido

Como tributo *indevido* entende-se o que não foi instituído por lei, ou já foi pago, ou está sendo exigido em quantia maior que a devida.[3]

Pode ocorrer que o tributo tenha sido instituído por lei, mas exista dúvida quanto à ocorrência do fato gerador respectivo. Dúvida que pode residir na interpretação da lei, ou do fato. Se é fundada essa dúvida, pode ser que não se configure o ilícito penal. Se infundada, evidentemente não impede que o crime se configure. É o que ocorre nos casos em que a jurisprudência tenha afastado a dúvida. Assim, havendo jurisprudência firmada no sentido de ser indevido o tributo em determinada situação, a exigência deste configura claramente o excesso de exação.

Pode ser indevido o tributo, outrossim, porque instituído por lei inconstitucional. A autoridade administrativa não tem, no direito brasileiro, competência para decidir a respeito da constitucionalidade das leis. Assim, não comete crime de excesso de exação o funcionário que cobra tributo fundado em lei inconstitucional, se essa inconstitucionalidade ainda não foi afirmada pelo STF, definitivamente, seja no controle direto, ou no controle difuso, sendo irrelevante, neste caso, que já tenha sido seguida de resolução do Senado Federal suspendendo-lhe a vigência.

Efetivamente, a Administração não deve seguir cobrando tributo fundado em lei que o STF já declarou inconstitucional, em decisão definitiva. A afirmação da inconstitucionalidade, em decisão definitiva, implica liberação da autoridade administrativa de seu dever de lançar, previsto no art. 142 e seu par.ún. do Código Tributário Nacional.[4]

(3) HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro : Forense, 1959, Vol. IX, p. 363; JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado.* 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 778.

(4) Nos termos do art. 142, par.ún., do CTN, *a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional.*

A afirmação da inconstitucionalidade, pelo STF, em ação direta, tem efeito geral, fazendo cessar a vigência da lei. A cobrança do tributo, fundado em lei assim declarada inconstitucional, configura induvidosamente o excesso de exação, além de ser um desrespeito à Corte Maior.

Se a decisão ocorre na via de exceção, pode parecer que o funcionário não estaria cometendo excesso de exação ao aplicar a lei assim declarada inconstitucional. A decisão, produzindo efeito apenas entre as partes no processo, não obrigaria a Fazenda a abster-se de aplicá-la.

Tal entendimento, todavia, é equivocado. Não se pode confundir o efeito jurídico processual da decisão, com o seu significado como elemento formador da Ciência do Direito. Tributo que o funcionário sabe, ou deve saber indevido, não é apenas aquele já declarado indevido pelo Judiciário, mas aquele que diante das normas do sistema jurídico se há de considerar indevido. E não é razoável considerar-se devido o tributo por um contribuinte, se outro, em situação igual, já obteve decisão da Corte Maior, dando pela inconstitucionalidade da lei em que se funda.

Não se venha argumentar com a inexistência de efeitos gerais da decisão do STF, proferida no controle difuso. Primeiro, porque a Administração é parte também no caso idêntico, em que foi afirmada a inconstitucionalidade, e assim *conhece* a decisão *oficialmente*. Segundo, porque desconsiderar a decisão da Corte Maior, ao argumento de que fora proferida em outro processo, é puro desrespeito ao princípio da *harmonia* entre os Poderes.[5] A harmonia se constrói com o respeito, independentemente do dever formal. A decisão do STF, na via do controle concentrado, impõe-se à Administração Pública, como a todos se impõe, pela via do dever jurídico formal, independentemente de se cogitar de harmonia. A decisão proferida na via do controle difuso há de ser respeitada pela Administração, porque a esta cabe contribuir *voluntariamente* para a construção da harmonia entre os Poderes.

Para a configuração do excesso de exação a lei não exige que tenha sido o tributo declarado indevido em decisão judicial definitiva. Muito menos que isto tenha ocorrido em processo no qual a Fazenda seja parte. Não se trata de crime de desobediência a decisão judicial. O crime configura-se em face da lei, simplesmente. Não é necessária a existência de decisão, seja administrativa ou judicial, a respeito. Basta que o funcionário saiba, ou deva saber, ser indevido o tributo cobrado.

Se o STF já afirmou, por qualquer via, a inconstitucionalidade de uma lei, é induvidoso que o funcionário sabe, ou deve saber, que o tributo na mesma fundado é indevido. Tal decisão, em qualquer caso, só é possível pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal, de sorte que, sobretudo diante da lição que nos é dada pela experiência, não é razoável presumir-se a mudança de uma decisão desse porte.[6]

1.3.2 Tributo devido cobrado indevidamente

Configura-se também o tipo a cobrança de tributo devido, se o agente utiliza meio vexatório ou gravoso que a lei não autoriza. Em outras palavras, o crime estará configurado quando, mesmo sendo devido o tributo, o agente do fisco faz sua cobrança utilizando meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza.

Segundo registro de Hungria, esta modalidade do tipo "remontando ao Código de 1830, é uma singularidade da legislação penal brasileira, que teve, a propósito, o aplauso de Silva Ferrão (ao notar a

(5) Constituição Federal, art. 2.º.

(6) Constituição Federal, art. 97.

omissão de critério idêntico no Código Penal português)".[7]

Constituem meio vexatório, que a lei não autoriza, as denominadas sanções políticas. Quer no caso em que a lei, em sentido estrito, não comina a sanção política, quer no caso em que a lei comina a sanção, mas é inconstitucional.

Já em 1971 afirmamos: "É torrencial a jurisprudência dos tribunais no sentido de que é inconstitucional toda e qualquer forma de sanção administrativa que importe em restringir, impedir ou dificultar a atividade do contribuinte, como de qualquer cidadão. É incontável o número de decisórios do STF em que se tem afirmado: 'Não é lícito a administração impedir ou cercear a atividade profissional do contribuinte para compeli-lo ao pagamento do débito fiscal'." (STF, RE 63.045, *RDA* 93/45).[8]

Em Direito Tributário a expressão *sanções políticas* corresponde a restrições ou proibições impostas ao contribuinte, como forma indireta de obrigá-lo ao pagamento do tributo, tais como a interdição do estabelecimento, a apreensão de mercadorias, o regime especial de fiscalização, entre outras.

Qualquer que seja a restrição que implique cerceamento da liberdade de exercer atividade lícita é inconstitucional, porque contraria o disposto nos arts. 5.º, inc. XIII, e 170, par.ún., do Estatuto Maior do País.

O STF sumulou sua jurisprudência no sentido de serem inconstitucionais as sanções políticas. A Súmula 70 diz que é *inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.* Diz a Súm. 323 que é *inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributo,* e a 547 estabelece que *não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.*

Não obstante inconstitucionais, as *sanções políticas,* que no Brasil remontam aos tempos da ditadura de Vargas, vem se tornando a cada dia mais numerosas e arbitrárias, consubstanciando as mais diversas formas de restrições a direitos do contribuinte, como forma oblíqua de obrigá-lo ao pagamento de tributos, ou as vezes como forma de retaliação contra o contribuinte que vai a Juízo pedir proteção contra cobranças ilegais.

São exemplos mais comuns de sanções políticas a apreensão de mercadorias, sem que a presença física destas seja necessária para a comprovação do que o fisco aponta como ilícito; o denominado regime especial de fiscalização, a recusa de autorização para imprimir notas fiscais, a inscrição em cadastro de inadimplentes com as restrições daí decorrentes, a recusa de certidão negativa de débito quando não existe lançamento consumado contra o contribuinte, a suspensão e até o cancelamento da inscrição do contribuinte no respectivo cadastro, entre muitos outros.

Todas essas práticas são flagrantemente inconstitucionais, entre outras razões, porque: a) implicam indevida restrição ao direito de exercer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, assegurado pelo art. 170, par.ún., da vigente Constituição Federal; e b) configuram cobrança sem o devido processo legal, com grave violação do direito de defesa do contribuinte, porque a autoridade que a este impõe a restrição não é a autoridade competente para apreciar se a exigência do tributo é ou não legal.

A suspensão e o cancelamento da inscrição no cadastro fazendário implicam

(7) HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro : Forense, Vol. IX, p. 363.

(8) MACHADO, Hugo. *Imposto de circulação de mercadorias.* São Paulo : Sugestões Literárias, 1971, p. 222-223.

verdadeira proibição do exercício da atividade econômica pelo contribuinte. Nada, portanto, justifica tal providência, posto que o art. 5.º, inc. XIII, da CF/88, coloca no altiplano dos direitos fundamentais a liberdade profissional, a dizer que *é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer,* enquanto o art. 170, par.ún., da Lei Maior, diz que *é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo os casos previstos em lei.*

No primeiro desses dispositivos consagra-se a liberdade de exercício profissional, e a única exigência possível, como condição para tal exercício, diz respeito à capacidade profissional. Assim, por exemplo, para exercer a atividade de médico, ou de advogado, é válida a exigência do diploma universitário, que atesta a respectiva capacitação profissional.

No segundo consagrada está a liberdade de exercício de atividade econômica. Mais ampla, tanto que não comporta exigência nenhuma, nem mesmo de capacitação, seja de que natureza for.

É certo que a norma constitucional, acima transcrita, ressalva os casos previstos em lei. Isto, porém, não quer dizer que a lei possa condicionar o exercício da atividade econômica ao pontual pagamento dos tributos. Admitir que somente os que pagam pontualmente os tributos têm direito ao exercício da atividade econômica, e em conseqüência, admitir o cancelamento da inscrição do contribuinte inadimplente, seria converter em regra a exceção prevista no art. 170, par.ún., da Constituição. Como as atividades econômicas estão, em princípio, sujeitas aos tributos, a inscrição funcionaria como autorização para o respectivo exercício.

A ressalva contida no final do dispositivo, na verdade, diz respeito a certas atividades que, por questão de segurança, ficam a depender da autorização estatal, como acontece, por exemplo, com o fabrico e comercialização de determinadas armas e munições. Obviamente não seria razoável admitir-se a produção, ou o comércio, de metralhadoras, por exemplo, sem autorização e controle do Estado.

A legislação de alguns Estados faculta a suspensão, e até o cancelamento, da inscrição no cadastro de contribuintes como forma de punição. A legislação tributária do Estado do Ceará, por exemplo, admite a suspensão das inscrições de contribuintes que praticarem determinadas infrações, que menciona, e até a cassação da inscrição, *na hipótese de não resolução das pendências no prazo de 60 dias.*[9] A de Pernambuco, a seu turno, estabelece o cancelamento da inscrição como forma de punição das infrações que menciona, chegando ao cúmulo de colocar entre os casos de cancelamento *outras hipóteses previstas em portaria do Secretário da Fazenda.*[10]

A legislação do Rio Grande do Sul estabelece tratamento curioso para o problema, determinando que o deferimento da inscrição como contribuinte desse imposto "fica condicionado à prestação de fiança idônea, cujo valor será equivalente ao imposto calculado sobre operações ou prestações estimadas para um período de seis meses, caso o interessado, tendo sido autuado por falta de pagamento de impostos estaduais, tenha deixado de apresentar impugnação no prazo legal ou, se o fez, tenha sido julgada improcedente, estendendo-se o aqui disposto, no caso de sociedades comerciais, aos sócios ou diretores".[11]

Estabelece, também, o regulamento gaúcho, que a garantia exigida como condição para inscrição do contribuinte "não

(9) Decreto 24.569, de 31.07.1997, arts. 101 a 103.

(10) Decreto 14.876, de 12.03.1991, art. 77.

(11) Art. 3.º, do Regulamento aprovado pelo Decreto 37.699, de 26.08.1997.

ficará adstrita à fiança, podendo ser exigida garantia real, ou outra fidejussória"; e mais, deverá ser complementada sempre que exigida e, sempre que se tratar de garantia fidejussória, atualizada a cada seis meses.[12]

Diz ainda o referido regulamento que a inscrição do contribuinte do ICMS poderá ser cancelada, entre outras hipóteses também inadmissíveis, se este não prestar a fiança exigida. Inscrição que somente poderá ser novamente concedida "se comprovado terem cessado as causas que determinaram o cancelamento e satisfeitas as obrigações dela decorrentes" (sic).[13]

Maior absurdo não pode haver, porque isto significa colocar como condição para o exercício da atividade econômica o pagamento do tributo.

A inscrição no cadastro de contribuintes não pode ser transformada em autorização para exercer a atividade econômica. Nem o seu cancelamento em forma de obrigar o contribuinte a cumprir seus deveres para com o Estado. Mesmo o contribuinte mais renitente na prática de infrações à lei tributária, não pode ser proibido de comerciar. Mesmo aquele que tenha sido condenado, no juízo criminal competente, por prática de crime de sonegação de tributos, tem o direito de continuar exercendo o comércio, porque a lei não comina aos que cometem esse crime a pena de proibição do exercício do comércio.

Aliás, mesmo a lei penal, lei ordinária federal posto que à União compete legislar em matéria penal, não pode cominar a pena de cancelamento da inscrição do contribuinte, posto que estaria instituindo pena de caráter perpétuo, que a Constituição proíbe.[14]

A ilicitude do não pagar os tributos devidos, não exclui o direito de exercer a atividade econômica, que é direito fundamental. Atividade econômica lícita, é certo, mas a ilicitude do não pagar o tributo não faz ilícita a atividade geradora do dever tributário. Uma coisa é a ilicitude de certa atividade. Outra, bem diversa, a ilicitude consistente no descumprimento da obrigação tributária, principal ou acessória. Mesmo incorrendo nesta última, quem exercita atividade econômica, continua protegido pela garantia constitucional. Cabe ao fisco a utilização dos caminhos que a ordem jurídica oferece para constituir o crédito tributário, e cobrá-lo, mediante a ação de execução fiscal.

De todo modo, apesar de flagrantemente inconstitucionais, as sanções políticas seguem sendo largamente praticadas, no mais das vezes por puro comodismo das autoridades da Administração Tributária, que nelas encontram meio fácil de fazer a cobrança de tributos. Tem sido freqüente, assim, a impetração de mandados de segurança para garantir aos contribuintes a prática da atividade econômica, livrando-os das restrições arbitrárias que as autoridades fazendárias teimam em lhes impor.

Ocorre que do deferimento do *writ* nenhuma conseqüência decorre, capaz de inibir tais práticas arbitrárias. Por isto proliferam, e se repetem até para o mesmo beneficiário da ordem judicial, que tem de ser repetida em todos os casos, gerando enorme encargo para o Judiciário.

O caminho para inibir as sanções políticas é a ação de indenização por perdas e danos, contra a entidade pública, com pedido de citação também da autoridade responsável pela ilegalidade, tudo com fundamento no art. 37 e seu § 6.º, da vigente Constituição Federal. A sanção política, conforme o caso, pode causar dano moral, dano material, e lucros cessantes, tudo a comportar a respectiva indenização, desde que devidamente demonstrados.

A questão da responsabilidade da Administração Tributária pelos danos causa-

(12) Art. 3.º, par.ún., alíneas *a* e *b*.

(13) Art. 6.º, inc. I, e seu parágrafo único.

(14) Art. 5.º, inc. XLVII, alínea *b*.

dos ao contribuinte, vem sendo objeto de atenção de juristas do Velho Mundo, onde também o assunto não era tratado.[15] Cuida-se de reação legítima do cidadão contra os freqüentes abusos do fisco, que se não reprimidos poderão provocar grande e indesejável retrocesso na relação tributária, que de relação jurídica poderá voltar a ser relação simplesmente de poder.

No Brasil, a questão ainda foi explorada pela doutrina, mas a jurisprudência já registra precioso precedente do STF, que condenou o fisco a indenizar dano causado ao contribuinte por indevida resposta a consulta que este lhe formulara.[16]

O referido julgado da Corte Maior fundou-se no art. 107 da CF de 1969, (vigente na época dos fatos), ao qual corresponde o § 6.º, do art. 37, da CF/88, a dizer: "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."

A nosso ver, porém, faz-se necessária a responsabilização pessoal da autoridade. Não basta a do Estado. Enquanto ninguém for pessoalmente responsabilizado pelas práticas ilegais, o fisco vai continuar agindo de forma arbitrária, porque as autoridades não estão preocupadas de nenhum modo com a legalidade. Mesmo que haja responsabilização da entidade pública, a ilegalidade seguirá sendo praticada, porque cada governante vai deixar o problema da indenização para o sucessor, cuidando apenas de protelar o desfecho da questão. Entretanto, no momento em que a autoridade sentir-se responsabilizada, pessoalmente, pela conduta ilegal ou abusiva, certamente vai pensar bem antes de prosseguir em sua prática.

1.4 Elemento subjetivo

1.4.1 O dolo

Na redação anterior, configurava-se o crime pela exigência de tributo que o funcionário *sabia* ser indevido. Era, pois, necessário que tivesse o funcionário pleno conhecimento da circunstância de ser o tributo indevido. Havendo desinformação a esse respeito não se configurava o tipo.[17] Necessária, portanto, era a presença do dolo direto.

Na redação atual foi introduzida importante mudança quanto ao elemento subjetivo do tipo, nesta parte. Agora, configura-se o crime pela exigência de tributo que o funcionário *sabe* ou *deveria saber* indevido. A dúvida, portanto, já não exclui a tipicidade do fato. Aliás, sendo a conduta de exigir o tributo praticada por agente fiscal, titular de cargo ou função técnica para cuja investidura se exija conhecimento especializado, a alternativa ou *deveria saber* é sempre invocável. O funcionário competente para o exercício da fiscalização tributária tem o dever legal de saber quais são os tributos devidos. Assim, se exige tributo indevido, comete excesso de exação.

Segundo Damásio, a expressão *ou deveria saber* tornou o fato punível a título de dolo eventual, ou indireto, mas o tipo não admite a modalidade culposa.[18]

1.4.2 Dolo eventual ou indireto

Diz-se que há dolo eventual, ou indireto, quando o agente assume o risco de produ-

(15) MATA SIERRA, Maria Teresa. *La responsabilidad patrimonial de la administracion tributaria.* Valladolid : Lex Nova, 1997.

(16) RE 131.741/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09.04.1996. *Informativo STF* 26/01.

(17) JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado.* 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 778.

(18) JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal.* 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1992, v. 4, p. 131.

zir o resultado. Ele não age movido pela vontade de atingir o resultado, mas admite a possibilidade de produzi-lo e, mesmo assim, age, sem se preocupar em evitá-lo.

É razoável entender-se que o funcionário, exercendo a atividade de cobrança de tributos sem estar habilitado, para tanto, está assumindo o risco de fazer exigências de tributo indevido, e que, se em determinada situação concreta ele tem dúvida, e mesmo assim formula a exigência, o dolo eventual pode estar caracterizado.

Ocorre que a distinção entre o dolo direto e o eventual parece ser mais adequada em relação aos crimes de resultado. O excesso de exação, porém, é crime formal, ou de mera conduta, e neste caso fica difícil a sua caracterização. Se o funcionário deveria saber que determinado tributo é indevido, e mesmo assim o exige, não se pode dizer que a exigência, conduta, apenas desencadeia a possibilidade de um resultado ilícito. Ela, a conduta, já em si mesmo configura o crime.

1.4.3 A culpa

Em face da redação anterior tinha-se um crime doloso. O dolo era exigido pela expressão *que sabe indevido.* Agora, porém, em face da nova redação dada ao § 1.º, do art. 316, do CP, pelo art. 20, da Lei 8.137 de 27.12.1990, o tipo aperfeiçoa-se, também, com a exigência de tributo que o agente *deveria saber indevido.* Se alguém exerce as funções de fiscal de tributos, certamente tem o dever de saber quais são os tributos devidos, suas hipóteses de incidência, de não incidência, imunidades, isenções etc. Tem o dever de conhecer a legislação tributária. Se não conhece, está atuando com imperícia, e portanto, culposamente.

O excesso de exação, na modalidade configurada pela exigência de tributo indevido, agora já não exige o dolo. Configura-se tanto pela conduta dolosa, como pela conduta culposa. Não se trata de dois tipos penais, um doloso, e outro culposo, com penas diferentes. O tipo é um só, e configura-se pela conduta do agente que sabe ser indevido o tributo, e mesmo assim o exige, e também pela conduta do agente que devendo saber indevido o tributo o exige.

Na modalidade configurada pela conduta de cobrar tributo devido com utilização de meios vexatórios ou gravosos que a lei não autoriza, é necessário o dolo. Assim, se o funcionário utiliza um meio vexatório, ou gravo, supondo ser o mesmo legalmente autorizado, não se configura o crime.

1.4.4 Erro na interpretação da lei tributária

Se o funcionário comete erro na interpretação da lei tributária, e formula exigência de tributo indevido, na suposição de que o tributo é devido, ou utiliza na cobrança de um tributo devido um meio vexatório que supõe legalmente autorizado, configura-se hipótese de erro de tipo. Seja o erro evitável, ou inevitável, fica excluído o dolo, e assim o crime não estaria configurado se a exigência de tributo indevido fosse punível apenas a título de dolo.

Punível, como é, o excesso de exação, também a título de culpa, tem-se de saber se o erro cometido pelo funcionário na interpretação da lei tributária era evitável, ou inevitável. Em se tratando de erro evitável, que não exclui a culpa, o crime estará configurado. Sendo o erro inevitável, porém, a culpa fica excluída, e conseqüentemente também fica excluída a configuração do crime.

É razoável considerar-se o erro inevitável se há divergência jurisprudencial a respeito da norma tributária em questão. Se, porém, a jurisprudência é pacífica, ou não existirá erro, ou este há de ser tido como evitável.

Assim, por exemplo, na aplicação de sanção política, considerada forma oblí-

qua de cobrança de tributo, é inadmissível o erro porque a jurisprudência é torrencial e pacífica no afirmar a inconstitucionalidade das sanções políticas.

Aliás, são comuns as manifestações de autoridades da Administração Tributária no sentido de que o contribuinte pode buscar amparo judicial, que somente mediante ordem judicial poderão adotar as providências pretendidas pelo contribuinte. Isto revela, com meridiana clareza, a consciência da ilicitude do procedimento autoritário.

1.4.5 Obediência a ordem de superior hierárquico

Se o funcionário formula a exigência o tributo indevido, ou se utiliza, na cobrança de tributo devido, meio vexatório ou gravoso que a lei não autoriza, cumprindo determinações de superior hierárquico, constantes de Portaria ou ato semelhante, emanado da autoridade competente da Administração Tributária, coloca-se a questão de saber se fica excluída a sua culpabilidade, e conseqüente responsabilidade penal.

Tem-se de distinguir as duas modalidades do crime.

Na exigência que tributo indevido, como o tipo se configura não apenas com o dolo, mas também com a culpa, a obediência a ordem não manifestamente ilegal não impede que se configure o crime. Mesmo que em face da ordem de seu superior hierárquico o funcionário incorra em erro de tipo, supondo que o tributo é devido. O erro de tipo, neste caso, se evitável, exclui o dolo, mas não exclui a culpa. Só o erro inevitável exclui também a culpa, mas se o erro é inevitável é mais coerente entender-se que a ilegalidade da ordem não é manifesta. A mesma razão que faz manifesta a ilegalidade da ordem, aponta para a evitabilidade do erro. Não haverá necessidade de cogitar-se de erro de tipo, portanto. Bastará considerar-se não manifestamente ilegal a ordem.

Já na modalidade do crime, configurada pela utilização, na cobrança de tributo devido, de meio vexatório ou gravoso que a lei não autoriza, a situação é diversa. O tipo, nessa modalidade, somente se configura com o dolo. Assim, se a ordem do superior hierárquico não é manifestamente ilegal e induz o funcionário ao erro de tipo, vale dizer, ao erro quanto a serem ou não autorizados os meios que está utilizando, configurado o erro, seja este evitável ou não, o tipo não se configura, à míngua do dolo. Poderá, neste caso, estar configurado o tipo em relação ao superior hierárquico autor da ordem não manifestamente ilegal.

Entretanto, havendo ordem superior, que não seja manifestamente ilegal, é razoável admitir-se que o próprio autor da ordem incorreu em erro de tipo, quer no atinente ao ser devido o tributo, como no atinente a ser legalmente autorizado o meio utilizado em sua cobrança. O erro evitável, neste caso, exclui o dolo, elemento subjetivo indispensável à configuração do tipo na modalidade de uso de meio vexatório ou gravoso que a lei não autoriza na cobrança de tributo devido. Não exclui, porém, a culpa, e por isto não impede a configuração do tipo na modalidade de cobrança de tributo que o agente sabe ou deveria saber indevido.

Se a ordem superior é manifestamente ilegal o autor da ordem, e o funcionário que a cumpre, ambos cometem o crime. Este será o autor material, e aquele o intelectual, ou partícipe. Se, porém, a ordem superior é para a utilização de um meio vexatório ou gravoso que a lei não autoriza, e induz o funcionário subalterno a supor ser aquele meio legalmente autorizado, o dolo deste resta excluído pelo erro de tipo, estará configurada hipótese de autoria mediata.[19] Punível será apenas o superior hierárquico.

(19) JESUS, Damásio E. de. *Direito penal.* 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1992, v. 1, p. 362-363.

1.5 Forma qualificada

O excesso de exação tem uma forma simples, que estudamos acima, e uma forma *qualificada*, prevista no § 2.º, do art. 316, do CP, que comina pena mais severa "se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos."

Nos dias atuais, a prática dessa forma qualificada,[20] do excesso de exação tornou-se mais rara, visto como o recolhimento dos tributos geralmente ocorre pela via bancária. Em pequenas cidades do interior, todavia, ainda existem as Coletorias, onde o contribuinte paga seus impostos, sendo possível, neste caso, ocorrer o excesso de exação em sua forma qualificada.

Há quem estabeleça distinção entre o recebimento do tributo, pelo funcionário, e o seu recolhimento aos cofres públicos. Damásio, por exemplo, afirma que se o desvio, em proveito próprio ou alheio, ocorre depois do recolhimento aos cofres públicos, o crime configurado será o de peculato.[21] Essa distinção, todavia, pelo menos em princípio não existe. O funcionário, competente para receber o tributo, age em nome do Estado, de sorte que o *recebimento* por este efetuado e o *recolhimento* aos cofres públicos se confundem. A distinção somente é possível no caso em que o funcionário que *recebe* o tributo indevido não é órgão arrecadador, e recebe o tributo em circunstâncias excepcionais, para fazer o seu *recolhimento* aos cofres públicos, vale dizer, aos órgãos arrecadadores.

2. Bem juridicamente tutelado

O excesso de exação é crime contra a Ordem Tributária.[22] Na sistemática do Código está entre os crimes contra a Administração Pública. Atinge também, é certo, interesse do particular contra o qual é feita a exigência do tributo indevido, ou é utilizado, na cobrança do tributo indevido, meio vexatório ou gravoso que a lei não autoriza. Tem-se, portanto, dois bens juridicamente tutelados, a saber, a moralidade administrativa, porque a prática do crime em questão desmoraliza a Administração Pública,[23] e também o direito individual do contribuinte, que é molestado com o fato.

3. Sujeitos do crime

3.1 Sujeito ativo

Cuida-se de crime próprio. Só pode ser cometido por funcionário público, mas é admissível a participação de particular.[24] "Não é necessário que tenha a missão funcional de arrecadação de impostos, taxas e emolumentos. Não há exigência de que o sujeito seja competente para a arrecadação".[25]

Sujeito ativo do excesso de exação não é apenas o fiscal que lavra um auto de

(20) Aliás, fala-se aqui de forma qualificada mas, a rigor, pode-se considerar que se trata de um tipo penal autônomo, que pode ser definido como apropriação de tributo indevido, cujo tipo está configurado pela conduta de *desviar, em proveito próprio ou alheio, tributo indevido que recebeu para recolher aos cofres públicos*. De todo modo, em atenção à doutrina de penalistas ilustres, que trata desse ilícito penal como forma qualificada de excesso de exação, assim também dela estamos tratando.

(21) JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1992, v. 4, p. 132.

(22) Embora não esteja assim definido pela Lei 8.137, de 27.12.1990, é razoável admitir-se como tal, por sua natureza.

(23) NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. 19. ed. São Paulo : Saraiva, 1992, v. 4, p. 240.

(24) JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 777.

(25) JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 778.

infração. Pode ser também o chefe da repartição que notifica o contribuinte a pagar tributo indevido, ou adota contra ele o procedimento de cobrança, vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza, o procurador que promove execução fiscal indevida, ou qualquer outro agente do Erário, que pratica a ação tipo.

Pode praticar o excesso de exação qualquer funcionário público, mesmo que de outras repartições que não aquela incumbida da arrecadação tributária. Este aspecto assume maior importância em se tratando da modalidade do tipo consistente na utilização de meios vexatórios ou gravosos para constranger o contribuinte ao pagamento do tributo devido. Assim, a autoridade que se recusa a fornecer o habite-se relativo a um prédio, alegando que o proprietário não fez o pagamento de impostos ou contribuições incidentes sobre mercadorias, ou serviços empregados em sua edificação, pode estar cometendo excesso de exação.

O conceito de funcionário público é amplo. Há, no Direito Penal, um conceito próprio, de sorte que não importa, neste particular, o conceito técnico formulado no âmbito do Direito Administrativo. Considera-se funcionário público para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública, ainda que em entidade paraestatal.[26] Não se incluem, porém, no conceito de funcionário público os concessionários de serviços públicos e seus agentes.[27]

3.2 Sujeito passivo

São sujeitos passivos do crime de excesso de exação o Estado, e também o particular. "Sujeito passivo, em primeiro lugar, é o Estado. Em segundo lugar, o particular vítima da conduta".[28] É assim, mesmo na forma não qualificada, em que o tributo indevidamente exigido é recolhido aos cofres públicos. "O fato de os dinheiros indevidamente cobrados entrarem para seus cofres não lhe tira essa qualidade. Nem por isso não se desmoraliza a Administração Pública, acrescendo que ele fica obrigado à restituição. Claro que sujeito passivo é também o particular, lesado em seu patrimônio".[29]

4. Consumação e tentativa

4.1. Nas duas modalidades de sua forma simples

Em sua forma simples, na primeira modalidade, consistente em exigir tributo indevido, o crime está consumado no momento em que a pessoa contra quem ocorre a exigência dela toma conhecimento. Em outras palavras, consuma-se o crime no momento em que é formalizada a exigência do tributo indevido, pela intimação do sujeito passivo da suposta obrigação tributária de quem se exige o tributo. "Formal o crime, a consumação independe do efetivo pagamento do tributo. A conduta típica consiste em *exigir* e não em *receber*. Na segunda modalidade, o crime resta consumado no momento em que é utilizado o meio vexatório ou gravoso não autorizado pela lei. Independe do recebimento do tributo.[30]

Embora possa parecer inadmissível a tentativa, essa na verdade pode ocorrer. Estará configurada a tentativa, na primeira modalidade, se o funcionário emite um

(26) Código Penal, art. 327 e seu § 1.º.

(27) JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 800.

(28) JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1992, v. 4, p. 130.

(29) NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. 19. ed. São Paulo : Saraiva, 1992, v. 4, p. 240.

(30) JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 779.

auto de infração, que por circunstâncias alheias a sua vontade não chega ao conhecimento do autuado. Ou, na segunda modalidade, se o funcionário emite notícia para um jornal, em que pretende publicar fatos constrangedores da vida do contribuinte, como forma oblíqua de obrigá-lo ao pagamento do tributo, e a notícia não chega a ser publicada por circunstâncias alheias a sua vontade.

4.2 Em sua forma qualificada

Em sua forma qualificada, consistente em apropriar-se, o funcionário, do tributo que recebeu indevidamente, o crime resta consumado com o desvio. Na prática pode haver caso em que não seja fácil determinar-se quando este se considera ocorrido. Em se tratando de recebimento feito excepcionalmente pelo funcionário que normalmente não tem atribuições de tesouraria, vale dizer, não está autorizado a receber o tributo, fica difícil falar-se em prazo para o seu recolhimento aos cofres públicos.

Também nessa forma qualificada é possível a tentativa. Se o funcionário recebe o tributo indevido e está em fuga do local, sendo preso com o dinheiro em seu poder, pode-se considerar a tentativa configurada.

5. As penas

5.1 Na forma simples

A pena cominada para o excesso de exação era de detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. Penas de aplicação alternativa, portanto. A Lei 8.137/90, porém, agravou a sanção para esse delito. Agora, são cominadas para o excesso de exação as penas de reclusão, de três a oito anos, e multa. Reclusão, em lugar de detenção, com tempo aumentado, cumulada com a multa.

Como observou Damásio, estranhamente a Lei 8.137/90 cominou pena mínima mais grave – três anos – para a forma simples.[31]

5.2 Na forma qualificada

Para o caso de excesso de exação em sua forma qualificada pelo desvio do valor recebido, a lei comina pena de reclusão de dois a doze anos, e multa. Justifica-se plenamente que a pena, nessa modalidade qualificada pelo desvio dos valores recebidos, seja mais severa. Não se justifica, porém, que a pena mínima tenha permanecido em dois anos, quando para a forma simples a pena mínima foi elevada para três anos.

Na Lei 8.137/90, bem que poderia ter sido alterada também a redação do § 2.º, do art. 316, do CP, ainda que simplesmente para aumentar-se a pena mínima, que deveria ter sido fixada em quatro anos de reclusão, até para haver coerência, posto que a pena máxima, já antes estabelecida em 12 anos, é bem mais severa.

5.3 Aumento da pena

O § 2.º, do art. 327, do CP, estabelece que a pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes contra a Administração Pública forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo Poder Público.

Cuida-se de circunstância *majorante* da pena.

5.4 Redução da pena

No caso do excesso de exação cometido em quadrilha, ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão es-

(31) JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1992, v. 4, p. 132.

pontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.[32]

5.5 Redução da pena e suspensão do processo

Presente a circunstância de redução da pena, é relevante observar-se que esta deve ser considerada para o fim da suspensão do processo. Se em face da redução, a pena mínima cominada deve ser considerada igualmente reduzida, pode ocorrer que se tenha esta pena mínima inferior a um ano, e seja cabível, portanto, a suspensão do processo.

Este assunto será melhor examinado quando tratarmos especificamente da suspensão do processo.

6. Ação penal

6.1 Ação pública incondicionada

A ação penal é pública incondicionada. E sendo assim, tem o Ministério Público o dever de agir, oferecendo a denúncia, independentemente de qualquer provocação.

Nada impede, porém, que o prejudicado com a conduta delituosa ofereça representação ao órgão do Ministério Público, pedindo-lhe a instauração da ação penal. Mesmo que se entenda inadequada essa representação, ela há de ser considerada como notícia do crime.

6.2 Notícia do crime

Como nos crimes de ação pública em geral, qualquer pessoa, independentemente de ter interesse pessoal no caso, pode dar ao Ministério Público a notícia do crime. Mesmo assim, a Lei 8.137/90, estabeleceu, expressamente, que qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes nela descritos, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.[33] Em outras palavras, embora sem colocá-la como condição de procedibilidade, a lei admitiu a representação ao Ministério Público, que pode ser feita por qualquer pessoa.

6.3 Omissão do Ministério Público

Se o Ministério Público deixa transcorrer o prazo de 15 dias, contados do recebimento da provocação, sem oferecer a denúncia, pode o particular propor a queixa crime, pois a ação penal privada é hoje uma garantia constitucional.[34]

O STF tem entendido que a ação penal privada não é cabível se o Ministério Público pede o arquivamento do inquérito, ou da representação, mantendo, assim, o entendimento sedimentado à luz do regime autoritário de 1937, quando Vargas utilizava o Ministério Público para fins políticos, castigando os que a ele se opunham, enquanto retribuía com a impunidade os favores de seus correligionários. É razoável, todavia, esperar-se que a Corte Maior, na medida em que nela se reforça a consciência democrática, e o respeito pelos direitos individuais, modifique esse entendimento, para admitir a ação penal privada nos crimes de ação pública, quando o Ministério Público, que é composto de homens e

(32) Par.ún., do art. 16, da Lei 8.137/90, decorrente da Lei 9.080, de 19.07.1995.

(33) Lei 8.137, de 27.12.1990, art. 16, assim: "Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta Lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção".

(34) Segundo o art. 5.º, inc. LIX, da Constituição Federal de 1988, "será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal."

não de deuses, pretenda indevidamente garantir a impunidade.

7. Questão prejudicial

Diversamente do que acontece no crime de supressão ou redução de tributo, no excesso de exação a questão de saber se o tributo é devido, ou indevido, não pode ser colocada, em princípio, como uma questão prejudicial.

Na modalidade configurada pela exigência de tributo indevido, porque a lei valeu-se da expressão *que sabe ou deveria saber indevido,*[35] e na modalidade configurada pelo uso de meio vexatório ou gravoso porque o tributo, aqui, é legalmente devido. Poder-se-ia colocar, então, como questão prejudicial a de saber se o meio utilizado é, ou não, legalmente autorizado.

Tanto em uma, como na outra modalidade do tipo, tem-se a considerar que à autoridade da Administração Tributária cabe, sempre, o dever indeclinável de saber quais são os tributos devidos, assim como tem o dever de saber quais são os meios de que se pode valer para a cobrança do tributo, posto que lhe compete, privativamente, fazer o lançamento tributário, e para tanto, ela não depende da definição, por outrem, de quais são os tributos devidos, nem de quais são os meios legalmente autorizados para a respectiva cobrança.

(35) § 1.º, do art. 316, do CP, com redação que lhe deu o art. 20, da Lei 8.137/90.

2.3

A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL. CRIMES CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL

JOSÉ EDUARDO RAMOS RODRIGUES

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Histórico da preservação do patrimônio cultural – 3. O patrimônio cultural brasileiro sob a égide das Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937 – 4. O patrimônio cultural brasileiro sob a égide das Constituições de 1946 e 1967 – 5. O patrimônio cultural brasileiro e a Constituição Federal de 1988 – 6. Os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural: 6.1 Artigo 62; 6.2 Artigo 63; 6.3 Artigo 64; 6.4 Artigo 65 – 7. Considerações finais – Bibliografia.

1. Introdução

Pode parecer estranho a alguns a inclusão de crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural na Lei 9.605 de 12.02.1998, na medida em que esta trata, segundo seu preâmbulo, de "sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente". É voz corrente que meio ambiente diz respeito apenas à natureza, preferencialmente intocada, e os aglomerados urbanos seriam a sua negação, a sua destruição.

Esta afirmação não tem cunho científico e desde longa data o direito positivo brasileiro tem conceituado o meio ambiente de forma bastante abrangente. Assim pela Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional de Meio Ambiente), meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as formas (art. 3.º, inc. I). Exatamente por permitir, abrigar e reger a vida em todas as formas, é que o meio ambiente inclui áreas naturais intocadas ou degradadas, mares e terras, áreas rurais e urbanas, pois em todos esses espaços encontramos formas de vida. Sob o ponto de vista humano, especialmente no Brasil, avulta a importância dos estudos do meio ambiente urbano, eis que cerca de 70% da nossa população nele vive e exerce suas atividades.

Pode-se dizer ainda que o brasileiro urbano em geral, vive mal. As cidades brasileiras são normalmente caóticas e carentes de planejamento urbano. A única diferença entre a pequena e a grande cidade brasileira é o porte. Nas pequenas cidades já se observa, em forma embrionária, os vícios de falta de planejamento, que elevados à máxima potência na grande metrópole, gerarão o caos urbano que podemos facilmente constatar.

E a maioria dos brasileiros vive em grandes megalópoles cinzentas, mal urbanizadas e edificadas, carentes de água potável e esgoto tratado, com serviços deficientes de transporte e habitação, sem áreas verdes, assoladas pela poluição da água, do solo, do ar e sonora, repletas de desempregados, subempregados, favelados e moradores de rua, que transitam por suas

inseguras vias, onde a criminalidade corre solta. Enfim, o ambiente urbano brasileiro, pelo seu altíssimo grau de degradação, especialmente nas grandes cidades, deixa à mostra a triste chaga do sistema injusto que rege a nossa sociedade e que gera violentas desigualdades sociais.

Por outro lado, a ênfase do ordenamento jurídico ambiental brasileiro sempre foi voltada às áreas naturais, havendo inclusive uma maior conscientização da opinião pública a respeito, ficando as áreas urbanas e suas sérias questões acima mencionadas, um tanto marginalizadas e incompreendidas. Assim, podemos afirmar que o patrimônio cultural brasileiro, ao contrário dos países mais desenvolvidos, nunca foi muito prestigiado pelas políticas públicas de nossos governantes, mais interessados na proteção de ecossistemas naturais, talvez visando provar diante da opinião pública internacional que estão realmente protegendo a Amazônia e a Mata Atlântica, mesmo que seja através de unidades de conservação criadas por decreto e que nunca saíram de fato do papel (...), mas este é um outro assunto que se afasta do escopo deste trabalho. Na verdade, podemos dizer que o patrimônio cultural é um primo pobre do patrimônio natural, que por sua vez, também não figura entre as grandes prioridades estatais.

Exatamente por isso é que devemos saudar a inclusão de crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural nesta Lei 9.605/98 (arts. 62 a 65). Tal lembrança do legislador, contribui em vários aspectos para o fortalecimento da proteção do meio ambiente urbano, especialmente no que tange ao patrimônio cultural, cuja defesa é enfatizada nos quatro mencionados artigos.

2. Histórico da preservação do patrimônio cultural

O movimento de preservação do patrimônio cultural surge do ponto de vista mundial no início do século XIX na França, como fruto da Revolução Francesa, que nos seus momentos mais radicais levou à depredação e destruição de importantes bens arquitetônicos e artísticos ligados à Igreja ou à história do *Ancien Regime*. Originalmente, a preocupação preservacionista era voltada aos monumentos e objetos artísticos de valor excepcional, às vezes levando até mesmo à destruição de bens também relevantes, porém, de menor importância artística, para destaque daqueles mais notáveis. Isto explica, por exemplo, a situação atual da Catedral de Notre Dame de Paris, totalmente isolada, eis que as edificações de origem medieval que garantiam sua autêntica ambiência, foram demolidas para lhe dar destaque no século passado, perdendo-se assim definitivamente um aspecto relevante do patrimônio cultural francês.

Este conceito de excepcionalidade do valor do bem cultural a ser preservado, norteou por longo tempo toda a legislação pertinente, inclusive a brasileira, como adiante veremos.

A Carta de Atenas, resultante do Congresso Internacional de Arquitetura Moderna de 1933, se por um lado prescreve a salvaguarda de valores arquitetônicos de imóveis não apenas isolados, como de conjuntos (item 65), também considera inevitável a demolição de casas insalubres ao redor de algum monumento histórico, mesmo com a destruição de uma ambiência secular (item 69).[1] Destarte, não se levanta a possibilidade de recuperação de imóveis antigos deteriorados para novos usos, prevendo tão-somente a sua destruição.

A Carta de Veneza, resultante do II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos dos Monumentos Históricos de 1964, constitui um marco decisivo na substituição do antigo conceito de excepcionalidade. Assim, seu art. 1.º expressa

(1) *Cartas Patrimoniais* – IPHAN, p. 59-60.

que "a noção de monumento histórico compreende a criação arquitetônica isolada, bem como o sítio urbano ou rural que dá testemunho de uma civilização particular, de uma evolução significativa ou de um acontecimento histórico. Estende-se não só às grandes criações, mas também às obras modestas, que tenham adquirido, com o tempo, uma significação cultural."; o art. 5.º: "a conservação dos monumentos é sempre favorecida por sua destinação a uma função útil à sociedade; tal destinação é, portanto, desejável; mas não pode nem alterar a disposição ou a decoração dos edifícios (...)"; o art. 6.º: "a conservação de um monumento implica a preservação de um esquema em sua escala (...)" e ainda o art. 7.º: "o monumento é inseparável da história de que é testemunho e do meio em que se situar. Por isso, o deslocamento de todo o monumento ou de parte dele não pode ser tolerado, exceto quando a salvaguarda do monumento o exigir (...)".[2]

Nos dias atuais, o conceito de patrimônio cultural, que por muito tempo direcionou-se apenas a bens móveis e imóveis, passou a expressar também valores imateriais, intangíveis, como formas de expressão, modos de criar, fazer e viver das coletividades humanas. Assim, a Declaração do México, resultante da Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais organizada pelo Conselho Internacional de Monumentos e Sítios (Icomos) no México em 1985, em seu item 23 menciona que "o patrimônio cultural de um povo compreende as obras de seus artistas, arquitetos, músicos, escritores e sábios, assim como as criações anônimas surgidas da alma popular e o conjunto de valores que dão sentido à vida. Ou seja, as obras materiais e não materiais que expressam a criatividade desse povo: a língua, os ritos, as crenças, os lugares e monumentos históricos, a cultura, as obras de arte e os arquivos e bibliotecas".[3]

(2) Op. cit., p. 110.

Grosso modo, podemos dizer que a evolução do conceito de patrimônio cultural deu-se na medida em que a ele foram sendo aplicados, com ênfase diversa no tempo, princípios inerentes a diferentes atividades científico-profissionais. Assim, no conceito de excepcionalidade do valor, podemos vislumbrar uma maior influência da Arquitetura e da Crítica de Arte. No conceito de valor documental do bem (Carta de Veneza), há uma prevalência da História. E, finalmente, quanto à inclusão de bens imateriais, a influência maior é da sociologia e da antropologia.

3. O patrimônio cultural brasileiro sob a égide das Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937

No período imperial podemos dizer que não houve nenhuma ação efetiva no Brasil em defesa do Patrimônio Cultural. Assim, surge apenas uma iniciativa isolada do Ministro do Império, Conselheiro Luiz Pedreira de Couto Ferraz, transmitindo ordens aos Presidentes das Províncias para que obtivessem coleções epigráficas para a Biblioteca Nacional e, ao diretor das Obras Públicas da Corte, para que tivesse cuidado na reparação dos monumentos a fim de não destruir as inscrições neles gravadas.[4] A Constituição de 1824, por sua vez, nada mencionava a respeito e consagrava o direito de propriedade praticamente ilimitado, o que inviabilizava qualquer iniciativa a respeito.

Com a República, o panorama vigente não sofreu modificações de monta. A Constituição de 1891 e o Código Civil, adotando o princípio do exercício incondicionado da propriedade privada, criava óbices praticamente intransponíveis ao trâmite de diplomas legais que tendessem a

(3) Op. cit., p. 314-315.

(4) *Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil. Uma trajetória.* p. 13.

limitá-lo em prol da preservação do patrimônio cultural. Destarte, não teve êxito um projeto apresentado em 1923 pelo deputado pernambucano Luiz Cedro visando à criação de uma Inspetoria de Monumentos Históricos, nem um projeto de 1924 em que o deputado mineiro Augusto de Lima objetivava a proibição da saída, para o estrangeiro, de obras de arte tradicional brasileira e ainda um outro, que tratava amplamente da questão do patrimônio cultural, apresentado pelo deputado baiano José Wanderley de Araújo Pinho em 1930.[5]

Algumas iniciativas estaduais tiveram mais êxito. Na Bahia as Leis Estaduais 2.031 e 2.032 de 08.08.1927, regulamentadas pelo Decreto Estadual 5.339 de 06.12.1927, criaram a Inspetoria Estadual de Monumentos Nacionais. Em Pernambuco, a Lei Estadual 1.998 de 24.08.1928 autorizava a criação de instituição análoga.[6]

Após a Resolução de 1930, importantes mudanças ocorreram. Em 12.07.1933, o Dec. 22.928 erigiu a Cidade de Ouro Preto em Monumento Nacional. A Constituição de 1934 foi a primeira a tratar especificamente do assunto, eis que seu art. 10, inc. III dispunha: "Compete concorrentemente à União e aos Estados:

(...)

III – proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte.

(...)".

A Constituição do Estado Novo de 1937 regularia a matéria num texto mais elaborado; o do art. 134, que prescrevia: "Os monumentos históricos artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional".

Nesse mesmo ano de 1937 surgiu o Dec.-lei 25 que passou a regular a proteção do patrimônio cultural, criando o instituto jurídico do tombamento, além do órgão por ele responsável, na época o SPHAN (Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) e que, com poucas alterações, ainda é o diploma legal que rege o assunto na esfera federal.

O seu art. 1.º define o patrimônio histórico e artístico nacional como "o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico". Como se pode observar, o uso de expressões como "fatos memoráveis" e "excepcional valor" alinham este diploma legal entre os adeptos do conceito de excepcionalidade do valor cultural do bem, como pressuposto para a sua preservação.

Por outro lado, o § 1.º do mesmo artigo, também consagra a preservação exclusiva dos valores culturais oficiais, eis que só quando tombado pelo órgão governamental é que um bem pode ser considerado parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional.

Visando a regulamentação da parte final do citado art. 134 da Carta de 1937, que dizia que, "os atentados cometidos contra eles (monumentos históricos artísticos e naturais) serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional", é que o CP de 1940 criminalizou algumas condutas nocivas ao patrimônio cultural.

Assim, no Título II, Cap. IV do CP de 1940, entre os crimes de dano, é que foram incluídos dois tipos nos arts. 165 e 166, que se referem, respectivamente, ao dano em coisa de valor artístico, arqueológico, histórico e a alteração de local especialmente protegido.

(5) Op. cit., p. 14-15.

(6) Op. cit., p. 15.

Estes tipos penais vigoraram até a recente promulgação da Lei 9.605 de 12.02.1998 e serão objeto de análise mais adiante.

4. O patrimônio cultural brasileiro sob a égide das Constituições de 1946 e 1967

A Constituição de 1946, de certa forma, retrocedeu com relação à de 1937, eis que a proteção do patrimônio cultural tornou-se norma meramente programática inserida no art. 175: "As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza, ficam sob a proteção do Poder Público".

O patrimônio arqueológico até aquela época não havia encontrado um regime adequado de tutela, eis que o tombamento, por princípio, busca impedir qualquer alteração na aparência do bem tombado. Os bens arqueológicos, por sua vez, para serem devidamente fruídos e estudados, precisam quase sempre serem desmontados cientificamente, pelo menos quando pré-históricos, pela escavação dos sítios correspondentes. Para suprir essa lacuna legal é que foi promulgada a Lei 3.924 de 26.07.1961, que instituiu meios de controle das escavações arqueológicas por meio do IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional). Entretanto, tal diploma legal apresenta algumas sérias deficiências, eis que é voltado quase exclusivamente para sítios pré-históricos e entre eles, para os sambaquis, sítios formados por acúmulos de conchas, restos de cozinha, enterramentos de mortos e outros artefatos amontoados por povos indígenas que habitavam o litoral em épocas pré-cabralinas.[7]

(7) RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Aspectos jurídicos da proteção ao patrimônio cultural, arqueológico e paleontológico. *Revista de Direito Ambiental* 6/117.

A constituição seguinte, a de 1967, repetiu a norma programática do Texto Constitucional de 1937, inovando, porém, ao elencar entre os bens sob proteção do Poder Público, as jazidas arqueológicas. O texto original do art. 172 era o seguinte: "Art. 172. O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único – Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens notáveis, bem como as jazidas arqueológicas".

A Emenda Constitucional 01/69 manteve a mesma redação do art. 172 apenas renumerando-o para 181.

Como se pode concluir pela simples leitura dos textos constitucionais mencionados, estes apenas enumeravam categorias de bens a serem protegidos, porém não continham nenhum conceito expresso do que fosse patrimônio cultural, continuando a prevalecer o conceito de excepcionalidade expresso no art. 1.º do Dec.-lei 25/37, o que prejudicou, em muito, a preservação de edificações características, porém de menor valor arquitetônico e ligação histórica, quando muito, a fatos da história quotidiana de classes sociais menos favorecidas. A arquitetura eclética do final do séc. XIX e início do XX, tão característica das cidades brasileiras mais importantes da época, desapareceu quase completamente por preconceito de técnicos ligados ao modernismo e que consideravam aquela manifestação artística como desprovida de qualquer valor cultural que justificasse a sua preservação pelo tombamento.

A preservação de bens culturais pelo seu valor documental foi surgindo lentamente, através de construções técnico-doutrinárias mais avançadas, não devidamente amparadas pelas normas de direito positivo.

Desse modo, o II Encontro de Governadores para Preservação do Patrimônio

Histórico, Artístico, Arqueológico e Natural do Brasil, em outubro de 1971, produziu o "Compromisso de Salvador", que em sua recomendação n. 3, propõe a criação de legislação complementar no sentido de proteção mais eficiente dos conjuntos paisagísticos, arquitetônicos, urbanos de valor cultural e de suas ambiências.[8]

Porém, mesmo assim, muitos técnicos e o próprio conselho consultivo do IPHAN da época tinham problemas para compreender as novas tendências preservacionistas frente ao velho conceito de excepcionalidade, a ponto de haver dificuldade prática de se propor a preservação de qualquer coisa que não se referisse a barroco e a colonial, com suas igrejas e santos tidos como sinônimo do verdadeiro "patrimônio".[9]

O Estado de São Paulo, através do seu órgão de tombamento, o Condephaat (Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico, Arqueológico e Turístico), capitaneado pelo eminente geógrafo Aziz Ab' Saber, inovou profundamente na sua atuação, ao tombar ecossistemas como a Serra do Japi ou a Serra do Mar, trazendo à baila a preservação de bens naturais pelo seu valor ecológico e não meramente paisagístico.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347 de 24.07.1985), por sua vez, consagrou a possibilidade da preservação de bens e direitos de valor cultural pela via judicial, ainda que não tombados (art. 1.º, inc. III). E nada mais justo, na medida em que o tombamento, como ato administrativo declaratório e constitutivo, representa apenas o reconhecimento pelo Poder Público de um valor cultural pré-existente e da necessidade de preservá-lo para sempre. Portanto, é absolutamente natural que existam bens de relevante valor cultural que ainda não tenham sido tombados por falta de oportunidade, desconhecimento ou mesmo omissão do Estado e nem por isso possam ser relegados ao esquecimento e à destruição. Por outro lado, eventual cancelamento de tombamento não tem o condão de eliminar o valor cultural que determinado bem já possuía.

A ação civil pública é instrumento legal adequado para a declaração de valor cultural de bens não tombados administrativamente, como vem sendo consagrado pela jurisprudência pátria: "Não há restrição ao poder revisional dos Tribunais sobre o juízo da Administração, quando esta não reconhece os valores de vida, referidos na Lei 7.347/85.

É da nossa organização política a posição superposta de Judiciário em face dos outros Poderes, sempre que se trate de interpretar e aplicar um texto de Lei".[10]

Como se vê, apesar de algumas incompreensões, as forças sociais estavam, mesmo sob a égide do regime constitucional de 1967, a pressionar pela modernização do sistema de preservação previsto no velho Dec.-lei 25/37, o que viria a ocorrer, de forma especialmente auspiciosa, na promulgação da Carta de 1988.

5. O patrimônio cultural brasileiro e a Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988 viria a conciliar o nosso ordenamento jurídico com a vanguarda dos conceitos internacionais de patrimônio cultural. O seu art. 216 constituiu-se, a partir de então, na espinha dorsal do sistema de preservação dos valores culturais brasileiros, pelo que pedimos vênia para transcrevê-lo:

(8) *Anais do II encontro de governadores para preservação do patrimônio histórico, artístico e natural do Brasil.* p. 376.

(9) FARIA, Luiz de Castro. Nacionalismo, nacionalismos – dualidade e polimorfia, in *A invenção do patrimônio.* p. 38.

(10) *RT* 658/91. Vide também excelente sentença de primeiro grau proferida pelo Juiz Álvaro Luiz Valery Mirra na 2.ª Vara da Comarca de Sertãozinho – SP, in *Revista de Direito Ambiental* 1/219-227.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1.º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2.º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3.º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4.º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5.º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos."

O *caput* do art. 216 rompeu com a tradição do Direito Constitucional brasileiro ao inserir o conceito de patrimônio cultural e o fez de forma muito feliz, abraçando simultaneamente os conceitos de "valor histórico", já que prescreve a proteção de bens "individualmente ou em conjunto" desde que "portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira" sem exigir que sejam de "valor excepcional" e ainda os de "valor sociológico", eis que consagra a defesa de bens imateriais ao lado dos materiais tradicionais. Também exclui acertadamente a necessidade do tombamento prévio, já que o seu texto não exige que os bens sejam tombados para integrarem o patrimônio cultural. Que, aliás, é *brasileiro*, não havendo que se falar em "patrimônio de interesse estadual ou regional" ou "de interesse municipal ou local", como querem alguns autores, o que acaba fornecendo argumentos para justificar a omissão dos órgãos de preservação mais organizados (federais e estaduais) diante da dilapidação cultural sistemática que vem sendo praticada em cidades que a soberba de alguns técnicos considera "desinteressantes" do ponto de vista patrimonial.

Tal posição, é preciso ressaltar-se, não tem nenhum amparo legal, muito menos constitucional, contribuindo, isto sim, para transformar moradores de cidades pequenas e pobres em cidadãos de 2.ª classe, sem direito à memória.

Os dois primeiros e o terceiro inciso em parte consagram a preservação dos valores imateriais, de conteúdo sociológico e antropológico. Trata-se de um patrimônio em geral intangível, não tridimensional, mas científico, de conhecimentos, de tecnologia, de todas as disciplinas, erudito e popular. E é exatamente a imaterialidade e a mutabilidade dinâmica que caracterizam tal categoria de bens que inviabilizam, em princípio, a sua preservação pelo tombamento. O instituto jurídico do tombamento pressupõe bens materiais razoavelmente determinados, cujas características primordiais pretende-se preservar sem alterações. Assim, parece-nos que o Poder Público deve urgentemente regulamentar a pre-

servação dos bens imateriais, na forma de lei, para que não se percam relevantes valores culturais da sociedade brasileira.

O quarto inciso enumera espaços e instrumentos utilizados em manifestações artístico-culturais. Tais espaços não precisam ter intrinsecamente valor cultural, mas apenas sediar ou serem utilizados em atividades que o tenham, o que se constituiu em mais uma inteligente inovação do legislador constitucional. Parece-nos que tais bens e espaços podem, em princípio, serem preservados pelo tombamento. Este inciso ainda abarca os tradicionalmente protegidos bens móveis de valor cultural, porém, ressalte-se, que sem a exigência de terem qualidades "excepcionais", nem de serem previamente tombados.

O quinto inciso elenca os bens imóveis tradicionalmente preservados pelas constituições anteriores. Mesmo assim, ainda inova pela menção expressa de "conjuntos urbanos", privilegiando o valor histórico-documental em relação ao excepcional. Pode-se criticar a ausência de referência expressa a imóveis individualizados e àqueles situados em área rural. Entretanto, tal omissão pode ser suprida pelo *caput* do art. 216 que menciona bens "tomados individualmente ou em conjunto", podendo incluir imóveis rurais desde que "portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira".

O inciso V também apresenta inovação ao tornar suscetível de proteção, além do patrimônio arqueológico, que é constituído por restos de culturas e civilizações hoje não mais existentes ou bastante alteradas, também do paleontológico, que é o formado por fósseis, isto é, restos e vestígios de seres vivos contidos em rochas sedimentares. Porém, a situação atual do patrimônio paleontológico chega a ser estarrecedora. A única norma existente a respeito é o Dec.-lei 4.146 de 04.03.1942 que declara, em seu único artigo e parágrafo, que os depósitos fossilíferos são propriedade da nação, sendo necessário para sua exploração, autorização prévia do DNPM (Departamento Nacional de Produção Mineral), órgão do Ministério da Indústria e Comércio, a quem cabe a fiscalização. As explorações efetuadas por órgãos públicos independem de autorização ou fiscalização, cabendo-lhes apenas efetuar comunicação prévia ao DNPM. Não é sem motivo, portanto, que o patrimônio fossilífero seja objeto atualmente da mais completa e sistemática depredação, já que o legislador infra-constitucional designa um órgão licenciador de atividades minerárias como responsável pela sua proteção, ou melhor, seu abandono.[11] Urge regulamentar-se nesse aspecto tal inciso, pela via legal, para buscar reverter a lamentável situação atual do nosso patrimônio paleontológico.

Ainda o mesmo inciso destaca o valor ecológico com fundamento para a integração de bens ao patrimônio cultural brasileiro. Nesse aspecto, a Carta Maior abraçou a melhor doutrina italiana, que distingue a existência de bens cuja existência se deve apenas à natureza e outros resultantes da intervenção humana, sendo todos bens ambientais.[12] O mais importante é que a forte interligação entre bens naturais e resultantes de agenciamento humano, deve ser sempre levada em conta por todo o profissional que atua nessas áreas. Os princípios jurídicos do Direito Ambiental também são aplicáveis às questões do patrimônio cultural.[13] Parece-nos também possível enquadrar os bens de valor espeleológico (grutas, cavernas e outras cavidades naturais subterrâneas), não expressamente mencionados no bojo do art. 216 da Carta Magna, entre aqueles de valor ecológico.

(11) RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Op. cit., p. 119.

(12) Tombamento: instrumento de defesa do patrimônio cultural, papel da ação civil pública, in *Ação Civil Pública.* RT, p. 293-294.

(13) Op. cit., p. 296.

Outra questão fundamental referente aos incisos do art. 216, é que estes formam uma lista exemplificativa, de tal forma que o legislador constitucional, não pretendendo esgotar uma rica e dinâmica realidade, deixou em aberto a possibilidade de construção de novos tipos de bens culturais. Assim, qualquer bem pode vir a integrar o patrimônio cultural brasileiro, desde que seja portador de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos termos do *caput* do art. 216.

O § 1.º do art. 216 consagra o princípio da participação, informativo do Direito Ambiental, que consta do princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992: "trata-se mais adequadamente das questões ambientais assegurando a participação de todos os cidadãos interessados, em nível pertinente". Termina o princípio referido: "o acesso às ações judiciais e administrativas, aí compreendidas as ações que visem a imposição de sanções e a obtenção de reparações, deve ser assegurado".[14]

Na legislação ambiental vemos, atualmente, pelo menos três vertentes da participação: primeira – participação das pessoas, através das organizações não-governamentais, nos conselhos ambientais; segunda – participação das pessoas e entidades na fase de comentários e na fase da audiência pública no procedimento de estudo de impacto ambiental e terceira – participação em ações judiciais.[15]

No que tange ao patrimônio cultural, apenas a terceira vertente concretiza-se integralmente, eis que é possível uma organização não-governamental que esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e incluindo entre seus objetivos a proteção do patrimônio cultural, mover ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao mesmo (art. 1.º, inc. III c.c. art. 5.º, incs. I e II da Lei 7.347/85). Outrossim, qualquer cidadão pode propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (art. 5.º, inc. LXXIII da Constituição Federal). Quanto à segunda vertente, esta só se efetiva quando houver uma questão de patrimônio cultural envolvida acessoriamente em algum projeto, cuja licença dependa de estudo de impacto ambiental, eis que a legislação de patrimônio cultural não prevê expressamente a aplicação desse instituto jurídico e em geral os órgãos de preservação não dispõem de equipe com formação adequada para tratar do EIA/RIMA. No que diz respeito à primeira vertente, esta praticamente nunca se efetiva, já que os conselhos de tombamento insistem em manter marginalizados da esfera decisória as organizações não-governamentais. São tais conselhos formados geralmente por membros de órgãos governamentais e designados por corporações profissionais, muitas vezes demonstrando total insensibilidade diante da opinião da comunidade, que no final das contas, é a produtora dos bens culturais que se pretende defender.

Ao nosso ver, essa discriminação contra entidades não-governamentais em conselhos de preservação, que felizmente já vêm participando construtivamente de órgãos colegiados ambientais de longa data, é totalmente inconstitucional, pois impede a colaboração da comunidade prescrita no § 1.º do art. 216 da Carta Maior.

Mais adiante, o § 1.º deixa perfeitamente claro que o tombamento prévio não é requisito único para que um bem possa integrar o patrimônio cultural brasileiro, estando prescritos ainda outros meios como inventários, registros, vigilância, desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação. Dentre estes últi-

(14) MACHADO, Paulo Affonso Leme. Princípios gerais de direito internacional e a política ambiental brasileira, in *Dano Ambiental.* RT, p. 401.

(15) Op. cit.

mos, é de se destacar a preservação pelo Poder Legislativo através de lei específica e pelo Poder Judiciário através de decisão judicial. É importante ressaltar que institutos como inventários, registros e vigilância e outros meios de preservação não especificados, após quase 10 anos da promulgação da Constituição, não foram devidamente regulamentados por lei, o que é de se lamentar profundamente.

O § 2.º que trata da consulta de documentos de interesse cultural, foi regulamentado pela Lei Federal 8.159 de 08.01.1991, que dispõe sobre a Política Nacional dos Arquivos Públicos e Privados.

O § 3.º também contém dispositivo essencial à preservação do patrimônio cultural. À medida que o Poder Público tomba um bem cultural, ele assume a obrigação de agir conjuntamente em defesa do bem protegido, devendo incentivar e auxiliar técnica e financeiramente o proprietário particular. Essa omissão do Poder Público, que deixa todos os ônus da preservação ao proprietário, é que pode as vezes acarretar prejuízos a este último. Isto não significa que o tombamento implique por si mesmo na obrigação de indenizar o proprietário. O que pode muitas vezes ocorrer é uma má gestão do tombamento, que pode ser corrigida pelo Poder Público, em havendo pelo menos um pouco de boa vontade política.

No § 4.º encontra-se o fundamento para punição civil e penal dos detratores do patrimônio cultural. A responsabilidade no campo civil desses detratores encontra-se inserida na Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos aos Interesses Difusos). Quanto à sua responsabilidade penal, esta é objeto da Lei 9.605 de 12.02.1998, como se verá adiante.

O § 5.º tombou expressamente todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. Neste ponto foi infeliz o legislador constitucional. Como já dissemos, o ato de tombar pressupõe bem de características perfeitamente identificadas, as quais deverão ser a partir do tombamento, provisório ou permanente, em princípio, mantidas para sempre sem alteração.

Ora, antes de se tombar documentos e sítios remanescentes dos quilombos é preciso identificá-los. De nada adianta tombar algo que não conhece, pois não há como protegê-lo; muito menos os vários sítios remanescentes que tenham valor exclusivamente arqueológico. Para a fruição de um sítio arqueológico é preciso muitas vezes desmontá-lo cientificamente, recolhendo e identificando os artefatos nele encontrados. Ora, se o sítio está tombado, não pode ser modificado, o que inviabiliza a pesquisa arqueológica, impedindo, assim, a sua integração ao patrimônio cultural brasileiro.

6. Os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural

Como já vimos atrás, o art. 134 da Constituição de 1937 fundamentou a criação de dois tipos penais de dano inseridos no CP e que são os seguintes: Art. 165 (Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico) – Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 166. (Alteração de local especialmente protegido) – Alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei:

Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Esses tipos penais, que já apresentavam algumas sérias deficiências na origem, como a ausência de modalidade culposa e a exigência descabida de tombamento de bem arqueológico, acabaram por ser praticamente inaplicáveis.

Diante do novo regime constitucional de 1988, que não exige tombamento prévio para que um bem integre o patrimônio cultural brasileiro, as deficiências tornaram-se mais gritantes e se fazia necessária uma reformulação desses tipos penais para reconciliá-los com a Lei Maior.

Destarte, foi promulgada a Lei 9.605 de 12.02.1998 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. Neste diploma legal encontramos a Seç. IV do Cap. V dedicada aos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, que estão dispostos nos arts. 62 a 65 e que derrogaram os arts. 165 e 166 do CP:

6.1 Artigo 62

Destruir, inutilizar ou deteriorar:

"I – bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial.

II – arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial:

Pena – reclusão, de um a três anos e multa.

Par.ún.: Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa."

6.1.1 Objeto material

Pelo inciso I, é qualquer bem que tenha proteção por seu valor cultural através de lei específica, ato administrativo, onde estão incluídos o tombamento provisório e definitivo, além de outras formas de acautelamento (art. 216, § 1.º da CF) ou decisão judicial.

Pelo inciso II, é arquivo (local onde são guardados documentos escritos), registros (instituição, repartição ou cartório onde se faz a inscrição, ou transcrição de atos, fatos, títulos e documentos a fim de autenticá-los e dar-lhes força de prevalecer contra terceiro), museu (local destinado ao estudo, reunião e exposição de obras de arte, de peças e coleções científicas ou objetos antigos), biblioteca (coleção de livros dispostos ordenadamente para estudo e consulta), pinacoteca (coleção de pinturas), instalação científica (conjunto de aparelhos ou peças destinado à atividade de interesse da ciência) ou similar, desde que seja protegido por lei, por ato administrativo, ou decisão judicial.

Entre os aqui protegidos, estão todos aqueles bens materiais mencionados nos incs. III, IV e V do art. 216 da Constituição Federal.

Não é necessário que o bem cultural esteja, como no regime penal anterior, protegido por tombamento provisório ou definitivo, que tem idênticos efeitos (art. 10 do Dec.-lei 25/37). Qualquer ato administrativo poderá protegê-lo, a partir de sua publicação. Também por força de lei, a partir de sua vigência, seja ela específica para o caso concreto, trate de posturas urbanísticas, normas de uso do solo, planejamento urbano etc., ou ainda a própria Lei Maior, como no caso dos quilombos. A decisão judicial, ao nosso ver, não precisa ser sentença transitada em julgado; pode ser provisória, desde que exeqüível contra todos. Outros meios de acautelamento e proteção poderão ainda vir a ser criados em benefício dos bens culturais, como autoriza a Constituição Federal.

Entendemos que os bens mencionados no inciso II, incluem não apenas a edificação, como também o acervo completo. Destarte, para a consumação do delito basta que o dano atinja o edifício ou um dos objetos que integrem seu acervo.

Parece-nos que quando as instituições mencionadas no inciso II forem criadas pelo Poder Público, por lei ou outro ato administrativo, já deverão ser consideradas protegidas para fins penais, pelo sim-

ples fato de existirem. Pois, se o Poder Público decidiu criar um arquivo, museu, biblioteca ou similar, presume-se que já reconheceu o valor cultural de um determinado acervo que se pretende ver preservado. Outro entendimento, colocaria em sério risco a esmagadora maioria dos bens que se pretende proteger, tornando inócuo o tipo criminal. Basta verificar-se que num universo de mais de 900 museus catalogados em 1984, a grande maioria públicos,[16] apenas 19 acervos museológicos estão tombados em nível federal.[17]

6.1.2 Elemento subjetivo do tipo

O crime do art. 62 e incisos é punido a título de dolo, ou seja, quando o agente por vontade livre e consciente praticar a ação criminosa, isto é, destruir, inutilizar ou deteriorar os bens mencionados nos incs. I e II. Admite-se também a forma culposa, pelo par.ún. do art. 62, quando a destruição, inutilização ou deterioração do bem resultar de negligência, imprudência ou imperícia do agente, o que constitui um grande avanço com relação ao regime penal anterior.

Assim, o delito culposo pode ser imputado, por exemplo, ao técnico que causar danos a um quadro durante sua restauração.

6.1.3 Elemento objetivo do tipo

O elemento objetivo do tipo é destruir, inutilizar ou deteriorar qualquer dos bens indicados nos incs. I e II. Destruir é demolir, arruinar, aniquilar, exterminar, fazer desaparecer, dar cabo. Inutilizar é tornar inútil ou imprestável, invalidar. Deteriorar é danificar, estragar, fazer apodrecer.

(16) SANTOS, Fausto Henrique e *et al. Catálogo dos museus do Brasil,* 1984.

(17) *Bens móveis e imóveis inscritos nos livros de tombo do IPHAN,* 1994.

Os bens elencados nos itens I e II, por sua vez, devem estar protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial.

6.1.4 Sujeito ativo

Sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa que, por culpa ou dolo, inutiliza, destrói ou deteriora algum dos bens elencados, desde que penalmente imputável. Até mesmo o proprietário poderá ser sujeito ativo desse crime, eis que os bens protegidos o são por interesse da coletividade. Admite-se a co-autoria, nos termos do art. 2.º, e a responsabilização da pessoa jurídica, segundo o disposto no art. 3.º, ambos da Lei 7.605/98.

6.1.5 Sujeito passivo

O sujeito passivo do crime em questão é a coletividade, já que o bem tutelado é o patrimônio cultural e, enquanto interesse difuso, pertencente, portanto, a toda a sociedade. Também será o proprietário do bem, se este, evidentemente, não for o sujeito ativo do delito.

6.1.6 Consumação e tentativa

O delito em tela é de natureza instantânea, considerando-se consumado com a destruição, inutilização ou deterioração parcial ou total do bem protegido.

Admite tentativa quando, por circunstâncias alheias à vontade do agente, este não consegue destruir, inutilizar ou deteriorar o bem. Por exemplo, quando o agente inicia a execução do crime e se vê obrigado a paralisar sua atividade, eis que o guarda do local percebe sua intenção e o surpreende.

6.1.7 Ação penal

A ação penal é pública e incondicionada, conforme o art. 26 da Lei 9.605/98. É

aplicável a suspensão condicional da pena nos termos do art. 16 da Lei 9.605/98. Aplica-se à modalidade culposa o procedimento do Juizado Especial Criminal, eis que se trata de infração penal de menor potencial ofensivo, por força do art. 61 da Lei 9.099/95.

6.2 Artigo 63

"Alterar o aspecto ou estrutura de edificação em local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena – reclusão, de um a três anos e multa."

6.2.1 Objeto material

É o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental. Logo o objeto é sempre um imóvel.

O art. 63 não menciona expressamente o valor paleontológico, que é relativo aos fósseis. Entretanto, este pode ser inserido na expressão "valor cultural", tendo em vista o *caput* do art. 216 c.c. o inc. V do mesmo dispositivo da Constituição Federal. Desta forma, também é bem tutelado por este artigo, o sítio de valor paleontológico, o qual também é cultural.

Apesar de não existir referência expressa ao valor espeleológico, que é relativo a grutas, cavernas e outras cavidades naturais subterrâneas, podemos incluir estes bens entre aqueles de valor ecológico, eis que se tratam de ecossistemas frágeis, raros e de grande relevância.

6.2.2 Elemento subjetivo do tipo

O crime em tela é punido apenas a título de dolo, isto é, a vontade livre e consciente do agente de alterar o aspecto ou a estrutura de edificação ou local especialmente protegido, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida.

6.2.3 Elemento objetivo do tipo

O elemento objetivo caracteriza-se pela conduta de alterar parcial ou totalmente, por qualquer meio, ou aspecto, ou estrutura de edificação, ou local especialmente protegido. Alterar é mudar, modificar, transformar. Aspecto é a aparência de uma coisa. Estrutura é a disposição e ordem das partes da coisa. A coisa, no caso, é uma edificação ou local. Parece-nos que se a alteração ocorre num imóvel que sofre restrições de ocupação por seu valor ecológico, por força de lei de uso do solo ou mananciais, também ocorre o delito em tela.

6.2.4 Sujeito ativo

É qualquer pessoa penalmente imputável, inclusive o proprietário, que altere a edificação ou local especialmente protegido, desde que sem autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a concedida. É possível a co-autoria (art. 2.º da Lei 9.605/98) e a imputação à pessoa jurídica (art. 3.º da mesma lei).

6.2.5 Sujeito passivo

É a coletividade e também o proprietário, se este não for sujeito ativo do crime.

6.2.6 Consumação e tentativa

O crime consuma-se com a alteração da edificação ou local especialmente protegido. A tentativa é possível.

6.2.7 Ação penal

A ação penal é pública e incondicionada (art. 26 da Lei 9.605/98). É aplicável a suspensão condicional da pena (art. 16 da mesma lei).

6.3 Artigo 64

"Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerando em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização ou em desacordo com a concedida.

Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa."

6.3.1 Objeto material

É o solo não edificável, portanto imóvel, assim considerado em razão de seu valor ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental. Estão também incluídos os imóveis circunvizinhos, portanto, situados no entorno, sem valor especial, cuja edificação venha a prejudicar aquele bem não edificável protegido.

Embora o texto do artigo seja omisso, parece-nos que a determinação do valor que justifique a não edificabilidade de um imóvel deve resultar de lei, ato administrativo ou decisão judicial, por analogia com os arts. 62 e 63. Por outro lado, igualmente lei, ato administrativo ou decisão judicial devem demarcar o seu entorno e as restrições que sobre ele recaiam.

Consideramos este delito aplicável a quem edificar em local não permitido ou em seu entorno, assim declarados por lei de uso do solo ou de proteção a mananciais.

A edificação sem autorização no entorno de bem tombado só é criminalizada neste artigo quando o bem em tela for não edificável, isto é, por exemplo, uma praça ou parque. Se o bem for edificado, por exemplo, um prédio histórico, o delito aplicável é o do art. 63. Trata-se de uma contradição, eis que a construção sem autorização no entorno de bem edificado é apenada de forma mais severa do que no caso de bem não edificável, sendo ambas as infrações de natureza semelhante.

6.3.2 Elemento subjetivo de tipo

Este crime é punido apenas na modalidade dolosa.

6.3.3 Elemento objetivo

O elemento objetivo caracteriza-se pelo ato de construir em local não edificável ou seu entorno sem a devida autorização da autoridade competente ou em seu desacordo. Construir significa edificar, erguer edificação.

6.3.4 Sujeito ativo

É qualquer pessoa penalmente imputável que construa em solo não edificável, ou no seu entorno sem autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a concedida. É possível a co-autora, nos termos do art. 2.º e a imputação à pessoa jurídica, segundo o art. 3.º da Lei 9.605/98.

6.3.5 Sujeito passivo

É a coletividade, além do proprietário do local, se o mesmo não for o sujeito ativo do crime.

6.3.6 Consumação e tentativa

O crime consuma-se com o início da construção no local não edificável ou seu entorno. A tentativa é possível.

6.3.7 Ação penal

A ação penal é pública e incondicionada, de acordo com o art. 26 da Lei 9.605/98.

Aplica-se-lhe a Lei 9.099/95, por se tratar de crime de menor potencial ofensivo.

6.4 Artigo 65

"Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano.

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

Par.ún. Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de seis meses a um ano, de detenção e multa."

6.4.1 Objeto material

É qualquer edificação ou monumento urbano. Edificação é edifício, construção, casa, prédio. Monumento é obra ou construção que se destina a transmitir à posteridade a memória de fato ou pessoa notável. Urbano é aquilo que se situa na cidade e não na zona rural.

Embora o conceito legal de monumento possa atingir bens naturais (por exemplo o Monte Pascoal, Monumento Nacional pelo Dec. 72.107 de 18.04.1975), edificações majestosas e até cidades inteiras (por exemplo Ouro Preto, Monumento Nacional pelo Dec. 22.928 de 12.07.1933), não são essas as modalidades que o legislador pretende ver tuteladas por este artigo. Afinal, os danos causados contra monumentos naturais encontram-se criminalizados na Seção II da Lei 9.605/98 (Dos Crimes contra a Flora). O crime de dano cometido contra edificações monumentais e cidades-monumento já é aquele do art. 62 da mesma lei.

O que o legislador busca proteger aqui são as edificações comuns e os monumentos situados a céu aberto em logradouros públicos, tais como bustos, esculturas, estátuas, obeliscos, arcos, chafarizes, marcos e outros, da ação desfiguradora de gangues de vândalos denominados pichadores ou grafiteiros.

6.4.2 Elemento subjetivo do tipo

O crime do art. 65 é punido apenas a título de dolo.

6.4.3 Elemento objetivo do tipo

O elemento objetivo caracteriza-se pela conduta de pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar as edificações ou monumentos urbanos. Pichar é escrever em muros ou paredes, inclusive dizeres políticos. Grafitar é efetuar desenhos em muros ou paredes. Conspurcar é sujar, macular.

Assim, é considerado delito tanto desenhar quanto escrever, inscrições de conteúdo político, eleitoral ou propagandístico, quando efetuadas em edificações, ainda que com autorização do proprietário, ou monumentos urbanos.

É nosso entendimento que este delito não inclui, em verdade, a pintura de painéis e grafites de conteúdo efetivamente artístico, muitas vezes realizados por artistas de qualidade, até mesmo com incentivo do Poder Público e que se constituem em legítimas manifestações culturais que não podem ser confundidos com os traços estereotipados, grotescos e sem sentido utilizados pelos pichadores, nem com propaganda política ou inscrições publicitárias. Não existe aqui o ato de sujar ou macular a edificação. Um exemplo é o da pintura efetuada pela artista Tomie Ohtake na empena de edifício situado à Rua Xavier de Toledo em São Paulo. Tal painel além de não estar conspurcando aquele edifício, é um fator de embelezamento, não só do prédio, como daquela região da cidade, onde a paisagem é bastante triste e cinzenta.

Quanto às inscrições político-eleitorais, estas estão, ao nosso ver, muito bem incluídas na infração do art. 65, eis que num país democrático, os candidatos de-

vem ter modos mais inteligentes de anunciar suas candidaturas e transmitir idéias aos eleitores, que não sejam simplesmente emporcalhar os muros e paredes das cidades que pretendem governar. O candidato a cargo político deve ser o primeiro a zelar pela coisa pública e dar exemplo aos outros cidadãos. Se não for capaz disso, *data venia,* não merece ser eleito.

6.4.4 Sujeito ativo

É qualquer pessoa penalmente imputável, inclusive o proprietário, quando o bem for particular, que pichar, grafitar ou conspurcar edificação ou monumento urbano. É possível a co-autoria, de acordo com o art. 2.º e a imputação do delito à pessoa jurídica, nos termos do art. 3.º da Lei 9.605/98.

6.4.5 Sujeito passivo

É a coletividade e também o proprietário, se este não for sujeito ativo do crime.

6.4.6 Consumação e tentativa

O crime consuma-se pela prática do ato de pichar, grafitar ou conspurcar por outro meio os bens que se pretende proteger, edificações e monumentos públicos. É possível a tentativa.

6.4.7 Ação penal

A ação penal é pública e incondicionada (art. 26, da Lei 9.605/98), sendo possível a suspensão condicional da pena (art. 16 da mesma lei). Aplica-se-lhe o procedimento prescrito na Lei 9.099/95, por tratar-se de crime de menor potencial ofensivo, de acordo com o art. 61 do mesmo diploma legal.

6.4.8 Parágrafo único

O delito do *caput* do art. 65 possui uma circunstância agravante inserida em seu parágrafo único. Ou seja, se o crime for praticado em monumento ou coisa tombada em virtude de seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de seis meses a um ano de detenção, e multa.

Andou mal o legislador ao redigir este parágrafo único. Retrocedeu aos tempos anteriores à carta constitucional vigente. A agravante só menciona "coisa tombada," enquanto os arts. 62 e 63, dentro do espírito do art. 216 da CF, já analisado detalhadamente acima, utilizou a expressão "protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial". Portanto, apenas os bens tombados é que são tutelados por esse parágrafo, e ainda apenas aqueles em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico. Cumpre ressaltar mais uma vez, que o tombamento não é o meio adequado para preservar sítios arqueológicos, o que não foi levado em conta pelo legislador.

Sendo assim, se a pichação atingir um monumento protegido por lei de uso do solo municipal ou decisão judicial, porém não inscrito em livro de tombo, a punição será a prevista para o *caput* e incs. do art. 65. Este equívoco ainda apresenta maior relevância quando observamos que a esmagadora maioria de monumentos situados em logradouros públicos não é tombada, nem jamais o será.

Além do mais, parece-nos que o monumento, neste caso, tem muito pouco a ganhar com o tombamento. O delito prescrito neste parágrafo único confunde-se com o do *caput,* do art. 65, eis que o ato de pichar implica em deteriorar e o monumento ou coisa tombada inclui-se entre os bens especialmente protegidos por ato administrativo, de que trata o inc. I do mesmo artigo. Só que as penas do delito doloso do art. 62 são maiores e mais graves (reclusão de um a três anos e multa) do que as do art. 65, par.ún. (detenção de seis meses a um ano, e multa).

Conclui-se então que, equivocadamente, o legislador premiou o pichador de

coisa tombada com pena inferior ao do agente que cause deterioração do mesmo bem, por outra forma. De outro lado, pichar coisa protegida por lei, ato administrativo diverso de tombamento ou decisão judicial, acabou por tornar-se crime mais grave do que pichar coisa tombada, o que se constitui numa grande incoerência.

7. Considerações finais

A Lei 9.605 de 12.02.1998 constituise, em nossa opinião, numa iniciativa de grandeza sem precedentes na busca da sistematização do Direito Ambiental. A amplitude e a diversidade das questões envolvidas, sem dúvida, exigiram um esforço verdadeiramente hercúleo para a sua elaboração, o que justifica a existência de algumas deficiências que poderão mais adiante ser corrigidas pelo legislador e pela jurisprudência.

Do ponto de vista do patrimônio cultural, a lei está promovendo uma verdadeira reconciliação do Direito Criminal, que se encontrava seriamente defasado, tendo em vista os arcaicos e ineficazes dispositivos do Código Penal, com os mais modernos conceitos preservacionistas que foram abraçados pela Carta Maior de 1988.

Um dos avanços mais importantes foi a superação dos critérios da excepcionalidade e oficialismo impostos pelo Dec.-lei 25/37, através da ampla possibilidade de reconhecimento do patrimônio cultural por meio de lei, ato administrativo ou decisão judicial. Também foi de suma importância a criação da modalidade culposa do art. 62, o qual, pelo que nos parece, será o eixo sobre o qual girará a tutela penal do patrimônio cultural a partir de agora.

Entretanto alguns defeitos devem ser apontados, não no intuito de denegrir o árduo trabalho já realizado, mas tão-somente para contribuir para o aperfeiçoamento daquilo que vier a ser feito no futuro, com o intuito de favorecer a preservação dos bens culturais brasileiros.

Destarte, não encontramos na Lei 9.605/98 a criminalização de condutas atentatórias aos bens imateriais ou intangíveis, malgrado sua tutela constitucional nos incs. I, II e, até certo ponto, III do sempre citado art. 216 da Lei Maior.

Verifica-se também a timidez com que foi tratada a tutela penal do ordenamento urbano, contemplada com uma única infração, aquela prescrita no art. 65 e parágrafo. Seria importante punir-se criminalmente as condutas de desrespeito às leis de uso do solo, aos planos diretores, lamentavelmente tão comuns em nosso país e que se incluem entre as maiores responsáveis pela caótica situação ambiental das grandes e médias cidades brasileiras.

A exportação de bens culturais móveis sem autorização deveria ser apenada especificamente. A legislação vigente resume-se à Lei 4.845 de 19.11.1965, que proíbe a saída de obras de arte produzidas no Brasil até o final do regime monárquico (art. 1.º) e ainda, aquelas portuguesas que se incorporaram ao meio nacional até o fim do mesmo período (art. 2.º). O mesmo diploma legal veda também a saída de obras estrangeiras produzidas no mesmo período e que representem personalidades brasileiras ou relacionadas com a história, paisagens e costumes do Brasil (art. 3.º). A única pena que esta lei prescreve no caso de sua violação é o seqüestro pela União ou Estado, em proveito dos respectivos museus (art. 5.º). Pois bem, se a coisa já estiver fora do país, como seqüestrá-la? Trata-se de dispositivo de aplicabilidade no mínimo duvidosa. Urge tomar sérias medidas para se evitar a saída de obras de arte importantes, como o "Abaporu", óleo de Tarsila do Amaral que já não mais está em território nacional.

Os artigos da lei diretamente ligados ao patrimônio cultural também apresentam algumas contradições, como a do entorno do art. 64 frente ao art. 63 e a

conduta do par.ún. do art. 65 diante do art. 62, já comentadas anteriormente.

De resto, parece-nos que as penas aplicáveis aos casos em tela são muito baixas, sendo os crimes considerados todos de pequeno potencial ofensivo ou sujeitos à suspensão condicional da pena, sem contar os prazos curtos de prescrição, o que nos parece muito pouco diante da relevância dos valores sociais ofendidos.

Bibliografia

Anais do II Encontro de Governadores para preservação do patrimônio histórico, artístico, arqueológico e natural do Brasil, realizado em Salvador/BA, de 25 a 29.10.1971. Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura, IPHAN n. 26, 1973.

Bens móveis e imóveis inscritos nos livros de tombo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Rio de Janeiro, Ministério da Cultura, IPHAN, 1994.

Cartas patrimoniais. Brasília : IPHAN, 1995. (Caderno de documentos n. 3).

Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1994/1995.

FARIA, Luiz de Castro. Nacionalismo, nacionalismos – Dualidade e polimorfia: à guisa de depoimento e reflexão, in *A invenção do patrimônio,* org. Márcia Chuva. Rio de Janeiro, Ministério da Cultura, IPHAN, 1995 (Série Debates 2).

FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural.* São Paulo : RT, 1995.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro.* São Paulo : Malheiros, 1998.

———. *Princípios gerais de direito ambiental internacional e a política ambiental brasileira,* in *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão.* Coord. Antonio Herman V. Benjamin. São Paulo : RT, 1993.

MILARÉ, Édis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional.* São Paulo : Saraiva, 1990.

PARIZATTO, João Roberto. *Dos crimes contra o patrimônio.* São Paulo : Saraiva, 1995.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural.* Belo Horizonte : Del Rey, 1994.

Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil: uma trajetória. Brasília : Ministério da Educação e Cultura/ISPHAN/Pró-Memória, 1980.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos Rodrigues. Aspectos jurídicos da proteção ao patrimônio cultural, arqueológico e paleontológico. *Revista de Direito Ambiental* 6. São Paulo : RT, 1997.

———. *Tombamento: instrumento de defesa do patrimônio cultural. Papel da ação civil pública* (Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação), coord. Édis Milaré. São Paulo : RT, 1995.

SANTOS, Fausto Henrique dos, MOURA, Fernando Meneses de, FERNANDES, Neusa. *Catálogo dos museus do Brasil, n.c.,* Associação Brasileira de Museologia e Xerox do Brasil S/A, 1984.

SIRE, Marie-Anne. *La france du patrimoine, les choix de la mémoire, n.c., Decouvertes Galimard/Caisse Nationale de Monuments Historiques et des Sites/Mémoire des Lieux,* 1996.

2.4

LEI 9.714/98 – PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS: APLICAÇÃO AOS CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES

LEONARDO LUIZ DE FIGUEIREDO COSTA

"Seja qual for o fim atribuído à pena, a prisão é contraproducente. Nem intimida, nem regenera. Embrutece e perverte. Insensibiliza ou revolta. Descaracteriza, priva de funções, inverte a natureza, gera cínicos ou hipócritas. A prisão, fábrica e escola de reincidência, habitualidade, profissionalidade, produz e reproduz criminoso." (Roberto Lyra).

SUMÁRIO: 1. Apresentação – 2. Alternativas penais na moderna criminologia – 3. Modificações introduzidas pela Lei 9.714/98 – 4. Aplicação de pena restritiva de direito aos crimes de tráfico de entorpecentes – 5. Da aplicação da Lei 9.714/98 no tempo – 6. Competência para aplicação da nova lei: 6.1 Se a condenação já transitou em julgado; 6.2 Antes do trânsito em julgado – 7. Conclusão.

Resumo: Um estudo sobre a nova Lei 9.714/98, que alterou vário dispositivos da parte geral do Código Penal, discorrendo sobre a sua integração no ordenamento jurídico, sua relação com os modernos princípios que norteiam o Direito Penal mundialmente e as principais modificações introduzidas. Criou-se, com a nova lei, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos nos delitos de tráfico de droga, possibilitando ao julgador, aplicando os princípios da individualização e da finalidade da pena, distinguir o pequeno traficante, de menor periculosidade, daquele perigoso, sobre o qual deve recair o maior rigor da Lei.

Palavras-chave: Lei 9.714/98; Alterações no Código Penal; Generalidades; Principais modificações; Possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos delitos de tráficos de drogas.

1. Apresentação

As novas determinações sobre penas restritivas de direitos, introduzidas no CP pela Lei 9.714/98, alteram os limites temporais admitindo a substituição da pena privativa de liberdade de até quatro anos. Cria-se a possibilidade de aplicação do instituto aos crimes de tráfico de drogas, quando o condenado demonstrar menor periculosidade, por ausência de vedação legal, pois estes delitos, por si só, não afastam os requisitos legais exigidos, conciliando-se com a moderna criminologia e os princípios constitucionais da individualização e da proporcionalidade da pena. Norma penal mais benéfica terá aplicação retroativa, sendo competente o juízo de execução para os casos em que houver sentença transitada em julgado, e nos processos em curso, o juízo ou tribunal com quem o processo estiver.

2. Alternativas penais na moderna criminologia

Entrou em vigor no dia 26.11.1998, data de sua publicação, a Lei 9.714/98, que

alterou os dispositivos do CP pertinentes às penas restritivas de direitos, associando-se às mais modernas escolas de Direito Penal e visando afastar a aplicação da pena privativa de liberdade nos casos em que esta não se revele necessária, porque inadequada à reintegração do condenado ao convívio social, como demonstram os estudos e os especialistas da área.

A reforma de 1984 criou de maneira pioneira no Código Penal, as penas restritivas de direitos como solução genérica de substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, autônomas, capazes de evitar a segregação do criminoso de menor periculosidade, mas ao mesmo tempo, de lhe impor uma resposta penal, de censura da sociedade, atendendo aos ditames e objetivos do direito criminal.

As idéias modernas de um Direito Penal distanciado da vindita privada, preocupado com a ressocialização do delinqüente e com a reparação do dano à vítima, atento à proteção dos bens jurídicos, ganham força no ordenamento pátrio, tendo como exemplos recentes a reforma da parte geral do CP em 1984 e a Lei 9.099/95, trilhando uma nova estrada por onde, certamente, seguirá o Direito Penal.

O ente jurídico criminal não mais se resume ao criminoso; a este se acrescem o ofendido, o Estado e a inserção social do ato criminoso e da sanção a este imposta.

Neste sentido, é a exposição de motivos da nova parte geral do CP. Há de se limitar a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, pois este tratamento penal revela-se pernicioso, de conseqüências maléficas para pequenos infratores, pois desagrega a personalidade humana em um ambiente indigno, onde as sevícias, a corrupção e o convívio com marginais de elevada periculosidade deturpam o seu sentido, tornando o detento um marginal irrecuperável, perdendo sua aptidão para o trabalho e construindo vínculos com a verdadeira marginalidade, numa espécie de escola do crime. (itens 26 a 29 da exposição de motivos da nova parte geral).

Dotada deste espírito, a Lei 9.714/98 veio ampliar a experiência pioneira do legislador de 1984, aumentando as hipóteses de penas alternativas, visando reduzir as hipóteses de aplicação de penas privativas de liberdade que superlotam presídios e multiplicam marginais.

Atende-se, assim, ao princípio do interesse público, da finalidade da pena, inerentes à individualização da pena, de previsão constitucional, que já está incorporado ao nosso direito positivo: "O CP, no art. 59, pela primeira vez assinalou a finalidade da pena: necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

A prevenção entendida no sentido de incutir no condenado a idéia de não retornar à prática criminosa.

A pena aplicada reprova o delinqüente e, na execução será utilizada para impedir a volta à criminalidade." (Luiz Vicente Cernicchiaro. *Direito Penal na Constituição.* 3. ed. p. 126).

3. Modificações introduzidas pela Lei 9.714/98

As principais modificações trazidas pela nova lei:

1 – Criação das modalidades de penas restritivas de direitos consistentes em:

a) Prestação pecuniária: diferente da multa prevista no art. 49 do CP, será fixada pelo juiz, a ser paga à vítima, aos seus dependentes ou à entidade pública ou privada com destinação social, em valor não inferior a um salário mínimo, nem superior a 360 salários mínimos, deduzíveis do montante de condenação em ação civil de reparação de dano.

b) Perda de bens e valores em favor do Fundo Penitenciário Nacional, cujo teto

será o prejuízo causado pelo crime ou o proveito obtido pelo agente ou por terceiro pela prática criminosa (o que for maior).

Estas duas modalidades não são propriamente penas restritivas de direitos; embora tenham caráter punitivo, são obviamente de cunho patrimonial. E não dependiam de nova expressão legal, pois já eram previstas no art. 91 do CP, como efeitos genéricos (automáticos) da sentença. Deixarão de ser efeitos civis, para serem dispositivo da sentença penal, que lhes fixará o valor desde logo.

2 – A possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao reincidente, quando a medida for socialmente recomendável, salvo o caso de reincidência específica (Art. 44, § 3.º, CP, com a nova redação).

3 – A resolução da divergência quanto ao cômputo do tempo de cumprimento da pena restritiva, em caso de conversão em pena privativa de liberdade, afirmando que haverá dedução do tempo daquela no cumprimento desta (Art. 44, § 4.º, CP, com a nova redação).

4 – Ampliação da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por multa para quando aquela for cominada em período igual ou inferior a um ano (Art. 44, § 2.º, CP, com a nova redação).

5 – Criação de mais uma hipótese de *sursis*, modificando a redação do art. 77, § 2.º do CP, que regula o chamado *sursis etário* (concedido ao maior de 70 anos), ampliando sua aplicação aos casos em que razões de saúde justifiquem a suspensão. Ou seja, admitindo o *sursis* para penas de até quatro anos para quem tem menos de 70 anos por razões de saúde. Seria o *sursis humanitário.*

Mas a maior modificação refere-se à ampliação das hipóteses de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos:

6 – Ampliação de um ano para quatro anos em relação à pena privativa de liberdade aplicada em crime doloso, passível de substituição, se o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Ficam excluídos, a princípio, portanto: os crimes de roubo, extorsão, extorsão mediante seqüestro, entre outros.

Infelicidade não haver o legislador distingüido os crimes cometidos com violência ou grave ameaça, cuja pena seja inferior a um ano, pois de acordo com a redação anterior do art. 44, I, do CP era possível a substituição, *v.g.* o crime de Constrangimento Ilegal (art. 146, CP). De acordo com a *mens legis,* sob pena de criar-se um contra-senso, de desproporcionalidade de bens jurídicos, aos crimes que for aplicada pena inferior a um ano, continuará sendo possível a substituição, pois o espírito da lei foi o de ampliar e não restringir a aplicação do benefício. Ademais, os crimes praticados anteriormente continuaram sob a égide da redação legal anterior e, caso não seja cabível a substituição, continua possível o *sursis.*

Essa violência ou grave ameaça é aquela utilizada como meio para a consecução do delito, e não aquela na qual se cinge o delito, como no crime de lesão corporal, em que há violência à pessoa. Este crime continua sendo passível de substituição, pois não é cometido com violência. O crime é a violência, aliás, a própria escala penal já demonstra a menor reprovabilidade que esse crime denota. Ademais, a Lei 9.099/95 já admite a substituição da pena privativa de liberdade.

Estabelece a Lei 9.714/98 a seguinte redação ao CP, *in verbis:* "Art. 44. As penas restritivas de direito são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo."

4. Aplicação de pena restritiva de direito aos crimes de tráfico de entorpecentes

Questão salutar é a aplicação da nova lei aos crimes de tráfico de entorpecentes previstos na Lei 6.368/76, pois as penas restritivas de direitos, assim como o *sursis*, são alternativas penais à pena privativa de liberdade, aplicáveis a todos os delitos, quando preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos e os critérios norteadores de sua aplicação.

A possibilidade de aplicação de penas restritivas de direitos como alternativa à pena privativa de liberdade, na sanção ao indivíduo incurso nas penas dos art. 12, 13 e 14 da Lei 6.368/76, traz um alívio ao magistrado e à sociedade, pois possibilita, dentro do espírito da lei brasileira, o tratamento diferenciado entre o grande traficante, o capitalista do tráfico, daqueles que são seu instrumento, suas vítimas, os "aviões", as pessoas humildes, os moradores de favelas, os desempregados, que, pressionados pelo traficante ou pela própria miséria, são presos com quantidades irrisórias de substâncias entorpecentes, que destinavam à venda, com o fim de subsistir ou mesmo de alimentar o próprio vício.

A estes casos que a lei penal reservava, no mínimo, três anos de reclusão em regime fechado, criou-se a alternativa pela qual a sociedade tanto esperou. Em vez de segregados juntos a marginais de altíssima periculosidade, nas escolas do crime em que se tornaram os presídios, poderão ser reintegrados de maneira inteligente à sociedade, através da prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Não há que se falar em incompatibilidade entre a Lei 8.072/90 e a Lei 9.714/98, pois a Lei 8.072/90 não veda a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, assim como não veda a aplicação do *sursis*. Neste sentido, já decidiu o STJ: "I – O estupro, tentado ou consumado, em qualquer de suas modalidades, é crime hediondo.

II – A pena privativa de liberdade, quando de sua execução, deve obedecer o disposto no art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90.

III – Desde que preenchidos os seus requisitos, o *sursis* pode ser aplicado a ilícito penal qualificado de hediondo" (STJ, REsp. 160.264/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 17.03.1998, *DJ* 11.05.1998, p. 144, 5.ª T., unânime).

Assim o é, porque a Lei 8.072/90 estabelece o regime integralmente fechado para a "pena privativa de liberdade", e o *sursis*, como modo alternativo de execução da pena, é um substituto penal, durante o qual a pena privativa de liberdade fica suspensa e o condenado fica sujeito a condições como a prestação de serviços à comunidade e a limitação de fim de semana, que, assim como a pena restritiva de direitos, não se confunde com a pena privativa de liberdade.

Entretanto, no próprio STJ há entendimento anterior resistente a essa idéia: "O regime prisional fechado integral é incompatível com o instituto da suspensão da pena" (STJ, REsp. 91.852, Rel. Min. Vicente Leal, *DJ* 05.05.1997, p. 17.139).

Data vênia, a razão está na posição oposta, pois nem a Lei 8.072/90, nem o CP fixam restrições à concessão da alternativa penal do *sursis* aos crimes ditos hediondos ou assemelhados, de forma que não é possível a interpretação extensiva da norma repressiva em desfavor do réu. A concessão ou não do *sursis* fica condicionada ao preenchimento de seus requisitos legais.

"Penal. Lei 8.072/90. Tentativa de estupro. Crime hediondo. *sursis*. Possibilidade de concessão. Inexistência de incompatibilidade com a norma que determina o cumprimento integral da pena em regime fechado.

1 – Inexistindo na Lei 8.072/90, norma expressa a vedar a concessão de *sursis*,

não pode o intérprete lançar mão de interpretação extensiva ou dilatória para suprimir o benefício.

2 – Não há, também, incompatibilidade lógica entre o *sursis* e a norma do art. 2.º, § 1.º, já que inexiste qualquer relação entre o regime de cumprimento de pena e este instituto.

3 – O que importa para a suspensão condicional da pena é o preenchimento dos seus requisitos legais estabelecidos no CP, independentemente do regime prisional imposto" (STJ, REsp. 91.851/MG, Rel. Min. Edson Vidigal, j. em 10.12.1996, *DJ* 24.02.1997, p. 3.356, 5.ª T., unânime).

"A suspensão condicional da pena, desde que satisfeitos os requisitos do art. 77, do CP, pode ser deferida ao réu que praticou crime considerado hediondo, a falta de expressa vedação legal" (STJ, REsp. 151.769/PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 02.06.1998, *DJ* 29.06.1998, p. 264, 5.ª T., unânime).

No sentido de que a concessão do *sursis* independe do regime prisional: "Suspensão condicional da pena: compatibilidade do exame de ser o caso de concedê-lo, com a determinação de regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena, acaso concedido o *sursis* porque atendido seus pressupostos, a medida substitui a execução da pena, que suspende condicionalmente, seja qual for o regime estabelecido para a sua execução suspensa" (STF, HC 70998/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, por maioria, *DJ* 15.04.1994, p. 80.048).

Tanto o *sursis* quanto a pena restritiva de direitos substitutiva, são independentes da pena privativa de liberdade, embora prevejam a quantidade desta como um dos requisitos para o seu cabimento. "São institutos autônomos", desvinculados, benefícios atribuídos pela lei àqueles que preenchem as condições legais, como substitutos penais à pena privativa de liberdade, constituindo-se em direito subjetivo do condenado.

Saliente-se, ainda, a possibilidade que o ordenamento já prevê da concessão de livramento condicional ao condenado por crime hediondo, ou seja, "a concessão de uma medida penal alternativa à privação da liberdade, e harmônica com o diploma repressor da Lei 8.072/90", (Art. 83, V, CP, acrescentado pela Lei 8.072/90).

"Os delitos compreendidos na Lei 8.072/90 e praticados a partir de 26.07.1990, não admitirão outro regime penitenciário que não seja o fechado (...). Isto não obsta, contudo, que superado o marco de dois terços de execução da pena, não possa o condenado ser submetido a uma medida penal alternativa, autônoma, que nada tem a ver com o regime penitenciário que lhe era ate então imposto" (Alberto Silva Franco, comentários ao inc. V do art. 83 do CP, in *Crimes hediondos,* 3. ed. RT, p. 253-257).

A substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos não encontra vedação quanto à natureza do delito praticado, nem quanto ao regime fixado para cumprimento da pena privativa de liberdade, exceto aquela disposta no art. 44, I, do CP, segundo a redação dada pela Lei 9.714/98, ou seja: crimes cometidos com grave ameaça ou violência contra a pessoa.

Não dispondo nem a Lei 9.714/98, nem a Lei 8.072/90 sobre vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos crimes de tráfico, a sua concessão fica condicionada aos requisitos legais, ou seja:

1 – Pena privativa de liberdade igual ou inferior a quatro anos.

2 – Não ser o réu reincidente em crime doloso, salvo se a medida for socialmente recomendada e não for caso de reincidência específica (mesmo tipo penal).

3 – A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Aos demais crimes da Lei 8.072/90, a princípio, não será possível a substituição, em virtude da natureza do crime (praticados com grave ameaça ou violência contra a pessoa) ou da escala penal, de forma que se inviabiliza a concessão do benefício.

A aplicação do benefício ao condenado por infringência dos arts. 12, 13 e 14 da Lei 6.368/76, mesmo com eventual acréscimo por qualificadoras do art. 18 da mesma lei, fica condicionada ao preenchimento dos requisitos legais, que deverão ser cuidadosamente apreciados pelo magistrado, tendo em vista a gravidade abstrata do delito de tráfico, infame à sociedade.

Como se tratam de delitos que, em regra, não são cometidos com violência, nem grave ameaça à pessoa, quando a pena for inferior a quatro anos, deverá, se os requisitos subjetivos forem atendidos, haver a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

A nova lei, imbuída do espírito moderno da lei penal, possibilita ao juiz, junto aos operadores do direito, em face da averiguação da menor periculosidade, evitar a maior contaminação do pequeno traficante, propiciando seu retorno à sociedade e manifestando-lhe a censura penal através da pena restritiva de direitos.

O direito à substituição é subjetivo do condenado que preenche seus requisitos legais, quanto à quantidade de pena e ao tipo de crime (requisitos objetivos) e quanto à reincidência e às condições pessoais do art. 59 do CP (requisitos subjetivos): "Torna-se obrigatória a substituição de penas privativas de liberdade por uma das restritivas de direito, quando o juiz reconhece na sentença as circunstâncias favoráveis do art. 59, bem como as condições dos incs. II e III do art. 44 c/c o seu par.ún., todos do CP, caracterizando direito subjetivo do réu" (STJ, REsp. 67.570/SC, Rel. Min. Adhemar Maciel, 6.ª T., *DJ* 26.08.1996, p. 29.730).

"Estabelecida pena privativa de liberdade inferior a um ano ou sendo o crime culposo, incumbe ao juízo o exame de ofício, dos demais pressupostos autorizadores da substituição pela restritiva de direitos – art. 44 do CP" (STF, HC 72.842/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, 2.ª T., *DJ* 22.03.1996, p. 8.207).

Dessa forma, se o réu for condenado por pena igual ou inferior a quatro anos, por crime que não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ainda que seja crime da Lei 6.368/76, não sendo reincidente em crime doloso, e sua culpabilidade, os seus antecedentes, sua conduta social e personalidade, e os motivos e circunstâncias indicarem que a substituição será suficiente, terá direito subjetivo à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Trata-se, ademais, de aplicação do princípio da individualização da pena, previsto pela CF no art. 5.º, XLVI, que distingue a pena privativa de liberdade (alínea *a*) da prestação social alternativa (alínea *d*) e da suspensão ou interdição de direitos (alínea *e*), consistente em adaptar a pena ao condenado, consideradas as características do agente e do delito.

"A prestação social alternativa, substancialmente, corresponde às penas restritivas de direitos, autônomas e substitutivas das penas privativas de liberdade (CP, art. 44)" (Luiz Vicente Cernicchiaro, Direito penal na Constituição, 3. ed. p. 117).

Sendo a pena proporcional ao delito, como valoração negativa deste, da proporcionalidade da repulsa em relação ao crime de menor gravidade, ao agente de reduzida periculosidade, urge a diferenciação do tratamento penal a este fornecida, adequado ao interesse público e à sua ressocialização. Então, será a pena restritiva de direitos o grande instrumento a ser utilizado pelo Direito Penal.

5. Da aplicação da Lei 9.714/98 no tempo

Tratando-se de *novatio legis in mellius,* a nova lei retroagirá, alcançando, inclusive, as decisões com trânsito em julgado, nos termos do art. 5.º, XL, CF e art. 2.º, par.ún. do Código Penal.

A lei nova que beneficia o réu sempre retroage, a fim de aplicar-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado, aplicando-se mesmo em fase de execução. (Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de Direito Penal.* Vol. I, 7. ed., p. 62).

Dispõe o art. 2.º, no seu par.ún., do CP, que a lei posterior *que de qualquer modo favorecer o agente* se aplica aos fatos anteriores, mesmo que sob a égide da coisa julgada.

A lei que permite a aplicação de uma pena mais branda, em qualidade, como ocorre no caso, é sem dúvida exemplo de lei posterior mais favorável.

"Pode-se, entretanto, afirmar que, de um modo geral, salvo excepcional demonstração em contrário, reputa-se mais benigna a lei na qual:

a) a pena cominada for mais branda, por sua natureza, quantidade, critérios de aplicação e dosimetria ou modo de execução;" (Francisco de Assis Toledo. *Princípios básicos de Direito Penal.* Saraiva, 5. ed. p. 35-36).

"Ainda que se esteja procedendo à execução de sentença, aplica-se a lei nova, quer comine pena menos rigorosa, quer favoreça o agente de outra forma"(J. F. Mirabete, op. cit., p. 62).

Assim, exceto na hipótese de crime cometido com violência ou grave ameaça com aplicação de pena igual ou inferior a um ano, posto que neste caso é mais gravosa a nova redação, ressalvado o entendimento sobre sua aplicação, conforme já exposto, retroagirá a lei a fim de ser substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando atendidos os pressupostos legais de sua aplicação.

6. Competência para aplicação da nova lei

6.1 Se a condenação já transitou em julgado

A aplicação da lei posterior, após a formação da coisa julgada, compete ao juízo de execução penal, nos termos do art. 66, I da LEP, do art. 13 da Lei de Introdução ao CPP e da Súm. 611 do STF, sendo o recurso cabível o agravo em execução (art. 197, LEP).

Entretanto, existe uma corrente minoritária que entende ser a revisão criminal, meio hábil para a aplicação da lei nova mais benigna, apesar de a corrente majoritária entender que, além de violação do direito positivo, tal configuraria supressão de instância.

Quanto à utilização de *Habeas Corpus*, a jurisprudência majoritária entende que o meio sumário e estreito do *writ* não é adequado para a apreciação da *lex mitior*, além de haver a supressão de instância.

Apesar de ser competente o juízo de execução penal para a aplicação da lei nova mais benéfica, devido a sua natureza, não pode o *Habeas Corpus* ser afastado, de plano, por tratar-se de via heróica constitucional, destinado à salvaguarda do direito de liberdade de locomoção. Em determinados casos concretos, pode ser imperativa a sua utilização.

6.2 Antes do trânsito em julgado

Nos processos em andamento, a lei posterior mais benéfica passa a incidir imediatamente, nos termos da Constituição Federal e do CP, sendo o órgão competente, aquele que se encontra apreciando a causa.

Nos casos em que a instrução criminal não se iniciou, ou já se iniciou, mas não houve sentença, será o juiz de primeira instância que aplicará a lei nova, como direito vigente, retroagindo aos fatos anteriores.

Quando já houver sentença, sem trânsito em julgado, será competente para apreciar a aplicação da *novatio legis*, o órgão competente para o julgamento do recurso, mesmo que seja exclusivo do Ministério Público ou do querelante, em face do princípio do *favor rei,* que permite a ampla apreciação do recurso em favor do acusado.

7. Conclusão

A edição da Lei 9.714/98 é um marco no Direito Penal brasileiro. Por suas inovações, ampliando a experiência pioneira do legislador de 1984, modernizando o sistema legal brasileiro, preparando-o para os desafios do novo século e consolidando, no Brasil, a tendência mundial de abolição da pena privativa de liberdade, que cada vez mais ocupa o lugar de extrema medida do Direito Penal.

A possibilidade de distinção do tratamento penal fornecido ao pequeno traficante, que na realidade são vítimas, e não algozes da sociedade, possibilita alcançar-se um patamar de Justiça material, adequada à finalidade social da pena, sem que haja prejuízo da proteção à saúde pública. A apenação fundamentada na gravidade abstrata do delito, cede espaço a um parâmetro equilibrado, em que a gravidade do delito, a periculosidade do agente e o cabimento da substituição serão aferidos em cada caso concreto, em benefício da sociedade.

Afastar-se, a priori, a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ao traficante de droga, com base unicamente na gravidade abstrata do delito, contraria os princípios de interpretação da norma, seja pelo aspecto histórico, gramatical ou teleológico. Violaria, ainda, aos princípios constitucionais da individualização e da finalidade da pena.

A ressocialização do pequeno delinqüente e a diminuição da taxa de reincidência, objetivos da lei, será alcançada com êxito, com a aplicação da pena restritiva de direitos, reprovando sua conduta e tratando-o com uma maior participação na comunidade, sem segregá-lo desnecessariamente. Ao passo que a prevenção ao delito em nada perderá, posto que o traficante de maior periculosidade não será beneficiado com a alternativa penal, pois será a gravidade concreta do fato que permitirá, ou não a aplicação do benefício.

Espera-se, pois, com a aplicação de penas restritivas de direitos ao pequeno traficante, destituído de periculosidade, a redução dos indíces de criminalidade, de reincidência, dos gastos com o sistema penitenciário e, junto das demais hipóteses de aplicação da lei, uma redução na atual lastimável situação degradante de superlotação e rebeliões que ocorrem nos estabelecimentos penais. O maior beneficiado com a medida, na realidade, não será o pequeno traficante, o pequeno delinqüente, será a sociedade brasileira.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.5

LEI 9.714/98 – ASPECTOS PONTUAIS

SIDNEY ELOY DALABRIDA

I – Estabelece o Código Penal, ao tratar dos regimes penitenciários (art. 33 e §§), que a pena de reclusão poderá ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, devendo a sua execução se operar de forma progressiva, segundo o mérito do condenado, ressalvada a necessidade de transferência a regime mais gravoso, tendo, porém, adotado como critério, dentre outros, a obrigatoriedade de sua fixação inicial em regime fechado, em que a execução se opera em estabelecimento de segurança máxima ou média, para os casos de condenação superior a oito anos ou, quando presente a reincidência, à quatro anos.

Visando conter o crescimento vertiginoso da criminalidade violenta no país, por conta de comando constitucional no sentido de que *a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem* (art. 5.º, inc. XLIII), em 25.07.1990 foi editado diploma legal que catalogou os crimes considerados hediondos (Lei 8.072/90), posteriormente ampliado pelas Leis 8.930/94 e 9.695/98, considerando-os, ao lado da prática da tortura, do terrorismo e do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, tendo subordinado naqueles casos à disciplina especial o livramento condicional, a prisão temporária e o apelo em liberdade, além de determinar, em seu art. 2.º, § 1.º: "A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado".

Malgrado a intensa investida da doutrina contra o dispositivo legal reproduzido, taxado de inconstitucional por afronta ao princípio da individualização da pena e violador de princípios que orientam o Direito Penal, acabou por medrar o entendimento diverso, considerando inaplicável aos crimes previstos na Lei 8.072/90 o art. 33, § 2.º, *b*, do CP, que possibilita o cumprimento da pena em regime semi-aberto para o condenado, não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito.

Cumpre anotar que, mesmo antes da edição da Lei 8.072/90, consoante a massacrante jurisprudência, inclusive emanada dos Tribunais Superiores, sujeitava-se o condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes, ao regime prisional fechado.

Do nosso egrégio Tribunal de Justiça, dentre tantos, colhe-se o seguinte julgado: "Se o art. 35 da Lei 6.368/76 obsta o recurso em liberdade dos réus que foram condenados por infração aos arts. 12 e 13 da referida norma, não há motivo para que após a confirmação da sentença sejam os mesmos agraciados com o regime aberto ou semi-aberto, providência esta que, se fosse tomada, incentivaria a prática de um dos crimes que mais vem abalando a nação, levando, principalmente, a nossa juventude ao desprezo por conceitos de ética e moral, introdu-

zindo-a no ócio, na promiscuidade, na marginalidade e no desespero" (in *Jurisprudência Catarinense*, v. 65, p. 370).

O STJ, em acórdão da lavra do emérito Min. Costa Leite, assim decidiu: "Incompatíveis os regimes aberto e semi-aberto, para o início do cumprimento de pena, com a condenação por tráfico de tóxicos. Irrelevância do *quantum* da pena. A periculosidade do traficante é presumida, tanto que não lhe é permitido apelar em liberdade (art. 35, da Lei 6.368/76). Ordem indeferida" (in *Revista do STJ* 3/784, ano 1).

Diante das mudanças promovidas através da Lei 8.072/90, sendo o sujeito condenado por crime considerado hediondo ou submetido à sua disciplina, como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, ainda que a pena eventualmente não atingisse o *quantum* que determinaria o cumprimento em regime fechado (art. 33, § 2.º, *a*, do CP), mesmo ausente a reincidência, de rigor seria a fixação do severo regime, ou seja, mesmo que a pena irrogada ao condenado, em tese, permitisse a aplicação do regime semi-aberto ou aberto, obrigatória se apresentava a fixação do regime fechado.

Nesta linha, firme a jurisprudência do Pretório Excelso, consoante se observa do aresto cuja ementa passo a reproduzir: "*Habeas Corpus.* Cumprimento de pena em regime aberto. Em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes, no qual a lei especial reconhece a presunção de periculosidade, ao impedir possa o condenado apelar em liberdade (art. 35 da Lei 6.368/76), infere-se não poder o traficante condenado à pena inferior de quatro anos, cumpri-la desde o início em regime aberto" (in *RTJ* 123/102).

Prescrevia o art. 44 do CP que as penas restritivas de direito eram autônomas e substituíam as privativas de liberdade quando aplicada pena inferior a um ano ou se o crime fosse culposo (inc. II), não sendo o réu reincidente e desde que circunstâncias pessoais indicassem a suficiência da substituição (inc. III).

A recente Lei 9.714/98 alterou substancialmente o campo de incidência das penas restritivas de direito, estipulando a possibilidade de substituição da privativa de liberdade quando aplicada *pena não superior a quatro anos* e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, sendo culposo, qualquer que seja a pena aplicada, tendo mantido as demais restrições, quais sejam, não ser o réu reincidente em crime doloso e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (incs. II e III).

Com a inovadora disciplina das penas restritivas de direito, inspirada no novo paradigma de justiça criminal inaugurado com a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), extremamente significativo passou a ser o elenco de infrações penais que, diante do preceito secundário das respectivas normas penais incriminadoras, passaram a permitir a substituição, até então de modesta incidência.

Oportuno gizar, entretanto, que a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, prevista no art. 44 do CP, recentemente alterado pela Lei 9.714/98, desde a entrada em vigor da Lei 8.072/90, quando o limite legal para crimes dolosos era de apenas um ano, não mais se aplicava aos crimes referidos pelo § 1.º do art. 2.º, dentre os quais se destaca o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

A razão é óbvia. Se a execução da reprimenda por crime considerado hediondo ou a ele equiparado passou a ser necessariamente efetivada integralmente em regime fechado (art. 1.º, § 1.º, Lei 8.072/90), em estabelecimento de segurança máxima (art. 3.º, da Lei 8.072/90 c/c art. 33, § 1.º, inc. I, do CP) seria um

contra-senso inominável possibilitar sua substituição por restritiva de direitos, como prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos ou limitação de fim de semana.

Vê-se, portanto, que relativamente aos crimes mencionados no art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, contra a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, não pendia tão-somente a circunstância objetiva relacionada com o *quantum* da pena imposta (outrora um ano), mas principalmente a previsão expressa de fixação de regime penitenciário incompatível com a medida.

Não fosse assim, imperando posição oposta, mesmo sofrendo o agente condenação pela prática de crime sujeito à disciplina da Lei 8.072/90, ainda assim, poderia se ver beneficiado com a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, já que principalmente em razão dos efeitos da aplicação de causas especiais de diminuição de pena, poderia ela ser fixada abaixo do limite imposto como óbice. A delação premiada, instituída pelo par.ún. do art. 8.º, aplicada sobre a pena de três anos estabelecida para o crime do art. 288 do CP, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, ou a tentativa (art. 14, inc. II, do CP) sobre o crime de tortura, com pena mínima de dois anos, bem exemplificam a hipótese.

A previsão de regime fechado para o cumprimento das reprimendas impostas pela prática de crime hediondo, tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins (art. 2.º, § 1.º), no entanto, inibe a ocorrência de situações como as retratadas, porquanto a natureza do regime penitenciário imposto é completamente incompatível com a substituição prevista pelo art. 44 e seguintes do CP, antes mesmo da modificação efetuada pela Lei 9.714/98.

Acrescentando ao recente texto legal (Lei 9.714/98) como condição impeditiva à substituição proposta a utilização de violência ou grave ameaça na execução do crime, independentemente do seu *quantum,* é possível excluir da sua incidência quase todos os crimes previstos na Lei 8.072/90, mesmo que a pena prevista para algumas hipóteses não exceda quatro anos. Nem todos, porém.

O crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, definido na Lei 6.368/76, não é atingido pela restrição imposta, já que para sua prática dispensável a utilização de violência ou grave ameaça, contando com pena mínima abaixo daquela que impede a substituição.

Questiona-se, assim, se em função da nova Lei 9.714/90, que alterou o *quantum* da pena que permitiria a substituição da pena privativa em restritiva de direitos, possibilitando-a para condenações por até quatro anos, poderia eventualmente ser efetuada a substituição em caso de condenação por crime mencionado pelo art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, desde que respeitado aquele limite.

Tem-se notícia de várias decisões já prolatadas neste sentido, permitindo, por exemplo, ao condenado por crime capitulado no art. 12, *caput,* da Lei 6.368/76, a pena de até quatro anos, vê-la substituída por restritiva de direito, no caso, prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas (art. 46 do CP com a redação dada pela Lei 9.714/98).

Fácil é perceber os gravíssimos reflexos decorrentes da adoção desta praxis.

Ao dispor sobre a lei penal no tempo, o CP, em seu art. 2.º, par.ún., dispõe: "A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado."

A propósito, a regra legal foi hospedada pelo Texto Fundamental que assim

estabelece: "A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

Disciplinando matéria de natureza penal, por ser mais benigna que a anterior, impõe-se a retroprojeção de seus efeitos sobre os casos pendentes e, inclusive, já julgados, sendo, portanto, de incidência imediata e retroativa, de sorte que, acolhendo-se a postura por alguns adotada, considerável número de apenados por crime de tráfico poderiam ser imediatamente libertados, em face da *novatio legis in mellius,* recrudescendo assim, ainda mais o descrédito na Justiça Criminal e, não se pode negar, ferindo os nobres propósitos da mudança.

Em abono à direção seguida, afora outros aspectos, ressuscitam alguns a tormentosa discussão em torno da compatibilidade ou não da concessão da suspensão condicional da pena (*sursis*) aos casos de crimes sujeitos à disciplina da Lei 8.072/90.

Prestigiada jurisprudência, a qual aderimos, declara a própria impossibilidade de suspensão condicional da pena nos casos de condenação por crimes sujeitos à disciplina do art. 2.º, § 1.º, da Lei dos Crimes Hediondos, tendo em vista a total incompatibilidade do instituto com a imposição legal de cumprimento integral da reprimenda em regime fechado (STJ, REsp. 60.733, 5.ª T., *DJU* 12.01.1995, p. 17.637; REsp. 91.852, 6.ª T., *DJU* 05.05.1997, p. 17.917).

É certo, porém, que respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial sustenta justamente o contrário (Alberto Silva Franco. *Crimes hediondos.* 2. ed. RT, 1992, p. 128; *Revista dos Tribunais*, vs. 676, 719 e 739, p. 298, 391 e 572, respectivamente).

O STJ, consoante se verifica do seguinte julgado, assim já se manifestou: "Inexistindo na Lei 8.072/90 norma expressa a vedar a concessão de *sursis*, não pode o intérprete lançar mão de interpretação extensiva ou dilatória para suprimir o benefício. Não há, também, incompatibilidade lógica entre o *sursis* e a norma do art. 2.º, § 1.º, já que inexiste qualquer relação entre regime de cumprimento de pena e este instituto. O que importa para a suspensão condicional da pena é o preenchimento dos seus requisitos legais estabelecidos no CP, independentemente do regime prisional imposto" (in *RT* 739/572-573).

Não há, todavia, relação alguma entre os temas, de sorte que mesmo as razões que fundamentam a ausência de impedimento para a concessão de *sursis* ao condenado por tráfico de entorpecente após a edição da Lei 8.072/90, não servem para respaldar a solução alvitrada. *Sursis* e pena restritiva de direitos são institutos que não se confundem, tanto que o primeiro somente será cabível na hipótese de não ser possível aplicar-se o segundo (art. 77. inc. III, do CP), tendo em vista ser aquele bem mais gravoso para o réu.

Contudo, afora o impedimento absoluto no início apontado para o acolhimento de pretensão daquela ordem, é inegável que a sua acolhida importaria em franca violação aos objetivos da nova lei que, na esteira do novo panorâma que se desenhou a partir da Lei dos Juizados Especiais Criminais, resolveu estabelecer modalidades alternativas de punição para os crimes de reprovabilidade social menos intensa, dado o reconhecido fracasso da pena da prisão para infrações penais desta natureza.

Debruçando-se sobre as penas restritivas de direitos, instituídas com a Reforma Penal/84, preleciona o notável Julio Fabbrini Mirabete, condensando o pacífico pensamento doutrinário sobre o tema: "Diante da já comentada falência da pena privativa de liberdade, que não atende aos anseios da ressocialização, a tendência moderna é procurar substitutivos penais para essa sanção, ao menos no que se relacione com os crimes menos graves e aos criminosos cujo encarceramento

não é aconselhável. O questionamento a respeito da privação de liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações Unidas a uma 'procura mundial' de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade" (in *Manual de Direito Penal.* 6. ed. Atlas, 1991, v. 1, p. 257).

A aplicação do substitutivo penal comentado, sob pena de subversão direta ao sistema em vigor, deve necessariamente limitar-se aos casos de prática de infrações penais que representem uma ofensa pequena ou moderada a bens penalmente protegidos, não podendo incidir nos casos em que a gravidade e larga extensão do mal social causado, tal como ocorre com o tráfico de entorpecentes, exige uma reação estatal mais severa, justificando a imposição da *extrema ratio* ou, segundo o expressivo dizer do brilhante penalista E. Magalhães Noronha, é inaplicável "aos casos graves, aos crimes cuja natureza revele profunda periculosidade por parte do agente" (in *Direito Penal.* 24. ed. Saraiva, 1986, v. 1, p. 233).

Logo, falece razão aos que propugnam pela inclusão dos crimes de tráfico entre aqueles que devam ser alcançados pela nova legislação. As penas alternativas constituem resposta penal unicamente para os crimes de potencialidade lesiva pouco significante. Jamais, porém, pode ser aplicada a crimes que por sua natureza estejam dotados de alta nocividade social, característica marcante da narcotraficância que, aliás, importou na formulação da cláusula constitucional de inafiançabilidade (art. 5.º, inc. XLIII).

De outro lado, é da essência do sistema punitivo o tratamento díspare para infrações de desigual gravidade. Infrações penais de poder ofensivo maior reclamam resposta estatal diversa daquela a ser destinada aos que, em menor grau, ofendem o bem jurídico protegido. O princípio da proporcionalidade, variante da legalidade, impede que se confira como contraprestação por ofensa a bem jurídico de pouca relevância uma cominação idêntica àquele de gravidade extrema.

Incabível falar-se, em abono ao entendimento aqui combatido, em revogação do dispositivo da Lei 8.072/90 que obrigava o cumprimento da pena pela prática dos crimes nela regulados em regime fechado, em função da superveniência da Lei 9.714/98 que possibilitou a substituição por pena restritiva de direitos as condenações, a privativa de liberdade até quatro anos inclusive.

Preceitua a LICC que "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior."

Ante o silêncio da lei, não há que falar-se em revogação expressa. Por outro lado, inexiste qualquer incompatibilidade entre os diplomas legais sob cotejo, não tendo recebido a matéria disciplinada pela Lei 8.072/90, de fundo constitucional, nova e integral roupagem pela Lei 9.714/1998. Deve-se notar que, mesmo quando a violência ou grave ameaça não constituía requisito impeditivo para a substituição, a possibilidade de transmutação da pena privativa de liberdade por restritiva de direito já não se aplicava aos crimes hediondos e àqueles sujeitos às regras da Lei 8.072/90, ainda que as penas se enquadrassem nos parâmetros exigidos (não superior a um ano), tendo a eles reservado o legislador ordinário, em face da alta lesividade social, tratamento especial, com estabelecimento de regime fechado para o cumprimento das reprimendas, desconstituição de causas extintivas da punibilidade como a anistia, graça e indulto, impedimento à concessão de liberdade provisória, novo limite temporário para a concessão de livramento condicional e, outrossim, aumento significativo do tempo da prisão temporária.

Para o equacionamento da questão levantada, portanto, não pode o intérprete confinar-se no exame do novo texto legal, ignorando a posição que este ocupa no novo modelo punitivo, corolário do Direito Penal democrático, devendo, ao contrário, observando os passos da interpretação sistemática, parafraseando o notável Carlos Maximiliano, elevar seu olhar dos casos especiais para os princípios dirigentes a que eles se acham submetidos, indagando-se, ao obedecer a um, não estará violando outro.

A respeito, anota o jurista em sua festejada obra "Hermenêutica e aplicação do direito": "Possui todo corpo órgãos diversos; porém a autonomia das funções não importa em separação; operam-se, coordenados, os movimentos, e é difícil, por isso mesmo compreender bem um elemento sem conhecer os outros, sem os comparar, verificar a recíproca interdependência, por mais que à primeira vista pareça imperceptível. O processo sistemático encontra fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes.

Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos" (Forense, 16. ed. 1997, p. 128).

Não bastassem as circunstâncias indicadas, servindo de anteparo legal para afastar-se de vez a conclusão perseguida por alguns, convém gizar que, como condição para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ainda figura a necessidade de que os motivos e as circunstâncias permitam extrair um juízo conclusivo de suficiência da medida, diagnosticado a partir da análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do condenado (inc. III, art. 44).

A alta reprovabilidade da conduta típica pertinente ao tráfico de entorpecentes e drogas afins, a natureza altamente nociva da atividade desempenhada pelo réu na sociedade, o perfil psíquico próprio do agente incidente na aludida norma penal incriminadora e ameaça constante que representa para a coletividade, por si só, prestam-se a demonstrar o descabimento da substituição, em decorrência de se revelar medida totalmente insuficiente à repressão da conduta praticada.

II – Ainda voltando ao requisito instituído pela nova lei para que o apenado possa se valer da substituição, relacionado com a ausência de violência ou grave ameaça, pode-se indagar se alguns crimes, dentre eles, por exemplo, o constrangimento ilegal e a lesão corporal leve, não mais integraria o elenco das infrações penais em que a pena restritiva de direito anteriormente se apresentava cabível.

Numa análise insular do dispositivo da nova lei conclui-se pelo incabimento da pena alternativa para aquelas modalidades criminosas. A conclusão, porém, não resiste a uma leitura mais aprofundada, própria da interpretação sistemática.

Referidas infrações penais, tendo em vista o *quantum* máximo para elas estabelecido no respectivo preceito secundário, devem ser consideradas como infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei 9.099/95), para a qual o legislador, transigindo com o princípio da obrigatoriedade, inspirado na CF (art. 98, inc. I), instituiu a possibilidade de composição e transação, devendo esta obrigatoriamente versar sobre pena não restritiva de liberdade.

Deste modo, é preciso conciliar os diplomas legais, tendo sempre presente que foram ditados visando incrementar o sistema alternativo de punição pela prática de infrações penais de gravidade pouco significativa.

Optou o legislador ordinário como critério de identificação da potencialidade lesiva da infração penal o teor da pena para ele prevista. Enquadrando-se a pena cominada a uma determinada infração penal no limite previsto no art. 61 da Lei 9.099/95), podendo assim, pois, ser conceituada como de menor potencial ofensivo, fatores relativos à sua execução (violência ou grave ameaça – art. 44, inc. I, CP) não poderão destitui-la desta natureza, porquanto a nova lei não operou qualquer modificação naquele campo, tendo disposto tão-somente sobre penas restritivas de direitos.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais confere ao Ministério Público o poder-dever de, em caso de infrações penais de menor potencial ofensivo, propor a transação, com a imediata aplicação de pena restritiva de direito ou multa, evitando assim a deflagração de ação penal contra o autor do fato (art. 74).

Os requisitos de admissibilidade para a proposta de transação que, como visto, somente poderá contemplar pena não privativa de liberdade (restritivas de direitos ou multa), encontram-se descritos no § 2.°, incs. I, II e III, da Lei 9.099/95, dentre os quais figura como elemento desabonador a existência de reincidência, a par da necessidade de se apresentar suficiente para a reprovação da infração penal, a ser verificada pelos antecedentes, conduta social e personalidade.

Preenchidos os requisitos legais, goza o autor de infração penal considerada de menor potencial ofensivo do direito de transacionar, obstando a deflagração da *persecutio criminis in juditio.*

Como se percebe, não constitui elemento valorativo a forma de execução do delito de menor potencial ofensivo, bastando que a pena se ajuste ao *quantum* legalmente exigido.

A circunstância do novo texto legal haver estabelecido novos requisitos para as penas restritivas de direitos não traz reflexo algum sobre as infrações de potencialidade lesiva menor, visto que à sua aplicação nestes casos os requisitos foram expressamente catalogados na lei específica, não tendo influência alguma sobre eles, a modificação trazida pela Lei 9.714/98. Não militando contra o sujeito qualquer das hipóteses erigidas pela Lei 9.099/95 como obstáculo para a transação e, conseqüentemente, para a imposição imediata de pena restritiva de direitos, perfeitamente cabível a sua aplicação ainda que o novo texto legal tenha estabelecido como fator impeditivo para a substituição a existência de violência ou grave ameaça. Neste ponto, vale invocar a máxima: *In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* – em toda disposição de direito, o gênero é derrogado pela espécie, e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie – (in *Papiniano, apud* Digesto, liv. 50, título 17).

Ademais, a natureza da pena restritiva de direitos prevista na Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), ao contrário do que possa parecer, não se confunde com aquela prevista na Lei 9.714/98, porquanto a aplicação desta depende necessariamente da prévia estipulação da pena privativa de liberdade (Art. 44 – As penas restritivas de direito são autônomas e *substituem* as privativas de liberdade...), não podendo ser aplicada diretamente, ao passo que aquela é efetivamente autônoma, não constituindo produto de qualquer operação de substituição de anterior pena privativa de liberdade, até porque a transação somente poderá versar sobre pena não privativa de liberdade, visto que não visa atender "à doutrina da coação psicológica (Feuerbach, 1775-1833), eixo ideológico do Direito

Penal intimidatório.", inspirando-se, ao contrário, "na concepção de que o comportamento criminoso não é exclusivamente uma opção do sujeito, mas um fenômeno de causas variadas que a ameaça de castigo pouco inibe", assim como na "verificação de que o sistema penal é seletivo e estigmatizante, reproduzindo e aprofundando as desigualdades sociais" e, por fim, "na constatação do caráter criminógeno da prisão, na sua ineficácia como instrumento ressocializador, além do seu alto custo social e financeiro" (Edison Miguel da Silva Jr., in *Boletim IBCCrim*, 64/3-4).

A antinomia existente entre os textos (Leis 9.099/95 e 9.714/98) é apenas aparente. A Lei 9.714/98 reafirma o propósito de se dotar de maior eficácia o sistema punitivo, através da ampliação das hipóteses de admissibilidade da pena restritiva de direito; não pretendeu, é evidente, impedir a incidência do substitutivo penal para os casos em que a Lei 9.099/95, considerando a baixa lesividade da conduta, chegou a possibilitar a quebra do princípio da obrigatoriedade, através da composição e transação, com a desnecessidade de ação penal e aceitação de culpa.

Por oportuno, da obra anteriormente citada, pinço a seguinte lição: "O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi redigida.

Não se deve ficar aquém, nem passar além do escopo referido; o espírito da norma há de ser entendido de modo que o preceito atinja completamente o objetivo para a qual a mesma foi feita, porém dentro da letra dos dispositivos. Respeita-se esta, e concilia-se com o *fim*."

Consigna, ao se reportar às regras relativas ao emprego do elemento teleológico, que "Se o fim decorre de uma série de leis, cada uma há de ser, quanto possível, compreendida de maneira que corresponda ao objetivo resultante do conjunto" (Op. cit., p. 152 e 156).

Preso às razões alinhadas, concluo:

a) é inaplicável aos crimes de tráfico de entorpecentes e drogas afins a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, apesar das novas disposições constantes na Lei 9.714/98;

b) enquadrando-se a infração penal nos termos do art. 61 da Lei 9.099/95, ainda que para sua execução haja concorrido o emprego de violência ou grave ameaça, é perfeitamente admissível a aplicação imediata de pena restritiva de direito, em que pese a nova disciplina prevista na Lei 9.714/98.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

O DIREITO HUMANO DE NÃO COOPERAR NA PRÓPRIA INCRIMINAÇÃO, A PROTEÇÃO AO DOMICÍLIO E A FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA

HELOISA ESTELLITA SALOMÃO

SUMÁRIO: 1. Colocação do problema – 2. A Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos – 3. O direito humano de não cooperar na própria incriminação na Constituição Federal de 1988 e nos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos ratificados pelo Brasil: 3.1 Amplitude deste direito humano – 4. O direito humano de não cooperar na própria incriminação e a fiscalização tributária: 4.1 Os arts. 195, *caput,* do Código Tributário Nacional, 75, inc. I, da Lei 6.374/89 do Estado de São Paulo ("Lei do ICMS"), e 330 do Código Penal; 4.2 O parágrafo único do art. 1.º da Lei 8.137/90; 4.3 Obtenção da prova por meio ilícito – 5. Conclusões.

1. Colocação do problema

O tema proposto cuida da aparente contrariedade entre o dever de colaborar com a Fiscalização Tributária e o direito humano de não cooperar na própria incriminação. Isto porque a lei tributária e a lei penal tributária[1] impõem, ao contribuinte, o dever de prestar informações que poderão ser utilizadas como provas contra si em eventual processo penal para a apuração de crime contra a ordem tributária.

2. A Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova época para os direitos humanos no Brasil ao instituir, como seu fundamento, a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inc. III), como princípio de regência nas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (art. 4.º, inc. II) e ao estabelecer que os direitos e garantias individuais, oriundos de tratados internacionais, integram-se aos nela expressos (art. 5.º, § 2.º).

O tratamento da matéria é tão coeso que Piovesan afirma, já de saída, que, "a *contrario sensu,* a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte".[2] Em outras palavras, "os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte, integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados".[3]

O § 2.º do art. 5.º da CF/88 é oriundo de proposta de Trindade, cuja redação

(1) Utiliza-se a expressão "lei penal tributária" respeitando-se as objeções que se possam opôr a tal adjetivação e cuja discussão não poderá ter lugar neste momento dada a restrição do tema proposto.

(2) PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* São Paulo : Max Limonad, 1996, p. 82.

(3) Op. cit., p. 83.

final e aprovação implicou no acréscimo "ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos *direitos* e *garantias* expressos em tratados internacionais sobre proteção de direitos humanos em que o Brasil é Parte".[4]

Teremos, então, tratamento dúplice para os tratados nos quais o Brasil é Parte: aqueles sobre proteção de direitos humanos, têm natureza de norma constitucional; aqueles que tratam de outras matérias, têm força hierárquica infraconstitucional.[5]

Além disso, em decorrência do que está disposto nos arts. 5.º, § 1.º, e 60, § 4.º, da CF, os direitos humanos têm aplicabilidade imediata e não podem ser abolidos por meio de Emenda à Constituição, ou seja, constituem cláusula pétrea.[6]

Finalmente, cumpre acrescentar que "a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência".[7] O órgão do Poder Judiciário encarregado da proteção das prescrições contidas nestes tratados é o STJ, a teor do que dispõe o art. 105, inc. III, *a* da Constituição Federal.[8]

3. O direito humano de não cooperar na própria incriminação na Constituição Federal de 1988 e nos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos ratificados pelo Brasil

A Constituição Federal de 1988, consagra o direito a não cooperar na própria incriminação através do seguinte preceito: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de *permanecer calado*, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado" (art. 5.º, inc. LXIII, g. n.).

Com dicção um pouco diversa, encontramos o reconhecimento deste direito no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, no art. 14, 3, *g*, com a seguinte redação: "Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g) a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada".[9]

Com o mesmo teor, encontramos a disposição contida no art. 8.º, 2, *g*, da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), *verbis:* "2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g) direito a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada".[10]

Como se vê, os dois instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos *complementam* a CF no que diz respeito ao direito a não cooperar na própria incriminação. Enquanto esta garante ao preso o direito de permanecer calado, aqueles dois instrumentos instituem garantias processuais penais outorgando ao acusado os direitos de não depor contra si mesmo e nem de confessar-se culpado.

Não há, pois, conflito entre estas disposições, mas, sim, complementaridade. Como leciona Piovesan, o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode: a) reforçar a imperatividade de direitos constitucionalmente garantidos: quando os

(4) TRINDADE, A. A. C. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos.* São Paulo : Saraiva, 1991, p. 631.

(5) PIOVESAN, F. Op. cit., p. 90-94.

(6) PIOVESAN, F. Op. cit., p. 98-103.

(7) PIOVESAN, F. Op. cit., p. 104-105.

(8) PIOVESAN, F. Op. cit., p. 105.

(9) Este Pacto foi ratificado pelo Brasil em 24.01.1992 (PIOVESAN, F. Op. cit., p. 336).

(10) Esta Convenção foi ratificada pelo Brasil em 25.09.1992 (PIOVESAN, F. Op. cit., p. 337).

instrumentos internacionais complementam dispositivos nacionais, ou quando estes reproduzem preceitos enunciados da ordem internacional; ou, b) estender o elenco dos direitos constitucionalmente garantidos: quando os instrumentos internacionais adicionam direitos não previstos pela ordem jurídica interna.[11]

Relativamente, então, à produção de provas no processo penal e à participação do preso ou acusado nesta atividade, temos, no Brasil, a consagração dos seguintes direitos humanos: o direito de permanecer calado, o direito de não depor contra si mesmo e o direito a não se confessar culpado.

3.1 Amplitude deste direito humano

De acordo com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, a cada uma delas deve ser atribuído o sentido que lhe dê maior amplitude e maior capacidade de regulamentação. A máxima efetividade de uma norma constitucional deve, ainda, levar em conta as outras normas e o sistema dentro do qual se insere.

No trato dos direitos fundamentais da pessoa humana, o princípio da máxima efetividade adquire especial relevância, "no caso de dúvidas", adverte Canotilho, "deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais".[12]

Neste sentido, salutar a determinação contida na primeira parte do § 2.º do art. 5.º da CF no sentido de que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados".

Assim sendo, integrada a norma inscrita no art. 5.º, inc. LXIII, da CF, com aquelas inseridas no art. 14, 3, *g,* do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, e no art. 8.º, 2, *g,* da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), e à luz do disposto nos arts. 1.º, inc. III, 4.º, inc. II, 5.º, inc. LV, também da CF, pode-se afirmar, sem receio, que está consagrado em nosso ordenamento jurídico o *direito humano de não cooperar na própria incriminação.*[13]

Aquelas três primeiras normas, é induvidoso, são expressões singulares de uma norma mais ampla, verdadeiro princípio, consagrada na fórmula latina *nemo tenetur se detegere* que atribui ao acusado o direito a não cooperar na própria incriminação e que, por força do disposto na primeira parte do § 2.º, do art. 5.º, da CF, tem força de verdadeiro *princípio constitucional.*

No confronto, pois, entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade da pessoa humana,[14] o processo penal serve como instrumento de proteção a este último.

(11) PIOVESAN, F. Op. cit., p. 121.

(12) CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional.* 6. ed. rev., Coimbra : Almedina, 1993, p. 227.

(13) Theodomiro Dias Neto, analisando o tratamento da matéria pelo direito alemão, destaca que, apesar do silêncio da Constituição alemã, o direito ao silêncio é oriundo da interpretação conjunta de algumas normas constitucionais, dentre elas, aquela insculpida no art. 1, I, e que consagra o mais alto valor dentro daquela Constituição: a proteção à *dignidade da pessoa humana.* Por isso, conclui o autor, "o direito ao silêncio é expressão da proibição contra a auto-incriminação, constitui um direito de personalidade, que por possuir a dignidade humana como seu núcleo, não está à disposição do legislador" (DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 19/186, 1997).

(14) Observe-se que no *caput* do art. 5.º da Constituição Federal, o primeiro direito a ser considerado inviolável é a vida, imediatamente seguido pela inviolabilidade da liberdade.

É o que põe em relevo Theodomiro Dias Neto ao observar que "há situações em que o interesse da vida em sociedade pode justificar, respeitado o princípio da proporcionalidade, uma limitação dos direitos individuais. Tais limitações são legítimas na medida em que não atinjam esferas indisponíveis da liberdade pessoal. É por essa razão que o direito alemão, em um *juízo de ponderação entre o interesse da coletividade de prestação da justiça penal e o direito ao silêncio do acusado, decide pelo último.* Trata-se de uma decisão constitucional em favor do direito de personalidade do acusado; *o princípio da verdade material é limitado visando proteger o núcleo absoluto do direito de personalidade do acusado* (a sua dignidade humana) que estaria ameaçado diante de uma *coação à auto-incriminação*".[15] Embora referindo-se ao direito alemão, aquele juízo de ponderação é perfeitamente aplicável ao ordenamento pátrio.

Andrade afirma, com inteira razão, que "a tutela jurídico-constitucional de valores ou direitos fundamentais como a dignidade humana, a liberdade de ação e a presunção de inocência",[16] formam a matriz jurídico-constitucional deste direito fundamental.

Uma releitura atualizante deste direito foi realizada em termos exatos por Grünwald e cobra transcrição: "Só como expressão da sua liberdade pode alguém contribuir para a própria condenação. Uma liberdade que terá de preservar-se incondicionalmente e perante a qual terá de recuar o interesse na descoberta da verdade".[17]

Não há, então, dever jurídico do acusado em cooperar na descoberta ou persecução de um delito que perpetrou.

(15) DIAS NETO, T. Op. cit., p. 186-187, grifamos.

(16) ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal.* Coimbra : Coimbra, 1992, p. 125.

(17) *Apud* ANDRADE, M. C. Op. cit., p. 87.

Gomes Filho, analisando o art. 5.º, inc. LVII, da CF, e o art. 8.º, 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conclui que "são incompatíveis com os referidos textos quaisquer disposições legais que possam, direta ou indiretamente, forçar o suspeito, indiciado, acusado, ou mesmo qualquer pessoa (inclusive a testemunha) a uma auto-incriminação;"[18] conclui, então, que "o direito à não 'auto-incriminação' constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação".[19]

O conjunto orgânico formado pelas normas que regem este direito nos conduz a diversas conseqüências relativas ao tema aqui abordado e que foram enumeradas por Marino: "a) direito ao silêncio, sem que tal possa militar em desfavor do cidadão, estando revogada a última parte do art. 186 do CPP, que diz que o juiz poderá interpretá-lo em prejuízo da própria defesa, porque a Lei Maior nenhuma restrição faz a esse respeito. Seria um paradoxo que quem exercesse um direito de índole constitucional, fosse eventualmente prejudicado por seu exercício; b) direito de não ser obrigado a quebrar o silêncio por meio de violência física, moral ou através de meios suasórios fraudulentos ou moralmente ilegítimos, figurando entre eles a captação da voz à revelia do comunicante; c) direito de não ser obrigado a produzir qualquer elemento de prova que possa gerar uma auto-incriminação".[20]

(18) GOMES FILHO, A. M. *Direito à prova no processo penal.* São Paulo : RT, 1997, p. 114.

(19) GOMES FILHO, A. M., Op. cit., p. 114. O autor observa, ainda, que "apesar da forma clara e incisiva com que esse direito é reconhecido entre nós, sua aplicação prática parece longe de ser uma realidade, especialmente diante de uma rotina policial voltada à obtenção de confissões a todo custo, em relação à qual os tribunais não tiveram ainda oportunidade de contrapor, com firmeza, a força do preceito constitucional" (Ibidem, p. 113-114).

(20) MARINO, P. L. A. O dever de informar e o direito ao silêncio. In: OLIVEIRA, A.

É no sentido ora preconizado que tem decidido o Pretório Excelso.

No julgamento do *Habeas Corpus* 77.704, deixou assentado o e. Min. Celso de Mello que "a nova Constituição da República, ao delinear o estatuto das liberdades públicas referente às pessoas sujeitas à ação persecutória do Estado, outorgou-lhes prerrogativa de inquestionável importância, consistente no reconhecimento do direito de permanecerem em silêncio, qualquer que seja a autoridade estatal perante a qual devam comparecer".

"Trata-se de direito público subjetivo, revestido de expressiva significação político-jurídica, que impõe limites bem definidos à própria atividade persecutória exercida pelo Estado. Essa prerrogativa jurídica, na realidade, institui um círculo de imunidade que confere, tanto ao indiciado quanto ao próprio acusado, proteção efetiva contra a ação eventualmente arbitrária do poder estatal e de seus agentes oficiais.

(...)

O privilégio contra a auto-incriminação traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, assegurado a qualquer indiciado ou imputado pelo art. 5.º, inc. LXIII, da nossa Carta Política. Convém enfatizar, neste ponto, que, 'embora aludindo ao preso, a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (...), a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação' (Antônio Magalhães Gomes Filho. Direito à prova no processo penal. RT, item 7, 1997, p. 113 – grifei).

Com o explícito reconhecimento dessa prerrogativa, constitucionalizou-se uma das mais expressivas conseqüências derivadas da cláusula do *due process of law*. Qualquer pessoa que sofra investigações penais ou que ostente, em juízo criminal, a condição jurídica de acusado possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio, consoante reconhece a jurisprudência do STF (*RTJ* 141/512, Rel. Min. Celso de Mello).

Esse direito é plenamente oponível ao Estado e aos seus agentes. Atua como poderoso fator de limitação das próprias atividades persecutórias desenvolvidas, na esfera penal, pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes e Tribunais).

Cabe registrar que a cláusula legitimadora do direito ao silêncio, ao explicitar, agora em sede constitucional, o postulado segundo o qual *Nemo tenetur se detegere*, nada mais fez senão consagrar, desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Carta da República de 1988, diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela Quinta Emenda que compõe o *Bill of rights* norte-americano.

Na realidade, ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. Trata-se de prerrogativa, que, no autorizado magistério de Antônio Magalhães Gomes Filho (*Direito à prova no processo penal,* RT, item 7, 1997, p. 111), 'constitui uma decorrência natural do próprio modelo processual paritário, no qual seria inconcebível que uma das partes pudesse compelir o adversário a apresentar provas decisivas em seu próprio prejuízo (...).'" (HC 77.704, 31.06.1998, *DJU* de 19.08.1998, *Informativo STF* n. 120).

Já no julgamento do *Habeas Corpus* 77.135-8, impetrado contra ordem do Egrégio TACrimSP, o e. Min. Rel. Ilmar Galvão fez consignar que "Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora

C. M. CAMPOS, D. (Coord.). *Direito penal tributário contemporâneo: estudos de especialistas.* São Paulo : Atlas, 1995, p. 114.

de dúvida que o dispositivo do inc. IV do art. 174 do CPP há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio.

É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa.

Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inc. IV do art. 174" (STF, HC 77.135-8/SP, 1.ª T., j. em 08.09.1998, Coord. de Análise de Jurisprudência, *DJ* 06.11.1998, Ementário 1930-01).

4. O direito humano de não cooperar na própria incriminação e a fiscalização tributária

A prática de crimes contra a ordem tributária, praticados por particulares, se perfaz através de condutas que envolvem irregularidades na escrituração fiscal: omissões, falsificações materiais e ideológicas, utilização de documentos falsos, inserção de dados inexatos etc.[21] A comprovação da prática destes crimes pressupõe, portanto, a apresentação destes documentos que formarão a da *materialidade do delito.*

4.1 Os arts. 195, caput, *do Código Tributário Nacional, 75, inc. I, da Lei 6.374/89 do Estado de São Paulo ("Lei do ICMS"), e 330 do Código Penal*

Estes dispositivos tratam do dever do contribuinte de prestar informações de interesse fiscal e do crime de desobediência. O primeiro prescreve que "para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los" (art. 195, *caput,* do CTN). O segundo determina que "não podem embaraçar a ação fiscalizadora e, mediante notificação escrita, são obrigados a exibir os impressos, os documentos, os livros, os programas e os arquivos magnéticos relacionados com o imposto e a prestar informações solicitadas pelo Fisco: I – as pessoas inscritas ou obrigadas à inscrição no cadastro de contribuintes ou que tomem parte nas operações ou prestações sujeitas ao imposto (...)" (art. 75, inc. I, da Lei 6.374/89, do Estado de São Paulo – "Lei do ICMS").

A recusa do contribuinte em permitir ou cooperar com a fiscalização tributária poderia caracterizar, em tese, o delito de desobediência: "Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena – detenção de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa", na medida em que tais ordens teriam fundamento legal justamente nos dispositivos acima transcritos.

Para que se entenda o alcance destes dispositivos legais, é preciso que sejam interpretados em conformidade com o *direito humano de não cooperar na própria incriminação,* consagrado pelo conjunto das normas constitucionais e de proteção de direitos humanos acima analisadas.

(21) Conferir arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/90, e art. 95, da Lei 8.212/91.

Pode-se ver no exercício regular de um direito humano de hierarquia constitucional a escusa apropriada à recusa em cumprir deveres fiscais que conduzam à autoincriminação. É o que preconiza Pedroso: "*Prima facie,* portanto, acobertado pelo exercício regular de um direito estará qualquer fato típico que o réu efetive em sua defesa. Note-se, entretanto, que a *irregularidade* no exercício, *id est,* o abuso ou excesso deslocarão o lícito abstrato para o domínio da ilicitude".[22]

Se a recusa ou omissão do contribuinte se dá, portanto, no intuito de evitar a descoberta ou de evitar o fornecimento de elementos que possam servir à prova da prática de crime contra a ordem tributária, a conduta, apesar de típica, é licita já que praticada sob o manto de excludente da ilicitude: exercício regular de direito (CP, art. 23, inc. III, segunda parte). É o que Palazzo denomina de descriminantes relativas ao exercício de um direito de liberdade constitucional.[23] E como agudamente observado por Günther, "*en la medida en que un sujeto en su comportamiento típico pueda ampararse en un derecho fundamental, no existe posibilidad alguna, ni para el Derecho penal ni para otras ramas del Derecho, de rechazar como antijurídico el ejercicio de un derecho fundamental.*"[24]

No mesmo sentido, destacam Fiandaca e Musco que "costituisce ormai acquisizione pacifica che non possono legittimamente essere elevati a reato fatti che corrispondono all'esercizio di libertà fondamentali garantite dalla Costituzione (libertà di manifestazione del pensiero, diritto di sciopero ecc.), a meno che non si tratti di incriminazioni poste a tutela di espliciti interessi-limite o di altri interessi comunque dotati di rilevanza costituzionale."[25]

Finalmente, assevera Marino que "assentadas tais premissas, verifica-se que, sem dúvida nenhuma, o contribuinte tem o dever de informar. No entanto, tem o direito de não prestar qualquer informação, ou prestá-la incorretamente, sempre que, através dessa informação, se prestada corretamente, acabe por confessar que cometeu um crime contra a ordem tributária ou outro de qualquer natureza";[26] "essa omissão em informar ou a apresentação de informação irreal, desde que não seja modo com que se pratique um crime contra a ordem tributária, mas tão-somente um meio de não confessar um crime anteriormente praticado, é um comportamento lícito. Essa licitude é de índole constitucional, processual penal e de direito material penal".[27]

Importante observar que a negativa do contribuinte não gera prejuízo a Fazenda Pública na medida em que poderá ser calculado o valor do tributo devido por arbitramento, neste sentido a letra do art. 148 do CTN.[28] Não poderá, porém, ser

(22) PEDROSO, F. A. *Processo penal – o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites.* 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 1994, p. 367.

(23) PALAZZO, F. C. *Valores constitucionais e direito penal.* Trad. G. P. Santos. Porto Alegre : Fabris, 1989, p. 30.

(24) GÜNTHER, H. L. *La clasificacion de las causas de justificacion en derecho penal.* In: LUZÓN PENA, D. M., MIR PUIG, S. (Coord.). *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal.* Navarra : Aranzadi, 1995, p. 54.

(25) FIANDACA, G., MUSCO, E. *Diritto penale: parte generale.* Terza edizione. Bologna : Zanichelli, 1995, p. 24.

(26) MARINO, P. L. A. Op. cit., p. 115.

(27) MARINO, P. L. A. Op. cit., p. 115.

(28) "Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial".

imposta nenhuma penalidade de cunho fiscal pela recusa ou omissão em fornecer tais informações, já que se trata do exercício de um direito humano de hierarquia constitucional.

4.2 O parágrafo único do art. 1.º da Lei 8.137/90

As mesmas observações feitas no tópico anterior aplicam-se ao crime definido no par.ún. do art. 1.º da Lei 8.137/90: "A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao entendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inc. V", cuja pena cominada é a de reclusão de dois a cinco anos e multa.

A par da questionável validade do preceito à luz do princípio da determinação dos tipos penais,[29] da proteção de bens jurídicos e da proporcionalidade, quando o contribuinte praticar a conduta ali prevista no intuito de evitar a descoberta ou de evitar o fornecimento de elementos que possam servir à prova da prática de crime contra a ordem tributária, seu proceder, uma vez mais, apesar de típico, é lícito já que praticado sob o manto de excludente da ilicitude: exercício regular de direito (CP, art. 23, inc. III, segunda parte).

4.3 Obtenção da prova por meio ilícito

Essa nova visão do direito humano de hierarquia constitucional de não cooperar na própria incriminação, leva-nos a uma outra questão: aquela relativa às provas obtidas por meio ilícito quando se cuida de crime contra a ordem tributária. Isto porque se o contribuinte ou responsável não está obrigado a cooperar com a fiscalização tributária para arregimentar provas contra si mesmo, fica aberta a questão de como poderão ser obtidas provas da materialidade de crime contra a ordem tributária.

Forma comum de obtenção das provas, nestes crimes, é através do acesso dos agentes fiscais aos recintos dos estabelecimentos contribuintes onde ficam alojados os documentos contábeis, fiscais e, eventualmente, pessoais. Há, inclusive, a utilização de um documento, denominado "termo de início de fiscalização", no qual se encontra uma cláusula advertindo que o contribuinte terá o "dever de permitir o acesso irrestrito dos agentes fiscais às dependências da empresa".

(29) O princípio da determinação dos tipos penais já foi reconhecido expressamente pelo Pretório Excelso como se pode observar na decisão proferida pelo c. Plenário no Pedido de Extradição 633, onde ficou assentado que: "– O ato de tipificação penal impõe ao Estado o dever de identificar, com clareza e precisão, os elementos definidores da conduta delituosa. As normas de incriminação que desatendem a essa exigência de objetividade – além de descumprirem a função de garantia que é inerente ao tipo penal – qualificam-se como expressão de um discurso normativo absolutamente incompatível com a essência mesma dos princípios que estruturam o sistema penal no contexto dos regimes democráticos. – O reconhecimento da possibilidade de instituição de estruturas típicas flexíveis não confere ao Estado o poder de construir figuras penais com utilização, pelo legislador, de expressões ambíguas, vagas, imprecisas e indefinidas. É que o regime de indeterminação do tipo penal implica, em última análise, a própria subversão do postulado constitucional da reserva de lei, daí resultando, como efeito conseqüencial imediato, o gravíssimo comprometimento do sistema das liberdades públicas. – A cláusula de tipificação penal, cujo conteúdo descritivo se revela precário e insuficiente, não permite que se observe o princípio da dupla incriminação, inviabilizando, em conseqüência, o acolhimento do pedido extradicional" (Extradição 633/Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello).

Ora, diante do direito humano de não cooperar na própria incriminação e da garantia de inviolabilidade do domicílio, é questionável se os agentes fiscais podem, sem o consentimento do responsavél ou em sua ausência, e sem mandado judicial, adentrar no estabelecimento contribuinte e apreender os documentos que ali encontrarem.

Pensamos que tal proceder não é mais possível após a consagração constitucional do *nemo tenetur se detegere* e da proteção à inviolabilidade do domicílio, se deflagrado, as provas assim obtidas o serão por meio ilícito.

A consagração da inviolabilidade da intimidade e do domicílio suscita o mesmo tratamento dado à questão do direito humano e constitucional de não cooperar na própria incriminação na medida em que se encontra disciplinada quer na CF (art. 5.º, incs. X e XI), quer no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966 (art. 17, 1 e 2) e, ainda, na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, Pacto de San José da Costa Rica (art. 11, 2 e 3), que prescrevem, respectivamente, que: a) "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"; b) "A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial"; c) "Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação"; d) "Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas"; e) "Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação"; f) "Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ofensas".

A moderna hermenêutica prescreve que as disposições infraconstitucionais devem ser interpretadas de acordo com os mandamentos constitucionais – é o que se denomina interpretação de acordo com a Constituição. Assim sendo, as normas inseridas no art. 195, *caput,* do CTN, no art. 95, § 4.º,[30] da Lei 8.212/91, e art. 75, inc. I, da Lei 6.374/89 do Estado de São Paulo ("Lei do ICMS"), devem ser entendidas de forma consoante às *garantias da inviolabilidade da intimidade e da inviolabilidade do domicílio,* asseguradas pela Lei Maior. Qualquer deslize, implica, automática e imediatamente, em violação de garantia constitucional inquinando de ineficácia, de imprestabilidade, de nulidade o ato produzido debaixo do proceder inconstitucional.

Recentemente o Pretório Excelso apreciou a matéria, em caso de repercussão nacional, estabelecendo que:

"O princípio da auto-executoriedade dos atos da Administração Pública não se insere numa dimensão isolada do contexto da ordem constitucional, nem tem caráter absoluto, sendo o exemplo mais classicamente mencionado o da imposição das multas, quando deve ser provocada a via judicial para a execução da sanção imposta por ato administrativo.

Ademais, como bem ensina Régis Fernandes de Oliveira (Executoriedade dos Atos Administrativos, *RT* 684/44),

(30) O dispositivo tem a seguinte redação: "A Seguridade Social através de seus órgãos competentes, e de acordo com o regulamento, promoverá a apreensão de comprovantes de arrecadação e de pagamento de benefícios, bem como de quaisquer documentos pertinentes, inclusive contábeis, mediante lavratura do competente termo, com a finalidade de apurar administrativamente a ocorrência dos crimes previstos neste artigo".

essa prerrogativa da Administração Pública não se justifica quando 'houver uma procedimentalização judicial ou administrativa da atividade', o que manifestamente ocorre, por imposição de cunho constitucional, em casos como o dos autos, em que o *ato ou procedimento administrativo necessariamente implica repercussão na esfera domiciliar do administrado*, sujeitando-se, por isso, ao devido processo legal, em que se destaca, *como essencial, a decisão judicial autorizadora da restrição a ser imposta.*

Sendo esta interpretação coerente com o art. 5.º, inc. XI, da CF, não há como negar que o ato promovido pelo Fisco resultou em restrição à garantia da inviolabilidade do domicílio que, numa extensão conceitual mais larga, abrange até mesmo o local onde se exerce a profissão ou a atividade, desde que constitua um ambiente fechado ou de acesso restrito ao público (cf. José Celso de Mello Filho. Constituição Federal anotada. Saraiva, p. 443; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, op. cit., p. 37; Cretella Júnior, op. cit., p. 261), como é o caso típico dos escritórios profissionais.

Se a entrada dos agentes fiscais no escritório da empresa Verax não consentida pelo morador ou quem a esse fosse equiparável, nem precedida de autorização judicial, ainda que tenham sido cumpridos os demais procedimentos legais, o que se pode concluir é que toda a diligência, noticiada pela imprensa como verdadeira invasão, foi maculada por um vício de origem".[31]

Acrescentando, adiante, o Exmo. Ministro Relator que:

"A prova em foco, portanto, do mesmo modo que as consistentes nas comunicações telefônicas anteriormente apreciadas, *por haverem sido obtidas por meios constitucionalmente reprováveis, devem ser consideradas ilícitas.*

"É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento dos julgados, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em estado de direito democrático".[32]

Os agentes públicos possuem meios legais à sua disposição para dispor daqueles documentos uma vez que "havendo prova ou suspeita fundada de que o bem ou mercadoria que objetive a comprovação da infração se encontre em residência *particular ou em outro local a que a fiscalização não tenha livre acesso, devem ser promovidas buscas e apreensões judiciais*, sem prejuízo das medidas necessárias para evitar sua remoção sem anuência do Fisco".[33]

Em recente e excelente monografia sobre o tema, Grotti acentua, na esteira do que deixou consignado o i. Min. Ilmar Galvão, que o alcance da proteção constitucional ao domicílio é bem mais abrangente do que qualquer outra oferecida pelo sistema infraconstitucional e inclui também *recintos industriais e escritórios desde que não abertos ao público.*[34] A proteção se estende à pessoa jurídica reflexo da garantia de seus titulares.

Para que se dê a violação da garantia constitucional, a entrada ou permanência

(31) STF, Plenário, Ação Penal 307-3, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 20.10.1994, fls. 2.183/7, g.n.

(32) Idem, fls. 2.188/2.189, g.n.

(33) Art. 77, § 2.º, Lei 6.374/89, g.n.

(34) GROTTI, D. A. M. *Inviolabilidade do domicílio na Constituição.* São Paulo : RT, 1993, p. 76, g.n.

deve dar-se contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito. Pode ser feita clandestinamente (às escondidas, às ocultas ou furtivamente); astuciosamente (com emprego de fraude, ardil, artifício etc., para o ingresso ou continuação no recinto); ou ostensivamente, quando abertamente contrária à vontade do morador.[35]

A norma constitucional de proteção ao domicílio e aquelas com força constitucional inseridas pelos pactos de direitos humanos acima referidas restringiram as autorizações aos agentes dos poderes públicos àquelas expressamente previstas: flagrante delito, prestação de socorro, ordem judicial ou consentimento de quem de direito (art. 5.º, inc. XI, CF). Não é mais possível, portanto, entrever autorização para entrada dos agentes fiscais nos recintos fechados das empresas sem o consentimento do sujeito competente para tal ou sem mandado judicial. A respeito do tema, é de se socorrer mais uma vez à supracitada jurista que assevera que "no que tange à primeira hipótese, cumpre notar que, de acordo com a CF, art. 5.º, XI, '*in fine*', *é necessário sempre ordem judicial para realizar qualquer diligência, seja de natureza policial, judicial, fiscal ou administrativa, se não houver o consentimento do morador.* O mandado de prisão é ordem judicial, daí porque permite a entrada em domicílio; é ordem, porém, que deverá ser fundamentada, nos termos do art. 5.º, LXI, da Constituição.

"Reforça a proteção à inviolabilidade do domicílio o dispositivo constitucional que considera expressamente inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5.º, LVI). E não há dúvida de que as provas obtidas com violação do domicílio são ilícitas.

Como se vê, anteriormente à Constituição em vigor, a autoridade podia ela própria, realizar a busca. Não precisava que outra pessoa a efetuasse. Se, porém, não desse a busca pessoalmente, se ordenasse que outrem a realizasse, a ordem tinha de ser consignada em documento, que, por isso mesmo, é conhecido com mandado.

Atualmente, diante da nova Constituição Federal, a autoridade policial não pode mais proceder de ofício pessoalmente ou por seu agente à busca domiciliar. Se desejar empreender uma busca domiciliar, mesmo que pretenda fazê-lo pessoalmente, haverá *indeclinável necessidade de ordem judicial.* Se o juiz não autorizar, não será possível, e, se mesmo assim vier a acontecer, responderá a autoridade criminalmente, pois a 'entrada' se deu sem as formalidades legais".[36]

O próprio estatuto legal que rege a atividade dos agentes fiscais impõe a necessidade de autorização judicial para a busca e apreensão de documentos e, neste passo, pode – e deve – ser feita uma analogia com o que dispõe o CPP acerca do tema. Já tendo decidido o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em brilhante acórdão da lavra do e. Des. Dante Bussana, que: "Na hipótese a apreensão, que se constitui na prova fundamental do fato típico foi obtida por meio ilícito (violação do domicílio do réu) e não pode, portanto, ser como tal admitida. Sem ela, falta suporte à condenação.

O fundamento da absolvição e o inc. II do art. 386 do CPP, pois reconhecida a inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito, estamos diante da 'inexistência de provas'."[37]

No mesmo sentido, ainda, deixou consignado o e. Juiz Albano Nogueira que "a ilegalidade da busca e apreensão domiciliar, por si só, prejudica, irremediavelmente, a ação penal, independentemente da própria veracidade da acusação. *Ao Estado não se pode permitir a violação da*

(35) GROTTI, D. A. M. Op. cit., p. 106.

(36) GROTTI, D. A. M. Op. cit., p. 116-119.

(37) TJSP, 4.ª Câm., j. 03.12.1990, *RT* 670/273.

lei, a pretexto da colheita de elementos probatórios. Os fins não justificam os meios. O direito de prova, meramente adjetivo, não se sobrepõe às garantias individuais de natureza constitucional."[38]

Nas hipóteses ora abordadas, estaremos, portanto e de acordo com Grinover, diante de *provas ilícitas* obtidas por meio que viola direito humano e constitucional material dos contribuintes (direito constitucional à inviolabilidade de sua intimidade e de seu domicílio).[39]

"Sendo a ilicitude um conceito geral do direito", ensina a ilustre Professora, "e não conceito especial de algum de seus ramos, o princípio de que o que é nulo é inválido é também geral: e assim, para sustentar-se a inadmissibilidade de uma prova em juízo, basta o fato de que tenha sido ela obtida ilegalmente, violando-se normas jurídicas de qualquer natureza. Especialmente quando estas normas tenham sido postas para proteger direitos fundamentais, vulnerados através da obtenção, processual ou extraprocessual, da referida prova".[40]

Esta vulneração, na esteira do que dispõe o art. 5.º, inc. LVI, da CF, conduz à consideração de que "as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por esta tidas como provas. Trata-se de não-ato, de não prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente *não existem como provas*: não têm aptidão para surgirem como provas (...). Daí sua total ineficácia".[41] Conseqüentemente, o tribunal deverá desconsiderar as provas ilícitas que foram objeto de consideração pela sentença condenatória, e, conforme já foi determinado pelo STF, "devem elas ser mesmo desentranhadas do processo",[42] sendo julgado o processo como se elas não existissem.

Neste sentido, o entendimento do Exmo. Min. William Patterson do Eg. STJ que, em duas oportunidades, já manifestou-se acerca da matéria. Numa delas, cuja ementa segue abaixo, proferiu voto vencedor que foi seguido pelos i. Min. Vicente Cernicchiaro e Anselmo Santiago:

Habeas Corpus. Crime de sonegação fiscal. Documentos. Apreensão irregular. Nulidade do processo.

– Apreendida, no escritório do paciente, a documentação que deu origem ao processo criminal, sem as cautelas recomendadas no item XI, do art. 5.º, da CF, forçoso é reconhecer que se cuida de prova obtida por meios ilícitos, circunstância que afeta o procedimento (inc. LVI do citado dispositivo), principalmente cuidando-se de crime de sonegação fiscal.

– Nulidade que se acolhe.

– "*Habeas Corpus* deferido" (*Habeas Corpus* 3.912/RJ – REG. 95/0048625-3, 6.ª T., j. em 17.10.1995, m.v.).

Em outra oportunidade, quando apresentada a mesma questão perante aquela C. Turma, decidiu-se, também por maioria de votos, que a análise da ilicitude das provas obtidas mediante invasão da empresa implicaria dilação probatória, inadmissível em sede de *Habeas Corpus,* vencido o i. Min. William Patterson que concedia a ordem nos seguintes termos:

"*O Exmo. Min. William Patterson:* – (...) O problema é que o dispositivo constitucional não permite que se invada o escritório de empresa que não é exposta ao público. A fiscalização tem todo o direito de examinar livros, e isso não nego. O que

(38) TACrim-SP – AC – JUTACrim 75/314. In: FRANCO, A. S. *et al.*.. CP e sua interpretação jurisprudencial. 5. ed. rev. ampl., São Paulo : RT, p. 1.836, g.n.

(39) GRINOVER, A. P. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas.* 2. ed. rev. atual., São Paulo : RT, 1982, p. 71.

(40) GRINOVER, A. P. Op. cit., p. 108-109.

(41) GRINOVER, A. P. *et al. As nulidades no processo penal.* 5. ed. rev. ampl., São Paulo : Malheiros, 1996, p. 126.

(42) GRINOVER, A. P., *et al.* Op. cit., p. 126.

não é possível é apreender livros, ainda mais com operação militar, como ocorreu no particular.

O Exmo. Sr. Min. Adhemar Maciel (Aparte): – Quanto a isso, não discuto, pois penso que a matéria é eminentemente probotória.

O Exmo. Sr. Min. William Patterson: – Estou apenas respondendo à argumentação desenvolvida pelo Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, que assim disse: 'Será possível que ficará proibido o Poder Público de examinar livros?' Quanto a esse aspecto, não discuto. Isso poderá ser feito a qualquer momento, por fiscal devidamente credenciado. Faz-se o exame, e, se houver irregularidade, autua-se.

O Exmo. Sr. Min. Adhemar Maciel (Aparte): – Mas V. Exa. está admitindo-o provado.

O Exmo. Sr. Min. William Patterson: – Não, Excelência. Estou apenas contra-argumentando as razões proferidas pelo eminente Dr. Raimundo de Bonis. Não afasto, e nem seria possível fazê-lo, o exercício do Poder Público na fiscalização das empresas particulares, mas com observância dos princípios legais. O estado de direito democrático não pode partir para o absurdo do estado militarista. O Poder Público tem todo o direito de fiscalizar e combater a sonegação, mas dentro das normas, e não com operação *ad terrorem*. É como penso" (*Habeas Corpus* 3.931/RJ – REG. 95.0050496-0, 6.ª T., j. em 12.12.1995, m.v.).

À luz deste entendimento, no mínimo deve ser reinterpretada a disposição inserida no art. 195 do CTN, acima transcrita, uma vez que as limitações de ordem constitucional se impõem, evidentemente, às leis complementares. "A fiscalização, não obstante tal dispositivo, não pode violar a intimidade, o domicílio ou as comunicações do contribuinte, a pretexto de buscar provas ou investigar crimes fiscais. As exceções a tais garantias individuais estão na Carta Política e devem ser estritamente observadas, sob pena de abuso de autoridade e produção de provas ilícitas, hoje constitucionalmente inadmissíveis em processo de qualquer natureza (art. 5.º, inc. LVI)".[43]

O mesmo não se pode dizer, porém, do dispositivo da lei paulista que exige *ordem judicial*, em hipótese alguma tendo sido permitida a invasão, quer da residência, quer do estabelecimento comercial, pelos agentes fiscais que, diante da recusa do contribuinte, somente poderão recorrer ao Poder Judiciário, a quem cumpre julgar da necessidade e legalidade da exigência emitindo ordem judicial, se o juízo for positivo, e zelando pelas garantias e direitos humanos individuais constitucionais e com força constitucional.

5. Conclusões

Tendo em vista o disposto nos arts. 1.º, inc. III, 4.º, inc. II, 5.º, incs. LV e LXIII e § 2.º, da CF, 14, 3, "*g*", do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e 8.º, 2, "*g*", da Convenção Americana de Direitos Humanos, todos aqueles que possam figurar *em tese* como sujeitos ativos da prática de crimes contra a ordem tributária têm o direito humano e constitucional a não cooperar com a fiscalização tributária na arregimentação de documentos e informações que possam servir de provas ou indícios da prática daqueles crimes, não cometendo, com sua recusa, omissão ou oposição, a prática quer do delito de desobediência (art. 330 do CP) quer daquele previsto no art. 1.º, par.ún., da Lei 8.137/90.

A recusa do contribuinte em fornecer as informações ou documentos requeridos pela fiscalização tributária não conduz à autorização para que seus agentes adentrem em recinto fechado da empresa, sem o consentimento do contribuinte, na sua ausência ou sem mandado judi-

(43) MARINO, P. L. A. Op. cit., p. 117.

cial, para a apreensão do material procurado. A CF (art. 5.º, incs. X e XI), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966 (art. 17, 1 e 2) e, ainda, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, Pacto de San José da Costa Rica (art. 11, 2 e 3) garantem a inviolabilidade da intimidade e do domicílio declarando-os direitos humanos constitucionais e com força constitucional. Assim, no que pertine à matéria ora analisada, só poderão os agentes fiscais adentrarem em recinto fechado de empresa ou escritório profissional, durante o dia, munidos de mandado judicial ou, a qualquer tempo, em caso de flagrante delito. Acaso não sejam observadas as normas constitucionais e com força constitucional acima referidas, os documentos e as informações angariadas com a violação de tais direitos humanos materiais, não poderão ser admitidas no processo penal por terem sido obtidas por *meio ilícito* (CF, art. 5.º, inc. LVI).

3.2

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 9.296/96. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

PAULO RANGEL

SUMÁRIO: 1. Visão constitucional – 2. Conceito e natureza jurídica da interceptação telefônica – 3. Causas impeditivas da interceptação telefônica – 4. Legitimidade para requerer a medida – 5. Natureza jurídica da decisão que concede ou não a interceptação e recurso cabível – 6. Prazo da interceptação – 7. Degravação da interceptação telefônica – 8. O princípio do contraditório diferido ou postergado – 9. Direito intertemporal.

1. Visão constitucional

A Constituição da República Federativa do Brasil assegurou como direito fundamental a inviolabilidade do sigilo de comunicação como regra e, excepcionalmente, a interceptação para fins de investigação criminal e instrução processual penal (art. 5.º, XII, CF):

"Art. 5.º Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;"

Desta forma, parece claro que o legislador constituinte estabeleceu como a regra o sigilo e como exceção a interceptação, porém, somente no campo penal.

Indaga-se: a expressão *último caso* refere-se somente aos casos de *comunicação telefônica* ou engloba também os *dados*? E o que são dados? São dados da comunicação telefônica ou outros dados além dos da comunicação telefônica?

Pensamos, sem maiores delongas hermenêuticas, que o dispositivo constitucional está dividido em dois grupos, a saber: 1.º grupo: *sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas;* 2.º grupo: *de dados e das comunicações telefônicas.*

Assim, a expressão *último caso* açambarcaria dados e comunicações telefônicas, pois do contrário, o legislador deveria ter dito: "sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas" onde a expressão *último caso* teria como ponto de apoio somente a expressão isolada pela disjuntiva *e*.

Porém, não foi esta a opção do legislador constituinte. Quis e permitiu a quebra do sigilo de dados, sejam das comunicações telefônicas, sejam outros dados de comunicação.

Ao defendermos tese diferente, estaríamos imaginando que o Constituinte so-

mente se preocupou com a comunicação via telefone deixando de fora a comunicação de dados sem o uso de telefone. Ou seja, o criminoso da era da informática ou o criminoso via satélite ou da fibra ótica ou ainda o que utilizasse de infra vermelho estaria protegido diante da norma constitucional. Nada mais errado.

É cediço que a interpretação literal de qualquer norma é a menos aconselhável e a pior possível.

Carlos Maximiliano assevera: "O processo gramatical, sobre ser o menos compatível com o progresso, é o mais antigo (único outrora). 'O apego às palavras é um desses fenômenos que, no direito, como em tudo o mais, caracterizavam a falta de maturidade do desenvolvimento intelectual.' (...) O primitivo hermeneuta fica adstrito aos domínios dos lexicógrafos e dos gramáticos" (*Hermenêutica e aplicação do direito.* 10. ed. Forense p. 121-122).

Porém, não utilizamos somente este meio de interpretação para afirmarmos o que acima dissemos. Não. Nos atemos ao fim primitivo e especial da norma que é condicionado pelo objetivo geral do direito, mutável com a vida, que ele deve regular: O direito à vida, à segurança social, à paz e à tranquilidade das pessoas respeitando a *dignidade da pessoa humana, a cidadania* e, ainda, a liberdade *lato sensu.*

Desta forma, nos parece sensível que o direito fundamental assegurado no inc. XII do art. 5.º (como todos os outros) não tem o caráter absoluto a ponto de restringir o alcance da expressão *último caso* somente às comunicações telefônicas.

Não estamos mais vivendo o conceito primitivo de telefonia adotado pelo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62).

A interpretação progressiva, bem como o princípio da atualidade devem ser chamados pelo intérprete da norma. Ou seja, há que se adequar a norma constitucional à realidade tecnológica atual.

Vejamos o que diz o Código Brasileiro de Telecomunicações quanto aos conceitos de telegrafia e telefonia.

"Lei 4.117, de 27.08.1962.

Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações.

Capítulo II – Das Definições (arts. 4 a 9)

Art. 4.º Para os efeitos desta lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caractéres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético.

Telegrafia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão de escritos, pelo uso de um código de sinais.

Telefonia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons." (grifo nosso).

O conceito era bem adequado à época em que a lei foi promulgada, porém, hoje perde razão de ser diante do avanço tecnológico.

Posto isto, há que se perceber que a intenção do legislador constituinte foi de restringir à esfera criminal os casos de interceptação telefônica. Assim, não há que se falar no cível de interceptação telefônica.

Porém, pode haver *prova emprestada*?

A questão é controvertida.

A doutrina entende por *prova emprestada* aquela que é admitida, produzida e valorada num processo e transportada documentalmente para outro visando neste a gerar os efeitos que lhe forem necessários diante do princípio do contraditório.

Pensamos que se admitirmos a prova emprestada estaríamos por via oblíqua burlando o Texto Constitucional que é

expresso e claro: *para fins de investigação criminal e instrução processual penal.*

Assim, deve-se salientar que a regra é o sigilo e, excepcionalmente, a quebra deste sigilo através da interceptação e, por uma questão de hermenêutica, a interpretação da norma constitucional deve ser estrita.

No mesmo pensar estão os Professores Luiz Flávio Gomes e Vicente Greco Filho. Diz o primeiro: "Em conclusão, a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser 'emprestada' (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito. (...) essa prova criminal deve permanecer em 'segredo de justiça'. É inconciliável o empréstimo de prova com o segredo de justiça assegurado no art. 1.º" (*Interceptação telefônica.* RT, p. 118-119).

O mestre Vicente Greco Filho justifica seu posicionamento alegando que: "Os parâmetros constitucionais são limitativos. A finalidade da interceptação, investigação criminal e instrução processual penal é, também, a finalidade da prova, e somente nessa sede pode ser utilizada." (*Interceptação telefônica.* Saraiva, p. 24).

Entretanto, a voz autorizada da Professora Ada Pellegrini Grinover aceita a prova emprestada colhida através da interceptação telefônica desde que o processo penal tenha sido desenvolvido entre as mesmas partes. Eis suas palavras: "O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável." (*As nulidades no processo penal.* 6. ed. RT, p. 194).

Posto isto, entendemos que a razão está com a primeira corrente. Não podemos criar situações de legitimidade de uma prova que, expressamente, é vedada pelo legislador constituinte. Há que se perquirir a vontade do legislador: admitir, excepcionalmente, a quebra do sigilo da comunicação visando à colheita de prova com o escopo de se atingir a verdade real no processo, já que não há outro meio de fazê-lo (cf. art. 5.º, XII da CRFB c/c art. 1.º c/c art. 2.º, II c/c art. 4.º, *caput,* ambos da Lei 9.296/96).

2. Conceito e natureza jurídica da interceptação telefônica

Interceptação telefônica é a captação feita por terceira pessoa de comunicação entre dois (ou mais) interlocutores sem o conhecimento de qualquer deles.

Não podemos confundir *interceptação telefônica* com a *escuta telefônica* que é a mesma captação feita por terceiro da comunicação entre dois (ou mais) interlocutores, porém, com o conhecimento de um deles (ou alguns deles). A primeira vista pode parecer estranho comunicação telefônica entre três ou mais pessoas, porém, hodiernamente, no Rio de Janeiro, há um serviço telefônico oferecido pela Telerj chamado *Reunião.* Este serviço consiste na possibilidade de 11 pessoas, mais o solicitante do serviço (portanto 12 pessoas), poderem em determinada data e hora, previamente agendadas, conversarem entre si como se estivessem no mesmo local sentados à mesma mesa de reunião. Neste caso, economiza-se tempo, dinheiro de aluguel de carros (se for necessário), hospedagem em hotel, gastos com alimentação etc. (...). É uma reunião entre até 12 pessoas, através do telefone e somente entre elas.

Portanto, nada impede que uma pessoa que não esteja fazendo parte desta reunião, via comunicação telefônica, possa interceptá-la para fins espúrios, ou seja, para fins não autorizados em lei como, por exemplo, espionagem industrial, seqüestro, concorrência desleal etc. (...).

Assim, no caso de haver interceptação da comunicação por pessoa não participante da reunião e sem o conhecimento das demais, haverá interceptação telefônica. Porém, havendo conhecimento de algum participante da reunião haverá escuta telefônica.

Destarte, de acordo com as definições acima podemos asseverar que a *escuta ambiental* (aquela realizada clandestinamente em um recinto, por uma das pessoas que ali se encontra) não está disciplinada na Lei 9.296/96, bem como, *a gravação telefônica clandestina* (aquela realizada por um dos interlocutores da conversação). Porém, não obstante estarem fora da disciplina da mencionada lei, podem estar açambarcadas pelo inc. X do art. 5.º em confronto com o inc. LVI do mesmo artigo, ambos da CRFB.

A Lei 9.296/96 em seu art. 2.º estabeleceu de forma inversa as condições necessárias para a interceptação telefônica esquecendo-se que a regra é o sigilo, a exceção a interceptação. Assim, por uma questão de comezinha hermenêutica jurídica, a lei deveria estabelecer em quais casos seriam admissíveis a interceptação telefônica e não o contrário. Porém (...) não o fez.

A exigência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal (cf. art. 2.º, I) deixa clara a presença do *fumus boni iuris* como primeiro pressuposto da medida cumulada com a inexistência de outros meios de prova disponíveis para a obtenção das informações necessárias, representando, assim, o *periculum in mora*. Neste último caso, evidenciam-se a necessidade e a urgência da medida.

Posto isto, não temos dúvidas em afirmarmos que a natureza jurídica da medida de interceptação telefônica é *cautelar*. Portanto, de índole normativa processual.

A medida cautelar poderá ser deferida para colheita de informações necessárias a viabilizar a propositura da ação penal e chamaremos *de medida cautelar preparatória* (art. 3.º, I) ou deferida no curso da instrução criminal surgindo *a medida cautelar incidental* (art. 3.º, II), porém, em ambos os casos, *inaudita altera pars*.

A identificação da natureza jurídica da medida é importante para trabalharmos com as questões que irão surgir envolvendo direito intertemporal. Ou seja, as provas colhidas, por decisão judicial, antes da entrada em vigor da norma e as que, já na vigência da norma, também por determinação judicial, foram colhidas para apurar fatos ocorridos antes de sua vigência (cf. *infra* item IX).

3. Causas impeditivas da interceptação telefônica

O art. 2.º da lei das interceptações telefônicas estabeleceu a regra em vez de dispor da exceção, pois é esta que deve estar prevista em lei.

O legislador preferiu dizer quando não se admite, em vez de dizer quando seria admissível, fazendo o intérprete olhar o dispositivo pelo avesso.

As duas primeiras hipóteses foram vistas acima: *o fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (art. 2.º, I e II) ressaltando o caráter de medida cautelar.

A terceira está descrita no inc. III do mesmo artigo. Diz ele: *o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.*

Quando a lei se refere a *fato investigado*, claro está que a interceptação telefônica somente poderá ser feita para apurar fato pretérito e não futuro. Ou seja, não poderá (ou não deverá) ser concedida medida cautelar de interceptação telefônica para se investigar a vida de uma determinada pessoa, se a mesma vai ou não cometer um ilícito penal, mesmo tratando-se de pessoa com antecedentes criminais. Não. O fato já tem que ter sido praticado e sendo objeto de investi-

gação criminal em inquérito policial ou peças de informação.

O dispositivo legal acima ao se referir a infração penal punida no máximo com pena de detenção, exclui todas as contravenções penais por força do art. 5.º da Lei das Contravenções Penais. Admitindo-se, portanto, somente nos crimes punidos com pena de reclusão.

Porém, neste caso, há que se interpretar sistematicamente o dispositivo legal e entender qual a sua verdadeira aplicabilidade.

Pensamos que não são todos os crimes punidos com pena de reclusão que admitirão a excepcional medida cautelar.

Hoje, temos infrações penais de menor potencial ofensivo disciplinadas pela Lei 9.099/95 (cf. art. 61) com institutos visando à despenalização. O que significa dizer que não há crime punido com pena máxima de reclusão igual ou inferior a um ano.

A doutrina cria outra espécie de infração penal com base na citada Lei dos Juizados Especiais Criminais: a de *médio potencial ofensivo.* São aquelas, cujo o mínimo cominado em abstrato for igual ou inferior a um ano, admitindo, assim, *a suspensão condicional do processo.*

Desta forma perguntamos: qual o interesse em se admitir a interceptação telefônica (medida de caráter excepcional) em uma infração penal que, uma vez descoberta, será oferecida denúncia com pedido de suspensão condicional do processo?

Pensamos, nenhum.

Assim, nossa afirmação é de que somente poderá haver interceptação telefônica nos crimes punidos com pena de reclusão de *maior potencial ofensivo.*

O intérprete deve neste momento fazer uma interpretação sistemática e teleológica e verificar o que quis o legislador nesta redação defeituosa do inc. III. Com certeza, não quis permitir a interceptação telefônica para apurar um furto simples que admitirá (sob seu aspecto objetivo) a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais.

A lei, ao exigir a descrição clara da situação, objeto da investigação, é porque considera (como já afirmamos acima) que o fato criminoso já ocorrera (cf. par.ún. do art. 3.º). Porém, pode surgir uma dúvida: como fica o conhecimento fortuito de outros fatos ocasionados pela interceptação lícita?

Exemplo:

Durante a investigação de um homicídio doloso qualificado é concedida a interceptação telefônica nos termos precisos da lei, objeto de comentários.

Ocorre que durante a interceptação descobre-se a prática de um roubo praticado pelo investigado.

Seria lícita a obtenção desta prova?

Não temos dúvida em afirmar que sim. Pois do contrário, seria entendermos que do *lícito* adveio o *ilícito.* Não. Não podemos assim entender.

A interceptação foi realizada nos estritos limites da lei, o que dela advier deve ser considerado como conseqüência do respeito à ordem jurídica e a aceitação é em prol da sua manutenção.

Mas se o crime descoberto, fortuitamente por si só, não admitir a interceptação telefônica? Ou seja, tratar-se de um crime apenado com detenção?

Defendemos a mesma idéia acima exposta. Porém, fazemos uma consideração.

O § 2.º do art. 6.º da lei de interceptação telefônica impõe à autoridade policial a diligência de lavrar um auto circunstanciado contendo o resumo das operações realizadas e encaminhar ao juiz para que adote as providências do art. 8.º da mesma lei.

Neste caso, se houver conexão entre o fato descoberto fortuitamente e o investigado, aplicar-se-ão as regras de conexão previstas nos arts. 76 e segs. do CPP. Entretanto, não havendo conexão aplica-

se a regra do art. 40 da Lei Processual Penal, ou seja, o juiz remete ao Ministério Público desde que trate-se de crime de ação penal pública.

Assim, aceitamos como lícita a prova colhida de fato descoberto fortuitamente com as considerações acima expostas.

4. Legitimidade para requerer a medida

O legislador da Lei 9.296/96 conferiu legitimidade a autoridade policial e ao Ministério Público, para requererem a medida cautelar de interceptação telefônica e estabeleceu a possibilidade do juiz concedê-la de ofício, porém, nada mencionou quanto à legitimidade do querelante (titular exclusivo da ação penal de iniciativa privada) de requerer a medida.

Pensamos que o legislador, embora nada tenha mencionado, não impediu o querelante de requerer a medida, pois onde há a mesma razão fundamental, deve se aplicar a mesma regra de direito, princípio comezinho de hermenêutica.

Não devemos pensar que os crimes de ação penal de iniciativa privada são delitos, em regra, apenados com detenção (cf. arts. 138, 139, 140, 163 c/c 167 todos do CP) e, neste caso, excluídos por determinação legal (cf. art. 2.º, III da Lei em comento). Não. O raciocínio, embora correto, encontra exceção nos arts. 213 e segs. do CP, ou seja, nos crimes contra os costumes em que a natureza da pena é de reclusão.

Assim, pensamos ser admissível ao querelante, requerer a medida de interceptação em um crime apenado com reclusão, desde que presentes os demais requisitos exigidos pela lei. Pois, seria um contrasenso admitirmos a interceptação em um crime de estupro quando a ação penal fosse pública e não admitirmos quando a ação penal fosse de iniciativa privada.

As regras de hermenêutica repudiam este raciocínio.

Questão ainda que atormenta a doutrina é a legitimidade conferida ao juiz de conceder de ofício a medida, entendendo alguns autores ser inconstitucional o agir de ofício do juiz.

"É inconstitucional a interceptação telefônica 'de ofício', em conseqüência, porque vulnera o modelo acusatório de processo, processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais da jurisdição, atribuindo esta aos juízes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar, principalmente no âmbito extraprocessual. (...) Tomar a iniciativa da prova 'compromete psicologicamente o juiz em sua imparcialidade'. O juiz não pode ter idéias preconcebidas sobre o que vai decidir." (Luiz Flávio Gomes. *Interceptação telefônica.* RT, p. 201-202 e 205).

Data vênia do renomado jurista, ousamos divergir.

Há que se perquirir a vontade do legislador e fazermos uma interpretação sistemática.

A lei, ao admitir ao juiz agir de ofício, está em perfeita harmonia com o sistema e o princípio adotado entre nós: sistema do livre convencimento e o princípio da verdade real.

No Direito Processual moderno o juiz foi restituído à sua própria consciência. Diz a exposição de motivos do Código:

"Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade." (*Exposição de motivos* – Item VII).

Assim, devemos ressaltar que o Juiz *não* deve conceder de ofício a medida *cautelar preparatória,* pois esta deverá

ser requerida pelo Ministério Público (*dominus litis*) ou mediante representação da autoridade policial, pois pelo sistema acusatório, adotado entre nós, o juiz foi afastado da persecução penal. Porém, nada obsta, que a medida *cautelar incidental* (adotada no curso do processo) possa ser deferida pelo juiz de ofício, em nome do princípio da verdade real e de acordo com o sistema do livre convencimento. Pois, se sustentarmos tese contrária, o juiz também não mais poderia decretar medida cautelar pessoal de ofício (prisão preventiva) ou medida cautelar real (busca e apreensão).

Assim, fazemos distinção: no curso do inquérito policial não pode (e não deve) o juiz decretar a medida de ofício, porém, no curso do processo, nada obsta que o faça em nome dos postulados acima mencionados.

Marcellus Polastri Lima em recente brilhante obra, com a clareza e objetividade que lhe são peculiares, atesta: "(...) na fase inquisitiva preparatória, não pode haver ingerência judicial, a não ser em razão de medidas cautelares e controle de legalidade, sendo que o destinatário das investigações criminais, em caso de ação penal pública, conforme a norma constitucional insculpida no art. 129, I, da Lei Maior, é sempre o Ministério Público. *(Ministério Público e persecução criminal.* Lumem Juris, p. 53).

5. Natureza jurídica da decisão que concede ou não a interceptação telefônica e recurso cabível.

A natureza da decisão que concede a interceptação telefônica deve ser vista sob dois prismas: o primeiro, é em que momento ela é concedida e o segundo o princípio que a informa.

Tratando-se de medida *cautelar preparatória,* portanto concedida na fase do inquérito policial ou da investigação criminal o teor da decisão, não obstante provir do órgão judiciário é *decisão judicial administrativa.* Não se trata de ato jurisdicional e sim judicial.

Porém, tratando-se de medida *cautelar incidental,* portanto concedida na fase da instrução criminal trata-se de *decisão interlocutória.*

A medida cautelar preparatória ou incidental deve ser concedida sob segredo de justiça, ou seja, informada pelo princípio da *publicidade interna restrita. Inaudita altera pars.*

Posto isto, percebe-se que, tratando-se de decisão judicial (fase do inquérito policial) não cabe recurso (nem ação autônoma de impugnação) por parte da autoridade policial, pois, não há previsão em nenhuma parte da legislação processual de recurso de Delegado de Polícia contra ato de Juiz (salvo como parte propriamente dita em uma relação jurídica processual), porém, legitimidade tem o Ministério Público para impugnar a decisão que concede ou não, a interceptação telefônica, seja na fase do inquérito policial, seja no curso da instrução processual penal.

Pensamos que a medida judicial cabível é o mandado de segurança, pois há a necessidade de defender o direito líquido e certo do Ministério Público de *persecução penal* nos exatos limites previstos no art. 129, incs. I, VII e VIII, da CRFB.

A impetração do mandado de segurança é recomendável não só por entendermos que a hipótese se amolda aos seus requisitos, mas também, para evitarmos o inconveniente da ausência de contra razões recursais, caso o intérprete entenda que a medida judicial cabível seja o recurso de apelação com fulcro no art. 593, II do CPP. Pois, neste caso, seria um contra-senso chamarmos o investigado ou acusado para contra arrazoar um recurso de uma decisão que foi prolatada *inaudita altera pars,* pois se houver concessão da segurança, o segredo de justiça

continua mantido em relação ao investigado ou acusado.

Outra questão que poderá surgir é a da possibilidade do *assistente de acusação* poder ou não requerer a medida de interceptação.

Pensamos (não obstante as discussões acerca da revogação ou não do assistente frente ao art. 129, I da CRFB) que a hipótese se encaixa perfeitamente no art. 271 do CPP quando diz: *(...) propor meios de prova (...)*. Ora, se pode propor meios de provas porque não propor a interceptação telefônica que é um meio de prova reconhecido pela própria lei? (cf. art. 2.º, II).

Assim, mesmo no (aparente) silêncio da lei, entendemos possível ao assistente de acusação requerer a medida, pois a omissão do legislador não poderá levar o intérprete a deixar de aplicar a analogia ou os princípios gerais do direito, sempre nos exatos limites estabelecidos nos arts. 4.º da LICC e 126 do CPC.

6. Prazo da interceptação

Tratando-se de medida cautelar e, portanto, de medida de caráter excepcional, pois já se disse alhures que a regra é o sigilo e a exceção é a interceptação, o legislador estabeleceu um prazo para que a medida tenha duração: 15 dias renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova (cf. art. 5.º da Lei em comento).

Primeiro, entendemos que a contagem deste prazo deve ser feita nos termos do art. 10 do CP e não do § 1.º do art. 798 do CPP. Pois, é mais vantajoso para o investigado ou acusado, incluir o dia do começo.

Segundo, a expressão usada pelo legislador (renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova) não pode levar o intérprete a pensar que só há renovação uma única vez, mas sim, que a expressão *uma vez* se refere a comprovada indispensabilidade do meio de prova, ou seja, desde que presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Portanto, tratando-se de medida cautelar, poderá ser adotada tantas vezes quantas forem necessárias.

7. Degravação da interceptação telefônica

A expressão *degravação* não encontra significado no Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, porém, a doutrina entende como sendo a *transcrição* da gravação telefônica, ou seja, a documentação do meio de prova.

A degravação, portanto, é necessária para que, posteriormente, o acusado ao exercer o contraditório diferido (cf. infra item VIII) possa tentar demonstrar que aquela voz não é sua e submetê-la a perícia de espectograma (autenticidade de voz feita por computador).

Assim, a autoridade policial lavra um auto circunstanciado, documentando a operação técnica realizada, documento este que encaminhado ao juiz permite-lhe aplicar, se for o caso, a hipótese prevista no art. 40 do CPP quanto aos fatos fortuitamente descobertos.

A colheita da comunicação telefônica ou de seus dados sofrerá o crivo do contraditório, motivo pelo qual deve ser documentada para que possa ser objeto de análise pelos sujeitos processuais.

8. O princípio do contraditório diferido ou postergado

A lei, ao estatuir o princípio da publicidade interna restrita (cf. art. 1.º, *in fine*), exigiu, a *contrario sensu,* que se adotasse o princípio do contraditório diferido, ou seja, retardado, demorado, pois, não há como se adotar uma medida cautelar desta natureza sem privar (naquele momento) o réu do conhecimento da medida que será adotada em seu desfavor.

Assim, não podemos pensar que pelo fato da medida ser adotada *inaudita altera pars* não haverá o contraditório. Não. O contraditório é dogma constitucional e não pode deixar de ser adotado no curso de um processo regularmente instaurado.

O Devido Processo Legal exige a presença do contraditório após a colheita do material probatório necessária a elucidação do fato, contraditório este, sem o qual, o processo será manifestamente nulo.

Destarte, pensamos que a melhor fase para submeter a prova colhida ao crivo do contraditório, é após a apensação dos autos apartados ao processo criminal na fase prevista nos arts. 407 e 502 do CPP.

A menção da lei ao art. 538 do CPP (cf. art. 8.º, par.ún.) é equivocada, pois este trata do rito processual dos crimes apenados com detenção e nestas hipóteses não se admite a interceptação telefônica.

9. Direito intertemporal

É cediço em doutrina que a norma processual não tem efeito retroativo, mas sim, que aplica-se desde logo, ou seja, imediatamente.

Frederico Marques com a inteligência que lhe é peculiar ressalta em seus *Elementos* que: "O erro dos que falam em lei processual retroativa, está em que focalizam a aplicabilidade da norma, não em função do processo, e, sim, relativamente ao crime que deste é objeto. (...) A norma processual regula e disciplina os atos e as atividades processuais, e não o direito de punir. Promulgada uma lei de processo, claro está que não pode atingir a relação jurídico material em que se consubstancia o *ius puniendi,* visto que seu objeto é diverso. Também refogem a sua obrigatoriedade, atos processuais anteriormente realizados. Só os atos que daí por diante forem praticados entrarão na órbita da lei nova". (Elementos de Direito Processual Penal. Vol. I, 1997, p. 55).

Assim, a natureza jurídica da interceptação telefônica como medida cautelar resolve as questões de direito intertemporal, pois tratando-se de matéria de índole processual é de aplicar-se desde logo, sem prejuízo dos atos praticados na vigência da lei anterior. Ou seja, trata-se da aplicação do princípio da imediatidade (cf. art. 2.º do CPP).

Os crimes cometidos *antes* da entrada em vigor da norma, mas que, porém, tiveram a decretação da medida cautelar *durante* a vigência da mesma (Lei 9.296/96) estarão sendo apurados dentro de um devido processo legal sem a incidência do disposto no inc. LVI do art. 5.º da CRFB.

Já os crimes cometidos *antes* da entrada em vigor da norma e que, no mesmo período, tiveram a decretação da medida cautelar de interceptação telefônica estarão sendo apurados ao arrepio do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, ou seja, farão surgir as provas ilícitas que contaminara todo o processo.

Destarte, não importa se o fato – crime ocorreu *antes* da entrada em vigor da norma, mas sim, se a decisão judicial foi prolatada durante a vigência da Lei 9.296/96, pois do contrário, a prova será ilícita.

Posto isto, o que importa é saber se a decisão judicial foi proferida no curso da vigência da lei, seja o fato – crime anterior ou posterior à entrada em vigor da norma.

Não se leva em conta a data do crime, mas sim, a época em que foi deferida a interceptação telefônica (por que neste ponto a norma é processual).

O STF já sufragou este entendimento no Acórdão 69.912, de 16.12.1993, cujo Relator foi o Min. Sepúlveda Pertence.

Estas são as pequenas considerações que tínhamos para tecer acerca da Lei 9.296/96 e, desde já, afirmamos que este estudo está sujeito a alterações por parte de seu autor.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.3

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS, PREVISTO NA ALÍNEA *D*, DO ART. 95, DA LEI 8.212/91

SÉRGIO ROSENTHAL

SUMÁRIO: 1. A conduta e sua tipificação – requisitos para o perfazimento do tipo – 2. O procedimento das empresas – o desconto nos salários e o recolhimento dos tributos – 3. Dificuldades financeiras – o estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa – 4. A anistia prevista na Lei 9.639/98 – o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica ao acusado – Bibliografia.

Resumo: O presente artigo tece algumas considerações sobre aspectos peculiares da Lei 8.212/95 que em seu art. 95, *d*, descreve o ilícito de apropriação indébita de contribuições previdenciárias descontadas dos funcionários mas não recolhidas, no prazo legal, aos cofres do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

São tratadas entre outros problemas, aqueles relativos aos requisitos objetivos para o perfazimento do tipo penal, bem como os institutos do estado de necessidade e da inexigibilidade de conduta financeira.

Por fim, é analisado o erro na publicação do par.ún. do art. 11, da Lei 6.939/98, que anistiou os agentes políticos responsabilizados, sem que fosse atribuição legal sua, pela prática dos crimes previstos na alínea *d* do art. 95 da Lei 8.212/91, e no art. 86 da Lei 3.807/:60.

Palavras-chave: Contribuições; Previdenciárias; Apropriação indébita; INSS; Tributos; Inexigibilidade de conduta diversa; Anistia; Erro; Retroatividade; Correção; Lei 8.212/91; Lei 9.639/98.

1. A conduta e sua tipificação – requisitos para o perfazimento do tipo

O crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias, definido no art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, cuja pena, fixada pelo art. 5.º, da Lei 7.492/86, varia de dois a seis anos de reclusão e multa, consiste, fundamentalmente, no ato de proceder-se aos descontos nas folhas de pagamento das empresas, dos valores referentes às contribuições previdenciárias devidas por seus funcionários, deixando de recolhê-los, no prazo legal, aos cofres do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Apesar de controversa e amplamente discutida, é certo que a assemelhação à figura do delito de apropriação indébita deriva do fato de que a incriminação geral e ordinária da conduta, ou seja, da simples ausência do recolhimento de contribuições previdenciárias em época própria, além de injusta e desproporcional, apenas conferiria caráter jurídico à desigualdade que aflige o país, seja no plano social, no plano econômico, na forma de subsídios, dos favores ou das oportunidades. Na singela análise de Tales Castelo Branco, ante a injustiça para com o trabalho produtivo, "nem todos foram agraciados pelos favores odiosos que campeiam ostensivamente por aí, distribuídos pelo

erário público, premiando acintosamente aventureiros, incompetentes e desonestos. A maioria trabalha de sol a sol nas suas empresas. Dedicam-lhes os melhores anos de sua vida. Comprometem, muitas vezes, a própria saúde. Mas não conseguem vencer plenamente, ou – o que é pior –, já vitoriosos, são colhidos pelos temporais do mundo negocial. Apesar da reconhecida competência e honradez são atraiçoados pela adversidade de seus negócios. E continuam lutando e sobrevivendo, mercê de seu fervoroso amor ao trabalho – o inquestionável trabalho produtivo, que tanto ajuda a engrandecer a riqueza nacional".[1]

É indiscutível, neste passo, a necessidade de comprovação do dolo específico de locupletação dos valores descontados, embora não recolhidos, para que se tenha configurado o crime da Lei 8.212/91.

De outro lado, jamais poderão ser desconsiderados os motivos, as circunstâncias, assim como os fins que levaram o empregador a deixar de recolher aos cofres públicos os montantes devidos, extraindo-se desse exame um verdadeiro juízo de reprovabilidade, pelo que, a situação financeira da empresa é relevantíssima para a configuração da ilicitude do fato, bem como para a aferição da culpabilidade do agente.

De fato, inadmitida a prisão por dívida,[2] a falta de recolhimento de qualquer tributo, na época determinada, só constitui crime se resultante da vontade específica do agente. A lei pune apenas o contribuinte inadimplente por opção, ou seja, aquele que decide levar adiante seus negócios sem o pagamento de tributos, embora tenha condições de fazê-lo, ou ainda, aquele que comprovadamente visa a aferição de lucros através da evasão fiscal.

Quanto ao agente que, por culpa resultante de desídia, inércia, incúria ou inabilidade na administração de seus empreendimentos, deixa de recolher aos cofres públicos os tributos devidos em época própria, ainda assim não incide no delito descrito na letra *d,* do art. 95, da Lei 8.212/91, se ausente a comprovação do dolo específico de locupletação, ante a inexistência do *animus rem sibi habendi.*

2. O procedimento das empresas – o desconto nos salários e o recolhimento dos tributos

No que se refere ao procedimento adotado pelas empresas relativamente ao pagamento dos salários de seus funcionários, é sabido que este obedece invariavelmente os seguintes critérios:

Quando da elaboração da folha de pagamento da empresa, o valor lançado como salário percebido pelo funcionário é escriturado no montante bruto, sobre o qual, deverão incidir todos os descontos eventualmente aplicáveis, remanescendo de todas essas subtrações, o valor líquido efetivamente pago ao funcionário.

Entre os descontos incidentes, está o relativo à contribuição previdenciária devida ao Instituto Nacional do Seguro Social, cujo valor é devido pelo empregado, embora descontado na fonte pelo empregador, o qual deverá recolhê-lo aos cofres da autarquia previdenciária.

É certo, entretanto, que recolhendo ou não o empregador, o montante arrecadado aos cofres públicos, o salário a receber pelo empregado permanece inalterado, o que, na prática, transforma a contribuição previdenciária em mero tributo a ser pago pela empresa, e torna o desconto no salário bruto do empregado, mero exercício contábil.

3. Dificuldades financeiras – o estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa

Em se tratando de empresa que atravessa dificuldades financeiras, na qual a

(1) CASTELO BRANCO, Tales. *Crime previdenciário e crise empresarial. Jornal do advogado,* fev. 1998, p. 21.

(2) CF, art. 5.º, LXVII.

receita é insuficiente para fazer frente a todas as despesas, deparam-se os responsáveis com a necessidade de preterir determinadas obrigações (como o pagamento de impostos), na tentativa de atender a outros interesses (como o pagamento de salários). É certo que dessa seríssima decisão administrativa, muitas vezes depende o futuro da empresa, bem como de seus funcionários.

Devidamente comprovada a situação infausta da empresa, injusta seria a criminalização da conduta e a punição dos responsáveis, vislumbrando-se, nessas circunstâncias, como viável, a aplicação da excludente de ilicitude do estado de necessidade, prevista no art. 24 da Lei Substantiva Penal.

É certo, entretanto, que o sopesamento dos valores a serem preservados e sacrificados é controverso,[3] pelo que, vozes dissonantes firmam-se no sentido da inaplicabilidade da excludente quando não comprovado risco para a subsistência pessoal do empregador (requisito subjetivo), posto ser impossível afirmar-se a razoabilidade do sacrifício do direito do Estado, frente ao direito do indivíduo.

Neste sentido, entende Hugo de Brito Machado que, " em uma empresa, grande ou pequena, em crise financeira, na qual o não pagamento do tributo é a única forma de permitir o pagamento de empregados e fornecedores, e assim, a única alternativa para manter a empresa funcionando e tentar a superação da crise, nem sempre se configura o estado de necessidade. Este configurado estará apenas nos casos em que o empresário, o agente, depende da empresa para sobreviver, por isto mesmo equiparáveis ao do tradicional exemplo do furto para matar a fome. Para a configuração da inexigibilidade de outra conduta, porém, basta que o pagamento do tributo não seja possível sem que daí decorra o encerramento da atividade, sem que se questione a situação pessoal do empresário".[4]

Na procura do melhor direito, e da solução mais justa, buscou-se na doutrina alemã resposta para a lacuna encontrada na legislação pátria. Assim é que apesar de omitida na lei substantiva penal, passou-se a reconhecer como verdadeira causa supralegal de exclusão da culpabilidade, a chamada inexigibilidade de conduta diversa, como explica o eminente Min. Francisco de Assis Toledo: "Como se vê no direito alemão, o princípio da ponderação de bens e deveres está presente no estado de necessidade justificante e o esgota. Como, entretanto, esse princípio, portador de um critério puramente objetivo – a diferença de valor entre os bens e deveres em conflito – não consegue fundamentar a impunibilidade do fato necessário, quando esses bens e deveres sejam de igual valor (vida contra vida, no exemplo da tábua de salvação) ou quando o bem sacrificado seja maior do que o protegido, reservou-se para essas duas situações, que traduzem verdadeiros comportamentos antijurídicos,

(3) Nosso Código adotou a chamada teoria unitária, aceitando a justificativa mesmo quando se trate de bens jurídicos de igual valor (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal.* 1989, p. 205). Boa parcela da doutrina estrangeira, porém, entende que só se pode admitir a exclusão da ilicitude quando o bem sacrificado seja de menor valor do que o bem que o agente buscou preservar (teoria diferenciadora). Assim sendo, se de igual valor, estaríamos diante de uma causa excludente de culpabilidade e não da antijuridicidade (ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal.* Buenos Aires : Losada, 1952, t. IV, p. 360; RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de derecho penal. Parte general.* Barcelona : PPU, 1994, p. 335).

DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO JR, Roberto. *Código Penal comentado.* 48. ed. São Paulo : Renovar, 1998, p. 45.

(4) MACHADO, Hugo de Brito. *Algumas questões relativas aos crimes contra a ordem tributária. RT* 751, mai. 1998, p. 466.

a possibilidade de incidência de uma excludente da culpabilidade – a do estado de necessidade exculpante – se e quando as circunstâncias do fato revelarem um quadro de inexigibilidade de outra conduta".[5]

Assim, comprovado o estado de necessidade, ou ainda, verificada a causa supralegal de exclusão da culpabilidade do estado de necessidade exculpante, calcado na inexigibilidade de outra conduta, deverá o agente ser absolvido do crime definido na letra *d*, do art. 95, da Lei 8.212/91, nos exatos termos do art. 386, inc. V, da Lei Adjetiva Penal.

4. A anistia prevista na Lei 9.639/98 – o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica ao acusado

Questão recente, polêmica, e ainda indefinida, versa sobre a anistia, concedida aos agentes políticos responsabilizados pelo crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias, e estendida, em virtude de suposto "erro de publicação", aos demais responsabilizados.

Em 26 de maio de 1998 o Diário Oficial publicou a Lei 9.639, de 25.05.1998, que dispõe sobre a amortização e parcelamento de dívidas oriundas de contribuições sociais e outras importâncias devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, altera dispositivos das Leis 8.212 e 8.213, ambas de 24.07.1991, e dá outras providências.

Entre as alterações implementadas, com reflexo no âmbito penal, o art. 11, *caput*, da referida lei, anistiou "os agentes políticos que tenham sido responsabilizados, sem que fosse atribuição legal sua, pela prática dos crimes previstos na alínea *d* do art. 95 da Lei 8.212/91, e no art. 86 da Lei 3.807, de 26.08.1960".

E, o parágrafo único, dando tratamento equânime à questão, estabeleceu: "São igualmente anistiados os demais responsabilizados pela prática dos crimes previstos na alínea *d* do art. 95 da Lei 8.212/91, e no art. 86 da Lei 3.807/60".

É certo ainda, que nos termos de seu art. 14, a Lei 9.639/98 entrou em vigor na data de sua publicação.

Ocorre que, republicada no dia posterior, "por ter saído com incorreção", suprimiu-se exatamente o par.ún. do art. 11, restringindo-se o benefício da anistia aos agentes políticos referidos no *caput*.

A anistia é causa extintiva da punibilidade, como disposto no art. 107, inc. II, primeira figura, da Lei Substantiva Penal, sendo certo que ao excluir o crime, faz desaparecer suas conseqüências penais. E, como explicam Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Jr., em seu Código Penal comentado, "tem caráter retroativo e é irrevogável". É certo ainda que "embora a anistia tenha sentido político, cabe exclusivamente ao Judiciário examinar seu alcance e fazer sua aplicação, como faria com qualquer lei penal".[6]

E, ainda: "Desde a data em que uma lei entra em vigor, até o dia em que termina a sua vigência, deve regular todos os fatos ocorridos durante o tempo em que estava vigorando. Tratando-se, porém, de norma penal, ela é submetida à regra da irretroatividade da norma mais severa, e da retroatividade e ultratividade da lei mais favorável".[7]

Indaga Damásio Evangelista de Jesus: "Após ser concedida, a anistia pode ser revogada?" Para em seguida responder: " Não, em face do que dispõe o art. 5.º,

(5) TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1982, p. 130.

(6) DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO JR, Roberto. *Código Penal comentado*. 4. ed. São Paulo : Renovar, 1998, p. 176.

(7) Idem, p. 6.

XXXVI e XL, da Constituição Federal (...)".[8]

Por outro lado, o CPP determina em seu art. 61 que: " Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício".

Na esteira deste entendimento, em São Paulo, diversos magistrados federais,[9] com fundamento no art. 61, do CPP, art. 11, par.ún., da Lei 9.639/98, e art. 107, inc. II, do CP, vêm declarando, de ofício, a extinção da punibilidade dos réus processados pelo crime previsto na alínea *d* do art. 95 da Lei 8.212/91.

Em que pese ter sido suprimido, quando da republicação da Lei, é indiscutível que o par.ún. do art. 11, teve plena validade na data de sua publicação, e por ter caráter evidentemente benéfico, deveria, de ofício, e na forma da lei substantiva penal, ter sido amplamente aplicado aos casos dessa natureza, anistiando-se todos aqueles responsabilizados pela prática dos crimes citados, com a consequente extinção da punibilidade.

A LICC, em seu art. 1.º, § 4.º, é inequívoca a este respeito: "As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova".

E, nesse sentido o entendimento de Washington de Barros Monteiro: "A lei torna-se obrigatória pela publicação oficial e segundo o que está publicado. Sucede, porém, que, muitas vezes, ela se ressente de erros e omissões. Se a lei, publicada com incorreções, ainda não entrou em vigor, só começará sua obrigatoriedade com a nova publicação; se, no entanto, ela já entrara em vigor, a correção feita é reputada lei nova, para efeito de sua obrigatoriedade".[10]

Tratando ainda do tema, aduz Maria Helena Diniz: "Assim, se a correção for feita dentro da vigência legal, a lei, apesar de errada, vigorará até a data do novo diploma legal publicado para corrigi-la, pois uma lei deverá presumir-se sempre correta".[11]

Destarte, se considerarmos que a segunda publicação tem caráter de novo diploma, estaríamos, então, em relação à primeira publicação, diante de uma verdadeira lei intermediária, o que manteria ainda aplicáveis os preceitos desta última, que, por ser benéfica, deve ser aplicada, sob pena de restar violado mandamento constitucional.

Como adverte Júlio Fabrini Mirabette: "No caso de vigência de três leis sucessivas, deve-se ressaltar que sempre será aplicada a lei mais benigna, entre elas: a posterior será retroativa quanto às anteriores e a antiga será ultrativa em relação àquelas que a sucederem. Se, entre as leis que se sucedem, surge uma intermediária mais benigna, embora não seja nem a do tempo do crime, nem daquele em que a lei vai ser aplicada, essa lei intermediária mais benévola deve ser aplicada, *ex-vi* do art. 2.º, par.ún., do CP".[12]

Ressalte-se, ainda sob este fundamento, que a anistia, atingindo a pretensão punitiva estatal, retroage em benefício do réu ainda que transitada em julgado sentença condenatória, devendo a pena

(8) JESUS, Damásio E. *Direito penal.* 19 ed. Saraiva, 1995, Vol. I, p. 604.

(9) Apenas a título ilustrativo citamos: 2.ª Vara Criminal (Processos 94.103906-2, 96.101660-0, 94.102539-8), 4.ª Vara Criminal (Processos 94.0103459-1, 95.0100709-0, 94.0104127-0), 5.ª Vara Criminal (Processos 97.106361-9, 95.102431-8, 96.104332-2), 7.ª Vara Criminal (Processos 96.0103510-9, 96.0103066-2, 96.0101588-4) e 8.ª Vara Criminal (Processos 96.102692-4, 96.104471-0, 96.103932-5).

(10) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Parte geral.* 27. ed. Saraiva, 1988, p. 25.

(11) DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil basileiro interpretada.* 2. ed. Saraiva, 1996, p. 58.

(12) MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal. Parte geral.* 3. ed. Atlas, 1987, Vol. I, p. 71.

ser declarada extinta, com fundamento no art. 742 do Código de Processo Penal.

É certo que a Procuradoria Federal da 3.ª Região, bem como alguns magistrados federais[13] já se pronunciaram contrariamente à extensão do benefício aos "demais responsabilizados", entendendo, por sua vez que, como se infere do exame das notas taquigráficas da Sessão do Congresso Nacional do dia 12.05.1998, o relator da MP 1.608-14/98, Dep. José Luiz Clerot, concluiu, na sessão conjunta, realizada no dia 05 de maio, pela apresentação do Projeto de Lei de Conversão 04/98 encaminhando, posteriormente, à mesa retificação do § 6.º do art. 7.º e supressão do par.ún., do art. 11, do Projeto de Lei de Conversão. O Projeto de Lei de Conversão 04/98, foi portanto votado e aprovado pelo Congresso Nacional sem o par.ún. do art. 11. Dessa forma, ausente o pressuposto material para sua existência, qual seja, a votação e aprovação pelo Congresso Nacional, não tem o condão de anistiar, constituindo "um nada jurídico", e em conseqüência uma "lei inexistente".

É preciso ressaltar entretanto, que a Lei 9.639/98, com o par.ún. do art. 11, foi efetivamente sancionada pelo Presidente da República, após minucioso exame por parte do Ministério da Justiça (ao menos presume-se que as leis sejam lidas antes de sancionadas), e regularmente publicada no Diário Oficial da República Federativa do Brasil, através da Imprensa Oficial, pelo que, considerar a publicação do dia 26.05.1998, um "nada jurídico", é no mínimo uma temeridade.

Estando a população, os magistrados e os demais operadores do direito alheio ao dia a dia do Poder Legislativo, assim como das demais obscuridades que cercam o processo de elaboração de leis nos meandros do Congresso Nacional, é exatamente a sanção presidencial, bem como a publicação oficial que conferem caráter de legitimidade e obrigatoriedade de submissão às leis brasileiras.

Ignorar-se simplesmente a primeira publicação da Lei 9.639/98 é passar a exigir do magistrado que aguarde, sempre, após a publicação oficial de uma lei, a confirmação posterior do Poder Legislativo para aplicá-la, ou ainda, como no caso, que examine pessoalmente as notas taquigráficas das sessões legislativas no intuito de melhor interpretar a intenção e o desejo do deputado relator.

Por derradeiro, faz-se necessário asseverar que, na hipótese de negar-se vigência ao parágrafo único suprimido, a manutenção do *caput,* do art. 11, da Lei 9.639/98, geraria situação inadmissível em um Estado Democrático de Direito, ao conceder tratamento privilegiado a agentes públicos, em detrimento de particulares.

É relevante lembrar que a dispensa de tratamento desigual (e quase imoral) entre sujeitos públicos e privados, conflita com o próprio instituto da anistia, que, por sua natureza, deve ter incidência genérica e diretamente ligada ao fato, pelo que conclui Damásio Evangelista de Jesus: "A anistia tem caráter de generalidade, abrangendo fatos e não pessoas (...)".[14]

É bem verdade que a doutrina brasileira admite a anistia parcial, mas esta se dá, inversamente ao caso presente. Segundo Tourinho Filho, "a anistia pode ser geral ou parcial. A regra é que a lei anistiante se estende a todos os implicados. Diz-se, então, que a anistia é geral. Nada impede, entretanto, que algumas pessoas possam ser excluídas. Haverá, porém, necessidade de essa exclusão ser expressa. A lei que conceder a anistia deve salientar a exclusão, pois, no seu silêncio, tornar-se-á extensiva a todos aqueles que participaram do crime".[15]

(13) 3.ª Vara Criminal (Processo 95.0101672-2) e 6.ª Vara Criminal (Processo 95.0102592-6).

(14) JESUS, Damásio E. *Direito penal.* 19. ed. Saraiva, 1995, Vol. I, p. 604.

(15) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal.* 3. ed. Saraiva, 1989, Vol. I, p. 485.

O raciocínio *in casu* é inverso, a anistia concedida no *caput* do art. 11 não é restritiva, é direcionada. O texto da lei não excluiu expressamente do benefício os demais responsabilizados pelo crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias, ao contrário, limitou-se a privilegiar ostensivamente pessoas certas e determinadas, desvirtuando o espírito da norma inserta no inc. II, do art. 107, da Lei Substantiva Penal, ferindo os princípios constitucionais da isonomia e da moralidade pública.

Bibliografia

CASTELO BRANCO, Tales. *Crime previdenciário e crise empresarial.* Jornal do Advogado, fev. 1998.

DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO JR, Roberto. *Código Penal comentado.* 4. ed. São Paulo : Renovar, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada.* 2. ed. Saraiva, 1996.

JESUS, Damásio E. *Direito penal.* 19. ed. Saraiva, 1995, Vol. I.

MACHADO, Hugo de Brito. *Algumas questões relativas aos crimes contra a ordem tributária. RT* 751, maio 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal. Parte geral.* 3. ed. Atlas, 1987, Vol. I.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Parte geral.* 27. ed. Saraiva, 1988.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* São Paulo : Saraiva, 1982.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal.* 3. ed. Saraiva, 1989, Vol. I.

4. INFÂNCIA E JUVENTUDE

4.1

ESBOÇO DE UM ROTEIRO PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

FLAVIO AMERICO FRASSETO[1]

"Em muitos casos a imposição das medidas continua embasada nos princípios enviesados da 'Doutrina da Situação Irregular'. Promotores, advogados, técnicos e juízes persistem no viés da 'tutela', da 'proteção', do 'melhor interesse', sem atentar para as novidades das garantias constitucionais e processuais. São ignorados os princípios da legalidade, da proporcionalidade, da individualização da medida, bem como a desmistificação do 'sistema protetivo'." (Antonio Fernando do Amaral e Silva. *Des. Tribunal de Justiça de Santa Catarina*)

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento: 2.1 Uma releitura da infração; 2.2 A contínua mudança e a importância especial da liberdade; 2.3 Conseqüências práticas derivadas da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento – 3. A natureza da medida socioeducativa – 4. O sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente e o sistema de Código Penal: 4.1 Semelhanças; 4.2 Diferenças: 4.2.1 Sistema do CP e o predomínio do fato; 4.2.2 O sistema do ECA e prioridade à pessoa – 5. O sistema de aplicação da medida socioeducativa: 5.1 Primeira etapa – exame de procedência: 5.1.1 Fatores implicados na qualificação da conduta como crime; 5.1.2 Fatores implicados na demonstração da autoria e materialidade do crime: 5.2 Segunda etapa – cominação, em concreto, das medidas disponíveis à aplicação: 5.2.1 Os parâmetros ditados pelo ECA; 5.2.2 Os parâmetros ditados pelo Código Penal; 5.2.3 Os parâmetros do ECA interpretados sob a ótica do Código Penal: 5.3 Terceira etapa – a individualização da medida para o caso concreto: 5.3.1 Primeiro princípio – a prevalência das questões subjetivas sobre as objetivas; 5.3.2 O princípio da excepcionalidade da medida de internação: 5.4 Exemplos de pontos a serem verificados na etapa de individualização da medida à luz de seus princípios informadores – 6. Conclusão.

Resumo: A aplicação das medidas socioeducativas é tarefa complexa e pouco sistematizada na lei e na doutrina. A definição de seus passos supõe prévia reflexão sobre a condição peculiar da pessoa adolescente e sobre a natureza jurídica das medidas socioeducativas, com seus pontos de aproximação e diferenciação em relação às penas. Igualmente necessário, também, o aprofundamento do conteúdo e abrangência do princípio da excepcionalidade da medida de internação. Este texto pretende, a partir daí, reunindo e enfrentando temas polêmicos hoje dispersamente debatidos no cotidiano forense, apresentar um esboço de roteiro para guiar o operador do direito na definição do regime socioeducativo mais adequado ao adolescente infrator.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente; Adolescente infrator; Ato infracional;

(1) Em colaboração com os Procuradores do Estado em exercício junto ao Fórum das Varas Especiais da Infância e Juventude de São Paulo.

Medida socioeducativa; Internação; Princípio da excepcionalidade.

1. Introdução

A ausência de regramento legal mais específico – associada à escassez de estudos teóricos exaustivos – que defina com clareza o espaço de incidência da medida socioeducativa de internação (art. 121 e 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), tem conduzido às mais discrepantes soluções na prática cotidiana da aplicação da norma ao caso concreto. Dirigida por parâmetros legais de acepção larga e conteúdo técnico pouco definido na doutrina, a imposição de medidas tem variado ao sabor da convicção pessoal de cada magistrado, sua peculiar leitura da lei e compreensão do tema, favorecendo a incômoda convivência de prestações jurisdicionais completamente distintas em face de situações de fato essencialmente assemelhadas.

A falta de critérios mais uniformes na aplicação das medidas, prejudica também o planejamento metódico da sua execução pelos órgãos responsáveis, implicando variações significativas na demanda de atendimento por conta do particular entendimento de cada magistrado incumbido de julgar os casos desta natureza. O resultado são unidades superlotadas[2] ou, em contrapartida, subaproveitadas, gerando, de um lado, prejuízo na atenção dispensada ao adolescente ou, de outro, desperdício de escassos recursos públicos com capacidade ociosa.

De todo desejável, portanto, uma reflexão sistemática para fixar balizas ao redor do subjetivismo que dirige a aplicação da medida. Somente a partir deste esforço será viável alcançar algum consenso intersubjetivo, iluminando com um pouco de objetividade e cientificidade o terreno obscuro da intuição e do senso comum no qual se assentam hoje em dia significativa parcela das sentenças nesta área.

Propõe-se, assim, que o procedimento de aplicação da medida siga mentalmente um caminho lógico determinado, no qual em cada etapa o magistrado verifique a presença de certos pressupostos à luz da disciplina jurídica adequada, chegando, afinal, na decisão mais justa e mais sintonizada com o espírito da lei.

Na construção desta proposta, como de resto em toda operação jurídica na área da infância e juventude, o olhar multidisciplinar mostra-se indispensável.

2. A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento

O direito da infância e juventude define-se como ramo específico não pela característica comum das relações jurídicas tratadas, mas por conta da condição do sujeito nelas envolvidos. Assentando-se, pois, na especialidade da pessoa a justificativa para a existência de um regramento diferenciado, qualquer reflexão acerca deste sistema de normas supõe, como tarefa preliminar, compreensão sobre os traços peculiares deste sujeito.

Que é ser criança e ser adolescente? No que eles se diferem de mim, adulto que opero com as normas que lhes dizem respeito? A resposta a tais questões é pano de fundo que norteia – consciente-

(2) Dados da assessoria de planejamento da Febem/SP dão conta de que o número de jovens inseridos em medida de internação cresceu de 2.148 em agosto de 1996 para 3.799 em ago. 1998, significando um aumento de 77% sem que se verificasse qualquer mudança tão drástica na quantidade de casos julgados, no perfil do jovem infrator e na natureza da infração. Ou seja, tamanha alteração do quadro, os dados revelam, são creditáveis sobretudo ao avanço da elegibilidade da internação sobre casos anteriormente contemplados com medidas em meio aberto (sobretudo para adolescentes autores de roubo – 55% do total – e primários).

mente ou não – a leitura que o profissional do direito faz dos fatos e da lei que os regula. Indispensável, assim, firmar um olhar científico acerca da criança e do adolescente, que ultrapasse o terreno vago e discricionário da opinião pessoal, para que subsista consistência e coerência no trabalho de operação com a lei.

Assim, até porque se trata da noção estruturante do sistema legal especial, a consideração da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento é princípio que rege toda a interpretação do ECA (CF, art. 227, § 3.º, V, e ECA, art. 6.º) e, especificamente, a aplicação das medidas socioeducativas (art. 121 do ECA).

Considerar o adolescente como *pessoa em desenvolvimento* remete à idéia de que não se trata de ser humano completo. Seu comportamento, assim, traz inevitavelmente a marca da pessoa em formação, um fato inexorável da natureza, revestido da significação que lhe dá a cultura.

2.1 Uma releitura da infração

Eventual infração praticada por adolescente, assim, insere-se neste seu contexto pessoal de criatura em desenvolvimento, contexto que fornece ao ato ilícito indicador necessário de compreensão. Identificada a autoria de um delito, este delito, no mundo vivido, não subsiste separadamente de seu autor. A característica pessoal do infrator interfere necessariamente na representação social elaborada sobre o crime, sua dimensão e sua gravidade. Ação e agente fundem-se num amálgama indissociável, de modo a tornar reducionista qualquer leitura do fenômeno sob a ótica exclusiva ou prioritária da tipicidade ou do bem jurídico atingido.

Partindo-se, pois, da constatação de que são realidades sociais distintas as condutas criminosas praticadas por adolescentes e por adultos foi que se decidiu erigir sistemas legais diferenciados de responsabilização para cada classe de pessoas. Embora, como se mostrará abaixo, ambos os sistemas tenham muito de comum, a constatação de que o ato praticado por adolescente insere-se num contexto subjetivo peculiar, faz com que a resposta estatal que lhe é dirigida se defina mais pelas condições pessoais do agente do que pelos contornos objetivos da infração.[3]

E, de fato, crime cometido na adolescência é substancialmente distinto de crime cometido na maturidade.

A adolescência demarca uma etapa da vida de início e término variável na qual se opera a transição da infância para o mundo adulto. Transformações biológicas e psicológicas velozes dão-se em meio a intensas demandas de ajustamento às expectativas sociais mais diversas, gerando inevitável tensão. A produção hormonal conduz ao crescimento acelerado do corpo e à maturação sexual, com notáveis repercussões psicológicas, inclusive na própria sensação de auto-consistência. Todas estas mudanças – e o mundo em geral – passam a ser percebidas de maneira distinta, dada a emergência do pensamento formal abstrato. A sexualidade, na fase genital, com redefinição de objetos do desejo, é fator de angústia e culpa. E é com esta configuração pessoal e por causa dela que o jovem tem de dar conta de uma série de exigências sociais como a integração grupal, o ajustamento heterossexual e a escolha profissional, imergindo no que se costuma chamar de *crise de identidade*.

De outro lado, a adolescência é marcada por um natural questionamento da autori-

(3) Não custa lembrar a lição de Wilson Barreira: "Quando se vê diante de um adolescente infrator, o juiz não pergunta que crime ele cometeu, mas antes 'quem é este menor'?". (*Apud* CHAVES, Antônio, in *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo : LTr, 1994, p. 474).

dade parental. Na infância, o indivíduo desenvolve-se tendo como referência de identificação os pais, dos quais depende integralmente. Todavia, o processo de construção de sua própria identidade vai implicar enfraquecimento e ruptura desta dependência estrita, com a focalização dos interesses cada vez mais para fora da família, num fenômeno que os psicanalistas chamam de polarização.[4] Daí derivarão, quase inevitavelmente, experiências de conflitos com os pais, a atitude generalizada de contestação, tendência grupal e, possivelmente, o uso de drogas.

Dificuldades parentais no controle dos filhos e relações de antagonismo entre jovem e responsável, deste modo, são acontecimentos naturais nesta fase. Cada família tem seu modo peculiar de enfrentar o problema.

De outro lado, a atitude generalista de rebeldia, o hábito de questionar a ordem vigente, de sintonizar-se com estilos de vida alternativos, também não sugere qualquer "desvio" por parte do jovem. Diz Luis Carlos Osório que "sem rebeldia e sem contestação não há adolescência normal. Em todas as épocas e em todas as atitudes o adolescente sempre foi um contestador, um buscador de novas identidades, testando diferentes formas de relacionar-se e ensaiando novas posturas éticas. É preciso que se lembre que as grandes conquistas do espírito humano foram geralmente produto desta fase tão conturbada quanto criativa".[5]

A influenciabilidade pelo grupo também revela-se traço comum a todo adolescente. A dependência dos pais vai ser canalizada para seu grupo de pares, como etapa de transição para a individualidade madura. Neste contexto, dependente do grupo, o jovem amiúde não tem liberdade e independência para opor-se a ações coletivas que nem sempre aprova intimamente. Acaba consentindo para não perder a aprovação alheia, algo que naquele momento mostra-se como condição de sobrevivência psíquica e afirmação no mundo.

A tendência à rebeldia, a necessidade de refúgio contra as tensões vividas, a influenciabilidade grupal e a submissão à moda, o gosto pela transgressão, a curiosidade por novas experiências, entre outras infinitas causas tornam também o adolescente susceptível ao uso de drogas. Apenas uma pequena porcentagem dos que experimentam desenvolvem hábitos de dependência. O contato com drogas lícitas ou ilícitas é dado que pouco informa sobre o jovem, importando mais o padrão em que se processa o consumo.

Bem se vê que os acontecimentos da adolescência desenham um quadro propício à emergência de comportamentos transgressores. Osório, psicanalista renomado, explica melhor: "Entendemos a conduta impulsiva típica do adolescente como vinculada intrinsecamente às vicissitudes de sua crise de identidade. Como sabemos, o processo puberal provoca uma situação de caos intrapsíquico, transitório e reversível, mas que marca indelevelmente o comportamento do indivíduo nesta fase do desenvolvimento. De um lado o pressionam as pulsões instintivas exacerbadas e, de outro lado, as exigências familiares quanto a um novo e desconhecido posicionamento social, sem que ele conte ainda com um equipamento cognoscitivo e um patrimônio afetivo capaz de ajudá-lo a absorver efetivamente essa dupla tempestade endo e exopsíquica que o atormenta. O adolescente, então atua. E, atuando, delinqüe".[6]

A prática de atos ilícitos é tão comum na adolescência que muitos estudiosos inscrevem na sintomatologia normal da adolescência uma "atitude social reivindi-

(4) BECKER, Daniel. *O que é adolescência.* São Paulo : Brasiliense, 1986, p. 38.

(5) In *Adolescente hoje.* Porto Alegre : Artes Médicas, 1992, p. 56.

(6) Op. cit., p. 47.

catória, com tendências anti ou associais de diversa intensidade".[7] De fato, como ensinam Wicks Nelson e Israel, "os estudos baseados em declarações prestadas pelos próprios jovens mostram que de até 80 a 90 por cento de crianças e adolescentes informam terem se implicado em atividades delitivas antes de alcançar os 18 anos de idade".[8]

Sendo, de fato, algo explicável num contexto de desenvolvimento pessoal, o ato delituoso praticado por adolescente deve ser visto obrigatoriamente com outros olhos. A verdade é uma só: um ato criminoso praticado por um adolescente, dada sua grande incidência nesta etapa da vida, traz pouco ou nenhum valor patognomônico. Veja-se: "uma ou outra violação faz parte universal da vida humana, conforme nossas experiências diárias tantas vezes têm comprovado" (...) "Uma transgressão, portanto, não faz, necessariamente um delinqüente. Há indicações de que, para muitos jovens, o período de desvio é temporário e não justifica presságios pessimistas sobre o futuro ajustamento dos mesmos".[9]

"Os profissionais não costumam levar em consideração tal comportamento (delitivo) como indicação de dificuldades psicológicas e sociais persistentes, sendo provavelmente consideradas como dentro de um tipo normal de experiências adolescentes. O comportamento delitivo que causa preocupação é o persistente e o crônico. Com efeito, têm-se visto que aproximadamente a metade dos delinqüentes, oficialmente considerados como tais, infringem uma vez somente a lei".[10]

Tem-se claro, portanto, que uma parcela significativa de transgressões praticadas por jovens é decorrente de sua própria idade e creditável a motivos estreitamente vinculados com a fase da vida que atravessam. Sumamente equivocado, como se faz no dia a dia forense, supor, da prática de um único ato infracional, um sintoma de "fraqueza moral" ou de "falta de limites" por parte do adolescente. Tirar de um único episódio ilícito a existência de "índole infracional latente" ou de fracasso familiar na educação, assim como outras conclusões definitivas é, no mínimo, precipitado.

Olhar para o adolescente reconhecendo sua diferença implica, portanto, redimensionar o significado de seus atos, entendendo melhor a realidade para nela intervir eficazmente. Compreender a adolescência, acontecimento inscrito na história pessoal de cada um é também um convite para um auto-exame. A releitura da própria experiência passada é o único meio de evitar as projeções e fantasias pessoais que o adolescente mobiliza no adulto.[11] E inibir estes processos, tratando o outro como ele mesmo, é precondição para um bom exercício profissional na tarefa de distribuição da Justiça.

2.2 A contínua mudança e a importância especial da liberdade

Além de impor mudança no enfoque sobre a conduta infracional, considerar o adolescente como pessoa em desenvolvimento tem mais duas outras conseqüências que interessa mencionar.

(7) Aberastury e Knobel, in *Adolescência normal.* Porto Alegre : Artes Médicas, 1992, p. 29.

(8) *Psicopatologia del niño y del adolescente.* Madri : Prentice Hall, 1997, p. 196.

(9) PFROMM NETTO, Samuel, in *Psicologia da adolescência.* São Paulo : Pioneira, 1971, p. 293-304.

(10) WICKS, Nelson e Israel. Op. cit, p. 196.

(11) Aberastury e Knobel lembram que "o mundo dos adultos, como os pais, não aceita as flutuações imprevistas do adolescente sem comover-se, já que reedita nos adultos ansiedades básicas que tinham sido controladas até certo ponto". Mais adiante, concluem: "o adolescente apresenta uma vulnerabilidade especial para assimilar os impactos projetivos de pais, irmãos amigos e de toda a sociedade" (op. cit., p. 10-11).

Primeiro, mais se pode esquecer que ele está em meio a um processo de contínua transformação. Como define rumos, assenta valores, constrói sua identidade e sua autonomia, tudo nele é de certo modo provisório e sujeito a modificações. Acontecimentos significativos, perdas, experiências traumáticas podem definir, de uma hora para outra, mudanças profundas no modo de ver o mundo e lidar com ele. Novos recursos cognitivos permitem que, da reflexão, se rearticulem padrões de comportamento. Em suma, o operador do direito deve trabalhar com a idéia de que o jovem, pessoa em transformação, é capaz de modificar-se. Modifica-se, em verdade, sempre, porque sua natureza é dinâmica. Encontra-se em contínuo aprendizado do mundo e da vida. E o tempo da mudança é psicológico, individual, incapaz de ser padronizado ou previsto em termos cronológicos.

Depois, sendo pessoa em formação, através dos vínculos de identificação que forma com pessoas significativas é que o jovem vai construindo sua identidade. No convívio com os demais, na vivência das relações, no treinamento de sociabilidade que o dia a dia impõe é que vão se dando as experiências de vida que, acumuladas, vão delineando o ajustamento a ser alcançado na maturidade. O núcleo familiar, não obstante os conflitos, ainda é o ponto de apoio consistente onde se gerenciarão os momentos de crise e onde se vai buscar acolhida a demandas infantis reeditadas por mecanismos de regressão. Deste modo, privar o adolescente do convívio social e familiar é subtrair-lhe as condições necessárias a um sadio desenvolvimento. Os danos serão certos e irreversíveis. De outro lado, recolhendo-se o jovem em instituições que agregam infratores, sua demanda de aprovação no grupo e a tendência a identificar-se com as lideranças, propiciará, com alto risco, a construção de uma identidade marginal. Daí porque, entre outros motivos, a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento informa e explica os princípios da excepcionalidade e brevidade da medida de internação.

2.3 Conseqüências práticas derivadas da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento

I – Cientes de que a prática infracional no mais das vezes é conseqüência do processo de desenvolvimento, os operadores do direito devem dirigir aos jovens infratores um olhar mais compreensivo, acautelando-se contra um viés moralizante.

II – Sendo a maioria das infrações, em geral, acontecimento isolado, ou no máximo referido a uma fase transitória da vida do adolescente, deve-se presumir que os jovens primários, sempre, têm menos chance de reincidir do que o contrário.

III – Sem rapidez não se aplica nem se executa medida socioeducativa. O correr do tempo – face à contínua transformação experimentada pelo adolescente – altera a realidade subjetiva e objetiva presente no dia do ato infracional, tornando inadequada a aplicação de medida, hoje, por conta daquele ato naquela situação pretérita.[12]

IV – Cuidando de adolescente, ação grupal pouco revela sobre sua pessoa. No caso de infração de autoria coletiva, sua leitura através da regra penal do concurso de agentes (que pressupõe independência e liberdade plena de decisão) revela-se instrumento totalmente inadequado de delimitação da culpa.[13]

(12) Ver, a propósito, n. 4.2 *infra*.

(13) "Se existe no grupo um membro anti-social, ou dois, ou três, dispostos a levar a cabo o ato anti-social que produz reação social, ele outorga unidade a todos os demais, os faz sentirem-se reais, logrando, temporariamente, estruturar o grupo. Cada um dos membros será leal e oferecerá seu apoio ao que atue em nome do grupo, se bem que tomados isoladamente nenhum deles teria aprovado o ato cometido pelo membro anti-

3. A natureza da medida socioeducativa

Vencida a reflexão preliminar sobre a especial condição do adolescente, é momento de investigar a natureza da resposta estatal lançada quando ele transgride a lei penal. Esta investigação passa, necessariamente, pelo questionamento da finalidade, latente e manifesta, da medida socioeducativa, quais os fundamentos que legitimam sua imposição e qual formato que ela assume a fim de cumprir seus objetivos.

A leitura usual que se faz é a de que o adolescente infrator não recebe punição. Ele, segundo dispositivo constitucional (art. 228) e legal (art. 27 do CP e 104 do ECA) é penalmente inimputável, estando excluído do âmbito de incidência do direito criminal, exceto enquanto vítima. Segundo a tradição moral clássica, refinada pela doutrina penal, a responsabilização pela violação de uma norma pressupõe, no violador, um substrato biopsíquico razoavelmente desenvolvido que lhe dê maturidade espiritual suficiente para compreender a ilicitude de seu ato e inibi-lo. Tratando-se o adolescente de pessoa ainda não amadurecida, não pode ser, assim, objeto de sanção. Destituída de qualquer caráter punitivo pelo próprio ordenamento jurídico, a medida socioeducativa assumiria, então, natureza *tutelar*, de proteção do jovem, fixada em favor de sua educação e socialização.[14]

Tal entendimento, malgrado sua disseminação maciça pela doutrina, jurisprudência e senso comum, não parece ser o mais adequado. Ainda porque induz a conclusões equivocadas, que laboram em desprestígio da própria sistemática do Estatuto, cuja defesa é o objetivo deste texto. Uma delas – de que se valem as propostas de rebaixamento da maioridade penal – é a de que o adolescente, excluído da punição, não se vê intimidado, pela ordem jurídica, a não transgredir ou reincidir. Outra conclusão equivocada é que, tendo somente um escopo educativo, a medida de internação, ou mesmo qualquer outra medida socioeducativa, pode ser aplicada não apenas quando possível, mas sempre que necessária, porquanto a bem do "menor" e no seu exclusivo interesse.[15]

social" (SOUZA CAMPOS, Dinah Martins de. *Psicologia da adolescência.* 15. ed. Petrópolis : Vozes, 1996, p. 113).

(14) Esta é a orientação predominante em nossos Tribunais. Há infinitos julgados que a reafirmam. Apenas para ilustrar, confira-se: "Mas, mesmo a imposição de internação, no caso, não deve levar à equivocada ilação de que, neste caso, há punição, porque a diferença entre estas medidas, previstas em ambos os diplomas, como bem acentua o venerando aresto citado, decorre do disposto no art. 228 da Constituição da República, que enfaticamente prescreve que 'são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial'. Assim, mesmo quando determinada a internação, ao contrário do alegado, o fim visado não é punir, mas por meio da medida mais rigorosa porque as demais não são adequadas ou se mostraram ineficazes – reeducar e ensinar o adolescente a interagir com observância dos princípios e regras considerados imprescindíveis à vida em sociedade" (in *JTJ-Lex* 197-211).

(15) De fato, impressiona a distorção que ideologia tutelar ainda provoca em ilustres aplicadores do ECA, gerando decisões que repristinam a famigerada doutrina da situação irregular. Confira-se: "A adolescente está em lugar incerto e consta que não possui amparo familiar; vive abandonada nas ruas pedindo esmolas e praticando pequenas infrações. Por estas razões nem se cogita em permitir que permaneça nas ruas *simplesmente porque a lei não prevê expressamente a hipótese*, pois a condição da menor é incompatível com tal solução" (AgIn 40.475.0/0. Rel. Silva Leme – grifo nosso). Mais esta: "a aplicação da internação não teve como escopo piorar a situação do menor. Buscou-se apenas uma melhor maneira de proteger o adolescente que se encontra em manifesto estado de desorientação"(AgIn 35.086.0/2 – TJSP).

Em verdade, não nos parece apropriada a divisão conceitual entre respostas estatais *punitivas* de um lado e *educativas,* de outro, quando se depara com a violação da norma penal. A função da pena não é retributiva, reparatória ou expiatória. Não é compensar o mal. Ela não é castigo nem vingança. Se é expressão do poder estatal, não pode ter por fundamento um estado passional, o desejo de impor sofrimento àquele que faz sofrer. Desde o Iluminismo, não se concebe regule o Estado suas ações senão pela racionalidade. Se cabe ao aparato oficial aplicar e executar a pena, ela deve ter uma razão prática e útil. A pena, pois, assume precipuamente um *papel de defesa social* fundado na idéia de que "a sociedade somente é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social (teoria ressocializadora)". Infere-se, portanto, que a função da pena é reintegrar o condenado à sociedade, vale dizer, ressocializá-lo.[16] A fim de alcançar tal objetivo é necessário educá-lo ou reeducá-lo.[17] Como se trata de um programa reeducativo coercitivo, não deixa de ser aflitivo (impõe-se ainda que contra a vontade do apenado), atraindo a pena, assim, também um efeito de prevenção geral: a sanção é gravosa, e por assim ser, desestimula a transgressão.

De outro lado, não é porque a violação de norma penal foi praticada por adolescente que o organismo social pode prescindir de coibi-la. A necessidade de segurança é vital, de forma que a prática de ato equiparado a crime faz nascer uma pretensão estatal de defesa social. A medida socioeducativa, enquanto resposta imediata à ação ilícita, vai cumprir este papel, impondo-se coercitivamente ao transgressor como instrumento para sua socialização ajustada. A inimputabilidade do adolescente simplesmente o exclui da resposta prevista no Código Penal, mas não o torna isento de qualquer responsabilidade, a qual se definirá segundo os critérios da lei especial, o ECA. Impondo-se coercitivamente ao cidadão, enquanto expressão do poder estatal – interferindo em sua esfera de liberdade individual – a medida socioeducativa também terá um impacto aflitivo que funcionará na prevenção geral.

Posta nestes termos a questão, exsurge como falsa a dicotomia entre pena e medida socioeducativa. Ambas objetivam a defesa da sociedade através da educação e da ressocialização do infrator. Ambas constituem respostas legais e oficiais a um comportamento individual indesejado, tipificado como crime. Ambas visam a refrear a reincidência, submetendo o transgressor a um programa coercitivo de aprendizado,[18] o qual funciona como resposta punitiva, no sentido behaviorista do termo.[19] Ambas atuam, assim, na preven-

(16) MIRABETE, Julio Fabbrini. In: *Execução penal.* 2. ed. São Paulo : Atlas, 1987, p. 39. O autor traça um panorama das teorias acerca da finalidade da pena, referindo-se, no trecho transcrito, à teoria do neodefensismo social de Fillippo Grammatica, Adolfo Prins e Marc Ancel. O art. 1.º da Lei de Execução Penal fixa como objetivo da pena "proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".

(17) É claro que o Estado tem um limite para intervir na educação e reeducação do infrator. A educação não se impõe (em desrespeito à autonomia individual), se propõe.

(18) Atente-se que coercitivo é o *programa* e não a *aprendizagem.*

(19) Punição e educação não são conceitos que se excluem. Afora o significado jurídico, o termo *punição* tem um sentido técnico preciso em psicologia comportamental. Trata-se de um "processo de aprendizagem no qual um operante específico é acompanhado por uma conseqüência que reduz sua freqüência em situações semelhantes. A conseqüência enfraquecedora é também conhecida como punição" (DAVIDOFF, Linda. *Introdução à psicologia.* São Paulo : McGraw-Hill, 1983, p. 189). A punição pode ser positiva ou negativa conforme apresente evento aversivo ou suprima (ou

ção geral, desestimulando as condutas que eliciam tais respostas punitivas do Estado.

Neste passo, viável afirmar-se que a pena é socioeducativa e que a medida socioeducativa é punitiva. Seus objetivos são os mesmos: defender a sociedade das condutas criminosas através da prevenção geral e da educação e ressocialização do infrator.

Tal entendimento vem partilhado por alguns dos mais eminentes comentadores do ECA. O eminente Desembargador Antonio Fernando do Amaral e Silva, julgando a Apelação Criminal 97.009 613-5 do TJSC consignou que: "O art. 228 da Constituição, ao conferir *inimputabilidade penal* até os 18 anos, ressalvou sujeição *às normas da legislação especial.* Essas, por sua vez, estabeleceram, como dito, a chamada responsabilidade penal juvenil. (...) Aos adolescentes (12 a 18 anos) não se pode imputar (*atribuir*) responsabilidade frente à legislação penal comum. Todavia, podendo-se lhes atribuir responsabilidade com base nas normas do Estatuto próprio, respondem se submetendo a medidas socioeducativas de inescondível caráter penal especial". (...) "Embora inimputáveis frente ao Direito Penal Comum, os apelantes são imputáveis diante das normas da lei especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente e, por isso, respondem *penalmente,* face o nítido caráter retributivo e socioeducativo das respectivas medidas, o que se apresenta altamente pedagógico sob o ângulo dos direitos humanos de vítimas e vitimizadores. Além disso, de boa política criminal, em que respostas justas e adequadas servem como elemento indispensável a prevenção e repressão da delinqüência juvenil".

Antonio Carlos Gomes da Costa, eminente estudioso do ECA, diz textualmente que: "O Estatuto *responsabiliza penalmente* o adolescente autor de ato infracional. Pelo novo direito, o adolescente (pessoa entre 12 e 18 anos) a quem se impute a autoria de ato infracional deve ser processado e, se considerado responsável, ser-lhe-á aplicada a medida socioeducativa que melhor corresponda à natureza e gravidade do ato praticado (...). A natureza das medidas aplicáveis aos adolescentes responsabilizados penalmente pela autoria de ato infracional, desmente, fragorosamente, qualquer acusação de benevolência e paternalismo. Ao contrário, trata-se de uma pedagogia baseada – antes de mais nada – na severidade e na justiça. (Texto vencedor do Grande Prêmio Ayrton Senna de Jornalismo, cuja íntegra se encontra no website http://www.ias.com.br/htmls).

Confira-se a opinião de Paulo Afonso Garrido de Paula: "A questão da irresponsabilidade penal tem sido (algumas vezes por má-fé de certas autoridades) confundida com irresponsabilidade do adolescente diante de atos infracionais. Tanto crianças quanto adolescentes são responsáveis do ponto de vista legal e respondem por seus atos infracionais nos termos do ECA a saber: – Para crianças, pelas medidas do art. 101 do ECA. – Para adolescentes, pelas medidas do art. 112 do ECA. Impunidade é diferente de inimputabilidade. Irresponsabilidade penal não significa inimputabilidade. As pessoas têm direito à segurança pessoal e a justiça deve encontrar respostas para a questão da punição ao adolescente infra-

adie) evento reforçador *imediatamente* após o comportamento operante indesejado. Embora na técnica behaviorista os estudos demonstrem grande eficácia da punição como modeladora do comportamento, prossegue Davidoff, "os psicólogos relutam em advogar o uso de punidores por causa de seus efeitos colaterais devastadores. Geralmente, os cientistas do comportamento insistem com os professores de crianças (inclusive os pais) para que tentem outros modos de eliminar maus hábitos e estabelecer bons" (p. 192). A punição, pois, é um instrumento – embora pouco recomendável – para a educação.

tor. (...) O ato infracional traz em si o que se denomina em criminologia de desvalor social (por colocar em risco pessoas e comunidade). (...) Assim como surge para o Estado com relação ao crime do adulto a pretensão punitiva, surge quanto ao ato infracional do adolescente duas pretensões: pretensão educativa e pretensão de defesa social." (Relatório Seminário Estadual – Política de Atendimento ao Adolescente Infrator – CEDCA/MG in http://www.rebidia.org.-br/frdirei.html).

Por fim, ouça-se a lição da maior autoridade latino-americana sobre o assunto, Emilio Garcia Mendez: "Os instrumentos que conformam a doutrina da proteção integral, e particularmente a Convenção Internacional, possuem todos aqueles elementos (de política jurídica) necessários para construir um sistema de *responsabilidade penal juvenil* (SRPJ), que permita superar os gravíssimos erros e limitações que pressupõem as visões retribucionistas hipócritas e o paternalismo ingênuo (...). Os menores de 18 anos (e maiores de 12) são inimputáveis penalmente, sendo, no entanto, *penalmente responsáveis*" (Adolescentes em conflito com a lei penal. Segurança Cidadã e Direitos Fundamentais, in *O ato infracional e as medidas socioeducativas,* publicação do Conanda sobre Assembléia realizada em Brasília em 2 e 3 de setembro de 1996).[20]

O ECA, pois, na opinião de seus redatores, de fato consagra um sistema de responsabilização penal do adolescente. Todavia, embora de fato se aproximem o sistema do ECA e o sistema do CP, ambos guardam características peculiares que os distinguem essencialmente. Fala-se hoje em um Direito Infracional como possível ramo autônomo, cujo objeto seria a chamada responsabilidade infracional ou responsabilidade penal juvenil.

4. O sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente e o sistema do Código Penal

4.1 Semelhanças

Partilhando o CP e o ECA (a parte atinente a ato infracional) o mesmo objetivo de garantir a paz social através da educação do infrator, impondo-lhe *coercitivamente* um programa de ressocialização, define-se que a medida socioeducativa é primordialmente um ato de ingerência estatal na esfera de autonomia do indivíduo. É a vontade estatal que se sobrepõe à vontade do cidadão, tolhendo-lhe o pleno exercício de seus direitos fundamentais naturais, obrigando-o a submeter-se a um determinado regime sem se importar com a sua anuência.

Mantendo a medida socioeducativa este caráter imperativo, uma indiscutível expressão de poder Estatal justificada precipuamente pelo interesse de defesa social, sua aplicação pressupõe seja protegido o cidadão contra abusos. Historicamente, os ideais do Iluminismo, as primeiras Declarações de Direitos e a própria noção de Estado de Direito surgiram como reação do indivíduo ao poder ilimitado do soberano ingerir em sua vida por conta de interesses supostamente mais relevantes. Assim, a história do Direito Penal é um pouco a história dos mecanismos jurídicos construídos para controlar este poder punitivo estatal. Daí porque o "Direito Infracional" incorpora em si toda a *técnica de proteção do cidadão* construída pela ciência penal ao longo de sua história e positivada nas lei penais e processuais penais em vigor.

(20) Ainda no mesmo sentido COSTA SARAIVA, João Batista. A idade e as razões: não ao rebaixamento da imputabilidade penal, texto publicado in *FONACRIAD* e VOLPI, Mário. (Org.) *Adolescentes privados de liberdade.* São Paulo : Cortez, 1997, p. 157.

Esta característica do sistema do ECA, como já se argumentou, encontra respaldo evidente na consideração da condição especial do adolescente como pessoa em desenvolvimento, condição que implica assimilação social diferenciada da transgressão praticada por um maior e por um menor.

O privilégio dado às circunstâncias pessoais na definição da resposta socioeducativa adequada tem inúmeras conseqüências práticas, entre as quais lembramos:

I – Inexiste estipulação necessária de determinada medida para certo delito. É plenamente possível aplicar medida em meio aberto a adolescente que, por exemplo, envolveu-se em um latrocínio.[22] O bordão reiteradamente repetido em nossas Cortes no sentido de que a *medida socioeducativa deve guardar relação de proporcionalidade com a gravidade do ato infracional praticado.*[23] É apenas meia verdade. Ato leve, de fato, como se mostrará adiante, não permite resposta severa. Todavia, ato grave não reclama necessariamente medida drástica.

II – Como já destacado acima, a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento faz com que as mudanças e transformações sejam parte integrante e natural da adolescência. Se o pressuposto da medida é a infração, que sinaliza a necessidade de intervenção segundo circunstâncias pessoais que ensejaram o comportamento ilícito, demora na escolha ou execução da medida é fatal. A medida fica descontextualizada, incidindo sobre realidade distinta daquela que produziu o ato infracional. Se se respeita a pessoa que sofrerá a medida, perde-se a diretriz motivadora da própria existência da medida, a conduta delituosa. Se, de outro lado, mantém-se fidelidade ao comportamento punível, a intervenção se frustrará por recair sobre pessoa, hoje, diversa daquela que transgrediu. Deve-se ter por meta, portanto, aproximar o máximo possível o momento da escolha da medida do momento da prática do ato infracional, sem, todavia, transigir com a observância do devido processo legal. Quando isto não for possível, deve-se, ao eleger a medida, observar as condições pessoais do adolescente no momento em que a medida é aplicada. Se hoje a situação for melhor do que no passado, a medida deve ser mais branda. Se forem piores as condições atuais, a medida não pode ser mais severa que aquela elegível à época do fato, uma vez que o agravamento das condições pessoais não está diretamente vinculado a uma nova transgressão. Em uma situação limite, é possível julgar-se procedente a ação socioeducativa e deixar de aplicar medida caso se verifique o desaparecimento completo das condições que, tempos atrás, desencadearam o comportamento ilícito.

disputam entre si a prioridade entre os fins do direito (*Introdução ao estudo do direito.* Rio : Forense, 1982, p. 482-487).

(22) A propósito, confira-se recentíssima decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná: "Infração de menor. Art. 157, § 3.º (latrocínio) do CP c/c o art. 29 do mesmo estatuto legal. Representação comprovada. Procedência. Aplicação de medida socioeducativa de internação. Inviabilidade. Menor que faz jus à medida socioeducativa de liberdade assistida. Procedência. Decisão reformada em parte. Recurso parcialmente provido. Estando comprovada que o menor praticou as infrações contidas no art. 157, § 3.º (latrocínio) do CP, julga-se procedente a representação, aplicando-se ao adolescente a medida socioeducativa de liberdade assistida. (Recurso de apelação 98.2499-9, Rel. Des. Wanderlei Resende, ac. 8277, j. 21.12.1998).

(23) Exemplificativamente: "A medida socioeducativa deve guardar relação de proporcionalidade com o ato infracional praticado. Bem por isso, não se mostra adequada a sugestão técnica de inserção do adolescente no regime de liberdade assistida, medida reservada para atos infracionais que não guardam a gravidade de um roubo (TJSP – ApCiv 19.300-0/3 – Rel. Dirceu de Melo).

Neste passo, também deve-se deixar de dar cumprimento à medida quando, frustrada sua execução imediata – ainda que por descumprimento intencional do jovem – o tempo decorrido trabalhou a favor da ressocialização, mantendo hoje o adolescente rotina de vida ajustada. Assim, como procedimento mínimo a ser adotado, deve o magistrado não impor o cumprimento de medida aplicada há mais de seis meses (mesmo em caso de fugas) sem consultar a equipe técnica sobre a conveniência de se manter a intervenção nos moldes anteriormente fixados.[24]

(24) Tangenciando este entendimento, já decidiu o E. TJSP: "Não se afigura razoável reverter a situação depois de passados tantos meses desde a liberação combatida" (AI 41.880-0/5 – TJSP – Rel. Álvaro Lazzarini). "Ocorre que ao agravo negou-se-lhe o efeito suspensivo. Vale dizer, foi o menor desde logo posto sob novo regime. Em conseqüência, passou a desfrutar de liberdade assistida e, decorridos mais de cinco meses, não é conveniente seu retorno à Febem. Essa alteração pendular na sua condição de infrator poderá desestabilizar o infrator e pôr a perder o trabalho reeducativo a que se submeteu nos sete meses de internação" (AgIn 037.249-0/1). Guaraci de Campos Vianna, Juiz de Direito e Professor de Direito Processual Civil, Direito do Menor e Introdução ao Estudo do Direito na Universidade Estácio de Sá, RJ, em *E. mail* divulgado pela Rede de Justiça da ABMP (www.abmp.org.br) consignou sua opinião no sentido de que quando não mais se mostrar necessário proteger ou socioeducar, pode o Estado-Juiz deixar de aplicar medidas protetivas ou socioeducativas. Constatada essa circunstância, deixa-se de impor a medida ou de executá-la. Para isso inexiste um lapso temporal pré-definido. É uma constatação concreta, caso a caso. Como as medidas são aplicadas levando-se em conta as necessidades pedagógicas (art. 100 da Lei 8.069/90, já citado), pode-se afirmar, como o fez o ilustrado Jurista Públio Caio Bessa Cyrino, Promotor de Justiça no Amazonas, numa conversa informal, que somente a ineficácia pedagógica pode impedir a aplicação de uma medida específica de proteção ou socioeducativa. Na verdade opera-se uma absoluta falta de interesse processual em continuar com o processo ou procedimento. Assism, se, *v.g.*, um adolescente autor de um ato infracional equiparado a furto teve imposta, através de sentença, uma medida socioeducativa qualquer em 1992, esta não poderá ser executada nos dias atuais se este adolescente estiver estudando, trabalhando regularmente, integrado a família, vivendo longe da marginalidade etc., por absoluta ineficácia pedagógica.

5. O sistema de aplicação da medida socioeducativa

Definidos estes pressupostos básicos, tem-se agora um alicerce que permite ensaiar, doravante, o conjunto de regras seqüenciais capazes de guiar os passos do operador do direito ao longo do complexo processo de eleição da medida socioeducativa mais adequada.

5.1 Primeira etapa – exame de procedência

A passagem da doutrina da situação irregular (Código de Menores) para a doutrina da proteção integral (ECA) modificou o conceito de adolescente infrator. No regime anterior o infrator se definia pela pratica de ato *anti-social* (categoria vaga e indefinida). Hoje mostra-se indispensável que cometa *ato infracional* (categoria jurídica precisa), ou seja, *conduta descrita em lei como crime ou contravenção* conforme define o art. 103 do ECA.

Ora, se ato infracional é crime, e se a medida socioeducativa pressupõe ato infracional para ser ministrada, decorre logicamente daí a necessidade se incorporar ao sistema do ECA doutrina e normativa que disciplinam a figura do crime, seu conceito analítico e suas formas de demonstração. Tal normativa, manifestamente garantista, visa objetivar as condições nas quais determinada conduta seja passível de responsabilização.

Retira-se, assim, do arbítrio judicial o poder definir a conveniência da intervenção, subordinando-a à presença de um *crime (ou contravenção) devidamente demonstrado.*

Constatar ou não a existência de um crime devidamente comprovado é o que, em termos processuais, faz o julgador ao aferir a procedência da pretensão Estatal deduzida em ação penal ou socioeducativa. Exame de procedência, portanto, implica averiguar a existência de um crime com autoria e materialidade definidas, exatamente o que se faz na órbita criminal, ao se condenar ou absolver um réu. Basta comparar-se o art. 189 do ECA com o art. 386 do CPP para concluir-se pela identidade das questões a serem examinadas num e noutro sistema.

Tais questões podem ser divididas em dois grupos: a) relativas à qualificação da conduta como crime (ato típico, antijurídico e culpável) punível e b) relativas à demonstração a materialidade e autoria desta conduta à luz do devido processo legal.

5.1.1 Fatores implicados na qualificação da conduta como crime

Para aplicar-se medida socioeducativa é indispensável pesquisar, antes de mais nada, se estão presentes no caso todas as elementares do conceito de crime. Se a ação é típica (incluindo aqui o dolo ou a culpa) e se não houve circunstância que exclua a antijuridicidade ou culpabilidade. Sem isto, como dito, não haverá ato infracional (art. 103 do ECA).

De outro lado, a interpretação mais lógica do art. 103 é de que o ato infracional que enseja medida socioeducativa é crime com força para gerar punição, porque somente este autoriza alguma intervenção estatal na esfera de disponibilidade do cidadão. Crime que não é punível, descaracteriza-se, não tendo reflexo prático para o agente transgressor, seja ele imputável ou não. Ademais, não pode um adolescente ser responsabilizado por conduta que, sendo imputável, nada lhe renderia. Nesta primeira etapa, portanto, verificadas as elementares do conceito analítico de crime, faz-se então um juízo de exclusão de possíveis causas de extinção da punibilidade (art. 107 do CP), como lei posterior descriminante do fato, perdão judicial, prescrição, decadência etc.

Conseqüências práticas:

I – não se pode aplicar medida socioeducativa em face de mera intenção de infracionar. Trata-se de conduta atípica, de modo que na esfera da infância e juventude, tanto quanto na esfera criminal, o Estado não pode intervir através de meios coercitivos somente porque o cidadão *tencionou* praticar um crime, desejou algo contrário à lei. O desejo, o pensamento, o sentimento não atuado não podem transformar-se em fundamento de aplicação de medida socioeducativa, ou mesmo para definir sua natureza. Na tradição cristã, o desejar, o pensar configura pecado. Todavia, o que não saiu da esfera da cogitação não interessa ao Direito Penal, não permitindo qualquer mobilização do Estado.

II – Não se pode aplicar medida socioeducativa quando quem pratica a infração é adolescente portador de doença ou deficiência mental, porque o adulto que nestas condições pratica crime é isento de pena (art. 26 do CP). As ações socioeducativas neste caso devem ser julgadas improcedentes (equivalente a absolvição),[25] aplicando-se a regra do art. 112,

[25] Sugere o redator do anteprojeto de lei de execuções de medida sócio educativa incorpore o art. 112 do ECA o seguinte § 6.º – É isento de medida socioeducativa o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 3.º, do ECA: encaminhamento puro e simples para local de tratamento, onde o jovem permanecerá sob supervisão médica, livre de qualquer ingerência judiciária. A fim de que se ateste a existência de doença ou deficiência mental indispensável seja o jovem submetido a exame psiquiátrico, cujo deferimento é obrigação do juiz.[26]

III – não pode haver aplicação de medida socioeducativa quando o crime prescreveu à luz dos critérios da lei penal.[27]

IV – não pode haver aplicação de medida socioeducativa quando se verificar o fenômeno da decadência.

V – não pode haver aplicação de medida socioeducativa quando houver causa de perdão judicial, ou escusa absolutória, que exclua a pena na esfera criminal. Assim, por exemplo, quando um jovem furta ascendente (art. 181, II, do ECA).[28]

5.1.2 Fatores implicados na demonstração da autoria e materialidade do crime

De outro lado, insere-se no exame de procedência aferir a existência de prova inequívoca de autoria e materialidade do ato criminoso ou contravencional. O Estatuto dispõe expressamente a respeito: "a imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes de autoria e prova da materialidade da infração". Tanto que o art. 189, II e IV manda que nenhuma medida seja aplicada caso não haja prova da existência do fato e prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional. Prova aqui, tal como na esfera penal, é a demonstração de fatos obtida através de um procedimento bem definido de investigação judicial, no qual se garante ao acusado direito ao contraditório e à ampla defesa. O ECA atribui ao jovem processado, no art. 111, o direito à igualdade na relação processual e à defesa técnica por advogado. Não bastasse, tais garantias são de fundo constitucional: inc. LV do art. 5.º da CF: "aos litigantes, em processo judicial ou admnistrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ele inerentes". Tudo faz pleno sentido porquanto, como dito, tal como a pena, a medida socioeducativa é expressão do poder estatal que interfere na autonomia da pessoa em nome da defesa social. Sua aplicação, portanto, deve ser balizada, para que a pessoa não fique a mercê do arbítrio daqueles que detém o poder.[29]

(26) Flagrantemente equivocado o entendimento da Câmara Especial do TJSP ao decidir que "a falta de exame de sanidade mental não prejudica a defesa, visto que ao infrator não se aplica pena, mas medida que visa a ressocialização do menor, inclusive mediante tratamento psiquiátrico e psicológico" (ApCiv 16.267-0/0 – Rel. Sabino Neto). Neste caso, um adolescente portador de doença mental foi inserido em medida de internação e encaminhado a unidade educacional (art. 112, VI), imprópria para o tratamento de patologias psiquiátricas, algo que prejudicou sobremaneira seu tratamento e também a própria rotina do estabelecimento onde foi mantido. Igualmente equivocada, a propósito a decisão publicada in *RT* 687/295.

(27) Esboço de anteprojeto de lei de execução de medida socioeducativa: Art. 100 – A prescrição da ação de pretensão socioeducativa e a prescrição das respectivas medidas ocorrerá em 2 anos. Tal questão, dada a sua complexidade, será objeto de estudo em texto específico. Do mesmo modo, o tema da decadência.

(28) Correta a seguinte decisão: "Menor – ato infracional – tentativa de furto praticada contra ascendente. Aplicabilidade do princípio da escusa absolutória do Direito Penal, no âmbito da lei Federal 8.069/90" (TJSP – AgIn 27.793-0/5 – Rel. Dirceu de Mello).

(29) Causa espécie, portanto, decisão da E. Câmara Especial do TJSP ao dizer que "nos procedimentos referentes à Justiça da Infância e Juventude desnecessário (sic) a adoção dos princípios e rigores do processo penal" (ApCiv 41.478.0/0).

Vejamos algumas conseqüências práticas desta conclusão:

I – Não se pode aplicar medida socioeducativa sem que haja respeito incondicional ao devido processo legal. Assim, a medida socioeducativa não pode ser ministrada concomitantemente à remissão pré-processual, não obstante o que dispõe o art. 127 do ECA.[30] De qualquer forma, se assim o for, ela perde seu caráter coercitivo, a possibilidade se impor contra a vontade do jovem. O descumprimento reiterado e injustificado não enseja a internação nos termos do art. 122, III, do ECA.[31]

(30) A propósito, a jurisprudência: "A remissão pré processual é incompatível com a aplicação de medida socioeducativa" (*JTJ LEX* 150/73 e 150/189). "O entendimento do E. STJ (Súm. 108) no sentido de que medidas socioeducativas só podem ser aplicadas pela autoridade judiciária, traduz a necessidade da imposição de tais medidas em procedimentos apropriados com observância dos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório, conforme vem reiteradamente julgando esta E. Câmara Especial"(ApCiv 16.177-0 e 16.445-0 – Rel. Ney Almada, 15.170-0-Rel. Lair Loureiro, in *JTJ* 142/144; MS 12.914-0 – Rel. Cesar de Moraes, ApCiv 16866-0, Rel. Sabino Neto).

(31) A propósito, também se manifestou a Procuradoria de Justiça de São Paulo: "A medida socioeducativa aplicada por força de remissão, efetivamente, não se sujeita à internação sanção prevista no art. 122, III, do ECA, ante o que reza o art. 127, parte final, do mesmo diploma legal (...) O entendimento é que o Ministério Público tem de propor revisão da medida, nos termos do que dispõe o art. 128 do ECA", oferecendo a representação necessária para iniciar o procedimento apropriado à aplicação da medida socioeducativa." (parecer de Regina Helena da Silva Simões – in AgIn 25.776.0/9 – 12.12.1994). Assim, o TJSP tem determinado, sem exceção, a cassação de internações decretadas por descumprimento de medida anterior (art. 122, III do ECA) aplicada conjuntamente com remissão: HC 48.273.0/3, 49.121.0/0 e 56.530.0/3.

II – a estrita observância do devido processo legal reclama também respeito intransigente à garantia constitucional de presunção de inocência (art. 5.º, inc. LVII da CF). Se no ECA o princípio é apenas implícito, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança a respeito foi explícita: "os Estados assegurarão, em particular, que toda a criança a quem se alegue ou acuse de ter infringido as leis penais goze da garantia de ser considerada inocente enquanto não comprovada sua culpabilidade conforme a lei" (art. 40.2..b.I). Daí porque a remissão – onde não há apuração do fato à luz do devido processo legal – não vale como antecedente (art. 127 do ECA). De outro lado, reiteração de atos infracionais, nos termos do art. 122, II, do ECA, não se configura mediante *mera notícia* de mais de uma infração, parta esta notícia da polícia, do suspeito, da vítima ou de sua família. Reiteração é igual a reincidência, no sentido técnico penal da palavra. Para que reitere, pois, o jovem deve praticar novo crime depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior (art. 63 do Código Penal).[32]

(32) Neste sentido são as decisões: "Para o ECA, a reiteração é equivalente à reincidência prevista no CP; assim sendo, a configuração da reiteração, como pressuposto da aplicação da internação, há de se prender ao fato de o adolescente ter sido anteriormente submetido à medida socioeducativa, com decisão transitada em julgado, conforme interpretação do art. 122, II, da lei 8.069/90" (*RT* 755/684). "Ato infracional praticado por menor ofensivo à disposições do art. 155, § 4.º, III, do CP. Autoria e materialidade comprovadas. Sem que tenha ocorrido, à data da decisão apelada, o trânsito em julgado da condenação anterior, à qual também respondeu o ora recorrente, não se lhe pode atribuir reiteração delitiva, conforme previsto no inc. II, do art. 122, do Estatuto Menorista, para aplicação da medida socioeducativa de internação pelo período máximo legal (arts. 122, V e 121, § 3.º do

III – É cláusula do devido processo legal o direito de o acusado não ser obrigado a produzir prova contra sua pessoa. A Constituição, aliás, assegura expressamente o direito de o acusado permanecer calado (art. 5.º, inc. LVII). E a Convenção Internacional dos Direitos da Criança também concede ao jovem sob acusação a garantia de não ser obrigado a testemunhar *ou se declarar culpado* (art. 40.2.b.4). Em suma, o silêncio ou a negativa nunca podem laborar em seu desfavor (na esfera criminal não é agravante da pena) embora possa ser premiada a confissão (à moda da esfera penal, onde é classificada como atenuante – art. 65, III, *d* do CP). Neste passo, francamente censurável a idéia de que, não assumindo o que faz (não confessando amplamente), o jovem não dispõe de juízo crítico e, por isto, mereça tratamento mais severo. O exercício de um garantia constitucional legítima não pode de modo algum ser interpretado como fraqueza de caráter. O Magistrado, a quem cumpre zelar pelo império dos direitos do cidadão processado, deve relativizar pareceres técnicos que assentem conclusão desfavorável ao adolescente no fato de ele negar total ou parcialmente o crime. A negativa de autoria, destarte, em qualquer momento que seja apresentada, não pode servir de fundamento, nunca, para fixar ou prorrogar a medida mais severa.[33]

IV – Tal como no direito processual penal, materialidade de ato infracional que deixa vestígios somente se demonstra através de exame de corpo de delito. Por vezes, o prazo de internação provisória decorre sem que o laudo venha aos autos, levando alguns juízes a decisões precipitadas. Sem prova técnica da materialidade, a ação deve ser julgada improcedente (art. 189, II do ECA).[34]

V – Dentro da garantia da ampla defesa, o adolescente deve ser formalmente cientificado do inteiro teor da imputação antes de ser chamados a depor. Deve, pois, ser citado, tal como determina o art. 111, I, do ECA. O art. 184, § 1.º, insiste outra vez para que se lhe dê ciência prévia do teor da representação, estendendo a providência para seu responsável. Ainda que o jovem esteja internado – e ainda mais neste caso –, mesmo que tenha acompanhado o atendimento nos termos do art. 179 do ECA, ele tem direito de receber cópia integral da imputação formulada com antecedência para que possa elaborar sua defesa. Assim também, cópia da representação deve ser entregue aos responsáveis para conhecimento. A inobservância destas formalidades torna nulo o processo. Não permite o advento de uma sentença de mérito válida.[35]

mesmo diploma legal)" (ApCiv 148-94/DF – j. em 10.08.1994 – publicado *DJDF* de 22.09.1994).

(33) Completamente dessintonizada do ordenamento vigente algumas decisões da Câmara Especial do TJSP, que justificam a medida de internação porque "o fato de o jovem ter negado apesar das provas em contrário demonstra o não reconhecimento de suas condutas, das conseqüências desta, falta de reflexão sobre os fatos e portanto não arrependimento" (ApCiv 43.479-0/0). No mesmo sentido ApCiv 38.688.0/1.

(34) Neste sentido: "Lesões corporais culposas – ausência do laudo de exame de corpo de delito – recurso provido para julgar improcedente a ação socioeducativa por falta de prova da materialidade infracional" (AP. 39.249-0/6 – TJSP). No mesmo sentido, porém entendendo nula a sentença dada sem o laudo: "Ato infracional. Flagrante. Falta de prova da materialidade. Sentença nula. A prova material é indispensável para conclusão inculpatória quanto à prática do ilícito de porte de substância tóxica ou que determine dependência física ou psíquica. Decisão proferida sem os requisitos formais e essenciais da fundamentação e dispositivos legais nos quais os agentes se achavam incursos. Nulidade declarada a fim de que outra decisão seja proferida. Recurso. Provimento."(Ac. Cons. Mag. TJPR – Rec. Ap. 525/92, de 06.12.1993 – un. – Rel. Des. Altair Patitucci).

(35) Sobre a necessidade de comunicação à família, já se decidiu: "Menor. Processo

VI – Não se pode também entender demonstrado um ato infracional somente levando em conta a confissão judicial do adolescente. Ouvido o jovem e seus responsáveis, cabe ao magistrado, conforme manda a parte final do § 2.º do art. 186 do ECA, designar, desde logo, audiência em continuação, onde serão ouvidas as testemunhas da representação (§ 4.º). Ademais, prescreve o CPP, art. 197, que o valor da confissão deve ser apreciado mediante sua confrontação com as demais provas do processo, isto é, aquelas colhidas sob a fiscalização da defesa e supervisão judicial (o expediente encaminhado pela polícia civil não tem qualquer valor). Deve-se lembrar que na órbita da infância e juventude, por imperar uma falsa impressão de impunidade, maiores induzem jovens a confessar crimes que não cometeram a fim de encobrir autoria de terceiros.[36]

Infracional. Nulidade do Processo. Ciência aos pais ou responsáveis do menor infrator, antes do interrogatório deste, imprescindível, assim como interrogatório sempre com assistência de defensor constituído ou nomeado pelo Juiz. Ausência de tais cautelas constituem nulidade absoluta, decretável *ex officio*, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição." (Biblioteca dos Direitos da Criança ABMP – Jurisprudência – v. 01/97 AC 594132078, TJRS, 7.ª CC, Rel. Des. Pres. Waldemar Luiz de Freitas Filho, vu, j. 21.12.1994). O Tribunal de Justiça de São Paulo, contudo, em diversas oportunidades, de modo fracamente equivocado entendeu dispensável a citação do adolescente internado (ApCiv 33.762-0/3, 28.261-0/5, 31.842-0/4, 32/068-0/9 etc...) remetendo-se ao entendimento jurisprudencial, vigente na esfera criminal, de que requisição do réu preso para o interrogatório supre a necessidade de citação. Ora, o recurso à analogia soa completamente inoportuno, vez que inexiste lacuna no ECA, o qual regula expressamente o tema ordenando a citação ou formalidade equivalente em processos de apuração de ato infracional (art. 111, I).

(36) Corretamente já decidiu o TJSP: "Oferecida a representação, não se procedeu à oitiva de uma testemunha sequer. Para impor ao adolescente medida de semiliberdade, louvou-se o Juízo, apenas, na curta e lacônica confissão. Não se pode negar a similitude que há entre o procedimento para apuração de ato infracional e o processo penal, tanto que a Lei Federal 8.069/90 exige para a imposição de medidas mais graves, prova da autoria e materialidade da infração (art. 114, *caput*). Se no processo penal a confissão isolada do réu não pode suportar o acolhimento da pretensão punitiva do Estado (CPP, art. 197), também no âmbito da Lei Federal 8.069/90 a confissão desacompanhada de outros elementos de convicção não pode suportar a imposição de medida socioeducativa grave" (ApCiv 17.256-0/7). Não obstante tal precedente, em muitas outras oportunidades, a mesma Corte firmou, erroneamente, entendimento inverso (ApCiv 33.890-0/7-00, 29.431-0/9, 27.868-0/8, 24.503-0/1, 29.407-0/0 etc...).

5.2 Segunda etapa – cominação, em concreto, das medidas disponíveis à aplicação

Superado o exame de procedência com a conclusão de que restaram demonstradas autoria e materialidade de conduta descrita como crime ou contravenção, o passo seguinte é verificar *quais das medidas previstas em lei estão disponíveis à aplicação.* Se para definição do que seja ato infracional a adesão ao sistema do CP é automática, completa e correta, no momento de se definir o tipo de medida adequada esta referência não se opera com a mesma facilidade.

Enquanto o CP estabelece, em seguida de cada crime, a pena aplicável, o ECA define de forma genérica as medidas conseqüentes aos atos infracionais (art. 112). Para cada crime, na técnica do CP, existe uma pena *cominada*, que pode variar entre um limite máximo e um limite mínimo estabelecido. O aplicador sabe que pode e deve operar entre um piso e um teto de sanção conforme cada delito cometido. O ECA, por seu turno, limita-se a indicar um rol de medidas socioedu-

cativas aplicáveis para qualquer ato infracional, fazendo ressalvas de ordem geral com relação a determinadas medidas em relação a certos atos (art. 122).

Cabe ao aplicador, portanto, fazer uma avaliação objetiva do caso concreto a fim de *cominar a medida,* fixando os limites entre os quais poderá transitar no momento seguinte de individualização do regime socioeducativo. Esta tarefa de "cominação" da medida é mais complexa do que parece, e antecedente a etapa final em que, efetivamente se definirá, dentro dos patamares estabelecidos, a resposta justa. Por ora, neste momento, vai o aplicador simplesmente definir o rol de alternativas socioeducativas que lhe é possível manejar, *num trabalho sobretudo de excluir ou não a medida restritiva de liberdade.* Para tanto, deve se servir de parâmetros ditados pelo ECA e pelo Código Penal.

5.2.1 Os parâmetros ditados pelo ECA

Embora o sistema do ECA, como já foi dito acima, priorize a *pessoa* do infrator como diretriz de aplicação da medida socioeducativa, esta pessoa, é óbvio, para receber a intervenção deve ser considerada como um *infrator.* É a infração praticada que legitima o Estado a invadir a esfera de autodeterminação do sujeito, de modo que esta ingerência mostra-se naturalmente vinculada e necessariamente limitada aos fatores pessoais que ensejarem o comportamento criminoso. O ECA apresenta, nos incisos I e II do art. 122, os limites objetivos desta vinculação entre infração e medida socioeducativa, tal como faz o CP, caso a caso, entre crime e sanção. A vinculação, aqui, todavia, face a opção pela diretriz subjetiva na escolha do regime – atua simplesmente para *definir um limite de aplicação para as medidas mais severas,* vale dizer, *hipóteses nas quais certa medida – a internação – não pode ser aplicada.*

Deste modo, arrisca-se dizer que a cominação do CP é previamente estabelecida pelo legislador e dentro de um *sistema de delimitação positiva,* sabendo o aplicador da *pena de onde sai e até onde pode chegar.* De outro lado, a cominação do ECA, cabe ao magistrado defini-la caso a caso, devendo fazê-lo dentro de um *sistema de delimitação negativa,* ou seja para que saiba o aplicador da medida onde não pode ir.

Assim, medida de internação estará *previamente excluída* caso o ato infracional não seja cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa (art. 122, I) e caso não haja reiteração na prática de outros atos infracionais (art. 122, II). Nestes casos, o magistrado, ao individualizar a medida, não terá disponível para aplicação nem a internação, nem a semiliberdade.[37]

Assim, exemplificativamente, não se pode aplicar internação ao jovem primário envolvido em ato infracional equiparado a tráfico de drogas. O tráfico não é ato praticado mediante violência ou grave ameaça. Se o jovem não for reincidente (não houver reincidido, como apontamos acima), não incidirá em nenhuma das hipóteses do art. 122 do ECA. Mesmo que seja apanhado com grande quantidade de droga a medida deve ser em meio aberto. O legislador, de forma aguçada, bem percebeu que os adolescentes, manipulados pelos grandes traficantes para fazer a parte visível do comércio ilícito, são muito mais vítimas do que infratores, não merecendo, desde o início, os rigores da medida extrema.[38]

(37) O art. 122 do ECA define também as hipóteses de cabimento da semiliberdade, tendo em vista que o art. 120, § 2.º, do ECA determina sejam aplicadas ao regime semi-aberto, no que couber, as disposições relativas à internação.

(38) O TJSP, equivocadamente, entende viável a internação em caso de tráfico praticado por adolescente primário (HC 40.477-0, 41.758-

5.2.2 Os parâmetros ditados pelo Código Penal

Além do limite máximo de responsabilização disposto nas normas do próprio ECA, outra diretriz inibidora de respostas mais severas advém diretamente do sistema de Direito Penal. Assim, ainda que não restringida a internação por força do art. 122 do ECA, ela não poderá ser aplicada caso, em idênticas condições, mereça um maior imputável pena a ser cumprida em liberdade. Destarte, o limite máximo de responsabilização do cidadão – maior ou menor de dezoito anos – autor de ato criminoso é aquele definido pelo sistema do Código Penal.

São múltiplos os motivos que justificam tal regra. Não se pode esquecer que a imposição de medida para cumprimento coercitivo em face de um cidadão justifica-se única e exclusivamente por conta da pratica de conduta atentatória à ordem social. Medida socioeducativa é pena, não tutela, é para o bem do Estado e não para o bem do cidadão. Ainda que em fase de desenvolvimento o jovem tem direito a se autodeterminar, ou no mínimo, cabe a sua família e não ao Estado dizer como educá-lo.

É pois, como já repetido incontáveis vezes, a conduta infratora que desencadeia a pretensão estatal de intervir. A intervenção, portanto, *não pode perder de vista a dimensão desta transgressão*, dimensão que vem definida na cominação de penas levada a efeito pelo legislador penal, *incluindo-se aí os possíveis benefícios tendentes à redução ou atenuação da reprimenda conforme o caso concreto.* Assim, por mais que o exijam as condições pessoais do adolescente, a medida socioeducativa a ele ministrada não pode ser mais severa ou duradoura do que a pena aplicável, nas mesmas circunstâncias, ao maior imputável.

O próprio ECA, de outro lado, em seu art. 3.º, estabelece que os adolescentes gozam de todos os direitos inerentes à pessoa humana em geral, sem prejuízo de prerrogativas especiais decorrentes de sua condição peculiar. Ou seja, são eles titulares de todas as garantias outorgadas aos mais velhos, desde que não esteja implicada capacidade civil para exercício de tais prerrogativas. Dentre estas últimas, é óbvio, não se situam aquelas atribuídas pela Constituição e pela lei penal ao cidadão processado por crime.

Contudo, esta referência à lei penal, insista-se para deixar bem claro, funciona exclusivamente para estabelecer um *limite máximo* à intervenção judicial conforme a gravidade da infração perpetrada. A sofisticação do regime do ECA advém justamente da desnecessidade de fixação de um *patamar mínimo* de intensidade de tal resposta também na proporção da gravidade da infração. Se um adolescente praticou um homicídio, pois, não está excluído da medida em meio aberto se suas condições pessoais sinalizarem possibilidade de educação sem privação de liberdade. Contudo, se porta droga para uso próprio, jamais poderá ser inserido em medida de internação, uma vez que não cumpriria pena em regime fechado por tal conduta em nenhuma hipótese.[39] Mesmo que a drogadição seja intensa, mesmo que haja suspeita de que o jovem infraciona para manter seu vício, a medida socioeducativa de internação não pode de modo algum ser ministrada.

A propósito, tal entendimento parecer ser de plena aceitação pela doutrina. O Desembargador Amaral e Silva, no mesmo acórdão acima citado, aduz que: "O

0, 25.231-0, 40.721-0 etc). O STJ, contudo, tem reformado decisões deste teor, conforme se vê no RHC 7259/SP (98/0009238-2) e no RHC 7447/SP (98/0021519-0).

(39) O art. 16 da Lei 6.368/76 prevê pena de detenção e o art. 33 do CP dispõe que a pena de detenção cumpre-se sempre no regime semi-aberto ou aberto.

que não se admite no Direito Penal Juvenil são respostas mais severas e duradouras do que em idênticas situações seriam impostas aos condenados adultos. Os princípios da legalidade estrita, da retributividade (temperado pela possibilidade da remissão), do caráter *predominantemente pedagógico e excepcional* das medidas socioeducativas, constituem *garantias de natureza penal* (Direito Ciência e Norma), que não podem ser negadas aos infratores do Estatuto da Juventude" (...) "fossem adultos, condenados por homicídio na Justiça Penal Comum, o regime seria o semi-aberto, correspondente a semi-liberdade do Estatuto da Juventude (...) Não podendo ser tratados com maior severidade na Justiça Juvenil do que na comum, devido a particularidade de estarem estudando e havendo a alternativa para a hipótese de que, se não adaptarem ao regime, poderão ser novamente privados de liberdade (ECA art. 122, III), dou provimento parcial aos recursos para impor a medida socioeducativa da semiliberdade (ECA art. 120), sem determinação de prazo, atento o juiz da execução ao termo máximo que coincide com a maioridade civil".[40]

Paulo Lúcio Nogueira, em seu clássico manual, *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 159, leciona que: "A internação corresponde ao regime fechado na esfera penal, reservado aos criminosos que apresentem periculosidade e tenham praticado crimes punidos com penas acima de oito anos (CP, art. 33, § 2.º, a), pois se a pena for superior a quatro e não exceder a oito será cumprida em regime semi-aberto (CP, art. 33, § 2.º, *b*), e em regime aberto se for igual ou inferior a quatro anos, desde que o condenado não seja reincidente (CP, art. 33, § 2.º, *c*). A referência à lei penal torna-se necessária para servir de parâmetro no tratamento ao adolescente, *que não pode ser mais penalizado que o adulto,* mormente levando-se em conta o seu desenvolvimento mental".[41]

O julgador, assim, ao eleger a medida mais adequada deve necessariamente atentar ao patamar da pena aplicável ao caso na esfera penal para que não corra o risco de aplicar medida mais gravosa do que a hipotética pena cabível. Sempre se deve lembrar que a aplicabilidade de regime fechado na esfera penal é apenas uma condição necessária, mas não suficiente para adoção da medida de internação.

Dentre as diversas conseqüências práticas que decorrem destas considerações, mencionamos:

I – É indispensável a estipulação, no dispositivo das sentenças em procedimento de apuração de ato infracional, sob pena de nulidade, do artigo do CP no qual, segundo entendimento do magistrado, o conjunto probatório deu como incurso o adolescente.[42]

(40) O esboço de Anteprojeto do Des. Amaral e Silva para lei de execução de medidas socioeducativas prevê alteração do ECA a fim de que o art. 112 inclua o seguinte parágrafo: "em hipótese alguma poderá o juiz impor a internação e semiliberdade se a infração cominada na legislação penal dos adultos, em iguais circunstâncias, corresponder a multa, pena restritiva de direitos ou suspensão condicional da pena" (art. 103).

(41) No mesmo sentido é a lição de LIBERATI, Wilson Donizeti. In: *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.* 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 92: "A internação tem seu parâmetro na legislação penal correspondente ao regime fechado, que é destinado aos condenados considerados perigosos e que tenham praticado crimes punidos com pena de reclusão superior a oito anos (CP, art. 33, § 2.º, *a*)".

(42) A propósito, já se decidiu: "Necessária se faz a consignação na parte dispositiva do *decisum,* em sendo julgada a representação procedente, da norma legal pertinente e aplicável ao ato infracional. Nulidade declarada para que as apontadas falhas sejam sanadas." (*Biblioteca dos direitos da criança ABMP* – Jurisprudência – v. 01/97 Ap.

II – É necessária uma investigação de todos os fatores atinentes ao ato infracional e que teriam relevância na redução da pena ou modificação de seu regime de cumprimento na esfera criminal. Por exemplo, se o crime consumou-se ou não e, caso tenha sido tentado, até que ponto avançou a execução. Lembre-se que um roubo qualificado, se interrompido em seus primórdios, implica redução da pena em dois terços. Reduzida a um ano e pouco mais de nove meses de reclusão, tem o réu direito à suspensão condicional da pena na esfera criminal estando vedada, por conseguinte, a aplicação de internação na esfera infracional. De relevo lembrar, também, por exemplo que o furto, o estelionato e a apropriação indébita são susceptíveis de privilégios (art. 155, § 2.º 171, § 1.º, e 164 do CP) que podem modificar a natureza da pena (de reclusão para detenção ou multa), interferindo na natureza do regime penal cabível.

5.2.3 Os parâmetros do ECA interpretados sob a ótica do Código Penal

O sistema de garantias do ECA contra excessos no manejo da privação de liberdade (art. 122) deve ser reforçado, sempre, com a sistemática garantista do CP, plena de princípios e regras historicamente consagradas e positivadas com este mesmo objetivo de proteção do cidadão processado. O ECA, pois, neste aspecto deve harmonizar-se com a legislação criminal, buscando nela e em sua doutrina o rumo hermenêutico mais adequado.

Assim, as hipóteses que autorizam a aplicação da medida socioeducativa de internação submetem-se aos princípios da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade da lei menos benigna e retroatividade da menos severa, da impossibilidade de analogia *in pejus* etc.

De tais considerações decorrem importantes conseqüências práticas:

I – o respeito à garantia constitucional da anterioridade da lei inviabiliza a decretação da medida socioeducativa de internação ou semiliberdade em qualquer hipótese não prevista no art. 122 do ECA. Atenta francamente contra o direito posto a prática reiterada, em sede de execução, da substituição de medida mais branda por internação de até três anos utilizando-se como fundamento o art. 99 combinado com art. 113 do ECA. Conforme leciona Wilson Donizeti Liberati ao comentar os pressupostos necessários para a aplicação da medida de internação, "o elenco das condições (previstas no art. 122 do ECA) é taxativo e exaustivo, não havendo possibilidade de aplicação da medida fora das hipóteses apresentadas" (in *Comentários ao ECA,* Malheiros, São Paulo, 1997, p. 96).[43]

00058-8, TJPR, Conselho da Magistratura, Rel. Des. Altair Patitucci, v.u. 05.06.1995). "Ausente na parte dispositiva a indicação dos artigos da lei penal violados pela conduta do menor infrator, impõe-se a declaração de nulidade da sentença. Vulneração do art. 381, inc. IV do CPP." "Impossibilidade na averiguação da legalidade das decisões judiciais e garantia às partes na aplicação de princípios erigidos como fundamentais pela nossa *Carta Magna.*" (*Biblioteca dos direitos da criança ABMP* – Jurisprudência – v. 01/97 – Ap. 001136-0, TJPR, Conselho da Magistratura, Rel. Des. Altair Patitucci, v.u. 08.04.1996).

(43) Veja-se, também, a lição de Roberto João Elias, fazendo referência a outros eminentes comentadores: "Na lição de Cury, Garrido e Marçura, o rol do referido artigo é exaustivo, não sendo possível a internação fora das hipóteses consignadas (Estatuto da Criança e do Adolescente anotado, cit. p. 65)" (*in Comentários ao ECA.* São Paulo : Saraiva, 1994, p. 101). A jurisprudência, outrossim, abona tal compreensão. Veja: "A medida de internação de adolescente somente será aplicada nos casos taxativamente previstos no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente." (Ac. TJRO – HC 058/CM/93, de 20.09.1993 – p/m – Rel. Des. Eurico Montenegro Júnior – DJ/RO 178, de 05.10.1993). Veja, no mesmo sentido,

O art. 122, aliás, é expresso: "a internação **só** será decretada (...)." O motivo para tal entendimento é evidente. A ordem constitucional vigente não permite que um cidadão seja privado de seu sagrado direito de ir e vir sem que lei anterior defina claramente a hipótese em que isto pode acontecer. Cuida-se aqui do princípio da legalidade e da reserva legal (CF art. 5.º XXXIX; CP, art. 1.º). Ora, o art. 99 c.c. 113 do ECA fala simplesmente que o juiz pode substituir uma medida por outra, *mas não indica os casos, não define as situações, as condutas que ensejariam esta substituição.* A conclusão necessária a que se chega é, portanto, que em tal comando legal não se pode apoiar decisão que implique privação de liberdade.[44]

II – pelo mesmo motivo exposto no item acima, equivocada se mostra qualquer ampliação das hipóteses de internação por conta de uma suposta primazia do bem estar do adolescente.[45] Não se pode retirar a liberdade de um adolescente simplesmente porque o juiz entende que isso é o melhor para ele. Subsistem inúmeras alternativas previstas no ECA para socorrer jovens em risco sem que se necessite encarcerá-los. Não se aplica a medida de internação a bem do adolescente, mas sim porque se acredita que este é o melhor mecanismo de defesa social contra o crime. Assim, subsiste a regra geral de que não pode ser manejada salvo nas hipóteses previstas em lei.[46]

De outro lado, face ao inevitável entrelaçamento entre o ECA e o CP neste tocante, a interpretação dos termos utilizados pelo art. 122, tais como gravidade, reiteração etc., deve ser feita de acordo com os conceitos da lei criminal, resultando nas seguintes conclusões:

STJ – RHC 7259/SP – (98/0009238-2) – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 19.03.1998 – 6.ª Turma.

(44) A E. Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, vem modificando sua compreensão sobre o tema. De um entendimento inicial unânime no sentido do cabimento da substituição de medida mais branda por medida de internação com limite máximo de três anos (AgIn 31.984.0/1, 25.676-0/7, 34.532-0/1, 23.951-0/8, 25.101-0 etc.), o Tribunal vem pronunciando-se cada vez mais no sentido de que este limite, com efeito, é de três meses, por conta do parágrafo 1.º do art. 122 do ECA (AI 37.662-0 – Rel. Luis de Macedo; AI 40544-0/5 – Rel. Carlos Ortiz; AgIn 35.734-0/0 e AI 36.694-0/4 – Rel. Rebouças de Carvalho – todos do TJSP). Ainda a respeito da questão pronunciou-se o STF (HC 74.715-9/SP, 2.ª T., Rel. Min. Maurício Corrêa, v.u. 18.03.1997, *DJ* 16.05.1997, p. 19.951) argumentando que a regra do art. 99 do ECA aplica-se somente a medidas de proteção, não podendo fundamentar conversão de medida socioeducativa em outra mais gravosa.

(45) Neste sentido, gravemente equivocada a decisão do E. STJ no RHC 7223/SP (98/0004690-9) – Rel. Min. José Dantas j. em 16.04.1998 – 5.ª T.: "Menor Infrator. Internação. Art. 122 do ECA. *Habeas Corpus.* Incensurabilidade de sua denegação, à míngua da ilegalidade suscitada sobre aplicação da medida a caso outro que não os arrolados naquele dispositivo do Estatuto da Criança e do adolescente, desde que aplicada como justificada forma de preservação do próprio menor".

(46) Muito mais sintonizada com a lei em vigor, a seguinte decisão do STJ : "RHC – Código Criança e do Adolescente – ato infracional – medida de internação – o ECA considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. As medidas socioeducativas (tít. III, cap. IV) são enumeradas conforme o critério – *numerus clausus.* Aliás, somente podem decorrer observado 'o devido processo legal' (art. 110, *in fine*). o ato infracional é pressuposto da sanção (conseqüência lógica). O art. 122 relaciona, como antecedente, os casos de medida de internação. Só podem ser aplicados nas hipóteses dos respectivos incisos. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada (idem, § 2.º). A sanção, pois, é taxativa" (RHC 7259/SP (98/0009238-2) – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 19.03.1998 – 6.ª T.). Vide, a propósito nota 30, supra.

I – Graves são, necessariamente, os crimes apenados com reclusão.[47] Isto porque aos imputáveis não se vislumbra possibilidade de cumprimento de pena de detenção em regime fechado. O *caput* do art. 33 é claro: detenção cumpre-se em regime aberto ou semi-aberto. Não se pode imaginar que o ordenamento entenda como grave uma transgressão à qual não prevê restrição completa de liberdade.

II – Está excluída qualquer hipótese de internação diante da prática de ato infracional que não seja grave. O inc. II do art. 122, fala em *outras* infrações graves que não as praticadas mediante violência ou grave ameaça (inc. I). Neste passo, não enseja a internação ato infracional com violência ou grave ameaça que não seja grave, isto é, que não seja apenado com reclusão. É o caso da lesão corporal, ou da ameaça, crimes aos quais a lei penal reservou pena de detenção.

III – Se para ser considerado grave é indispensável que o crime seja apenado com reclusão, o contrário não é verdade. Pena reclusiva é condição *necessária* mas não *suficiente* para atribuir gravidade à infração. Há crimes apenados com reclusão que, dadas suas circunstâncias peculiares, não causam qualquer perturbação mais acentuada à ordem pública como, por exemplo, pequenos furtos de objetos de escasso valor. Tal desqualificação de gravidade, contudo, se não geradora de benefícios e privilégios previstos no CP, fica reservada para a etapa seguinte de individualização da medida, onde se examinarão mais de perto as circunstâncias da infração.

Recapitulando, após ultrapassado o exame de procedência, passa-se então para uma fase na qual, valendo-se dos parâmetros do ECA e do CP, o aplicador verifica se a internação e a semiliberdade não ficam *a priori* excluídas de aplicabilidade. Ele definirá, para o caso concreto, as medidas *cominadas* pelo legislador e disponíveis à aplicação no caso concreto que se fará na derradeira etapa subseqüente.

5.3 Terceira etapa – a individualização da medida para o caso concreto

Excluída ou não a internação dentre as possíveis medidas aplicáveis, vai agora o aplicador chegar à etapa final de sua difícil tarefa escolhendo a medida mais apropriada ao adolescente que infracionou. Inviável listar exaustivamente as infinitas variáveis de exame relevante nesta fase, dada a riqueza de cada caso concreto, recomenda-se mostra apontar as grandes diretrizes que regem a tarefa, que são basicamente duas.

5.3.1 Primeiro princípio – a prevalência das questões subjetivas sobre as objetivas

Como se disse, dada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento o adolescente que pratica conduta descrita como crime submete-se a um sistema de responsabilização especial, inserido no ECA, no qual as circunstâncias pessoais regem prioritariamente – em detrimento das características da infração – a definição da resposta justa.

Assim, a natureza do ato infracional não se coloca como indicador suficiente de definição da medida. Sustentar o contrário significa aproximar a resposta socioeducativa da resposta penal (uma determinada leitura dela, aliás) exatamente no ponto fundamental que as distingue. Ou seja, implica trazer para este terreno uma ênfase no fato delituoso, característica do CP, cuja renúncia é o próprio marco de nascimento e diferenciação do sistema do Estatuto.[48]

(47) Confira-se, na doutrina, este entendimento: LIBERATI, Wilson Donizete. Op. cit. p. 98.

(48) Não obstante esta cristalina evidência, a idéia de que a gravidade objetiva do ato infracional basta para justificar a aplicação da medida socioeducativa de internação vem

Embora, como destacado acima, a prioridade seja a pessoa, isto não significa que, nesta etapa, nenhuma relevância assuma o fato ilícito. Não se olvide, é este fato ilícito que justifica a intervenção do Estado, de modo que nunca se pode perdê-lo de vista. O art. 112, § 1.º, do ECA, com efeito, determina que "a medida aplicada ao adolescente levará em conta as circunstâncias e a gravidade da infração". A prevalência da pessoa sobre o fato, assim, não é absoluta. Todavia, outra vez aqui o aspecto objetivo opera apenas como impediente de um tratamento mais severo, jamais como determinador suficiente de certa medida. Em outras palavras, ato sem gravidade ou em circunstâncias que beneficiam o agente não permite tratamento severo ainda que as condições pessoais do jovem não sejam favoráveis. Ao revés, gravidade acentuada da conduta em circunstâncias objetivas desfavoráveis ao jovem não permite medida mais severa caso os aspectos ligados a sua pessoa o abonem.

disseminada em incontáveis decisões da Câmara Especial do TJSP, como por exemplo ApCiv 41.453.0/7, 43.177.0/1-0, 38.019-0/0, 37.442.0/2, 39.269.0/7, 24.108.0/9, 24.117.0/0, 20.582.0/1, 22.693-0/2, 23.794.0/3, 41.271.0/6, 41.247.0/0 etc. Ao revés, muito mais sintonizadas com o ECA são as seguintes decisões: "A gravidade do ato infracional, por si só, não determina a internação, medida esta de caráter excepcional" (TJSP – ApCiv 25.082.0/6. No mesmo sentido ApCiv. 41.717.0/2). "A simples capitulação da conduta infracional, roubo, não é determinante de aplicação da medida de internação. Para aplicação da medida deve ser considerado o disposto no art. 112, § 1.º do ECA (Biblioteca dos direitos da criança ABMP – Jurisprudência – v. 01/97 AC 597016898, TJRS, 7.ª CC, Rel. Juiz de Alçada Ivan Leomar Bruxel, *v.u.* 28.08.1997). De incensurável precisão o seguinte julgado: "Na aplicação das medidas socioeducativas previstas no Estatuto, não se investiga o ato infracional isolado, mas a pessoa do destinatário daquelas, de molde a se aferir da necessidade ou não, de se lhe aplicar uma das medidas com vistas à adequação à vida em sociedade" (TJSP – AI 25.859-0/2 – Rel. Cerqueira Leite – In *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial.* 6.ª ed. v. 2, p. 412); Na mesma linha: "A gravidade do ato infracional não é suficiente para justificar a aplicação da medida socioeducativa de internação, relacionando-se a medida antes com as necessidades pedagógicas do adolescente e a ausência de outra resposta adequada" (TJPR Ap. 98.2314-3, Rel. Des. Dilmar Kessler, j. em 21.09.1998).

5.3.2 O princípio da excepcionalidade da medida de internação

Outra grande diretriz que coordena o trabalho de individualização da medida é o princípio da *excepcionalidade da internação.* Sua exata compreensão talvez se traduza naquilo de que mais necessitem os operadores do direito. Quando assimilado com precisão seu conteúdo, o trabalho de aplicação das medidas socioeducativas experimentará notável salto qualitativo.

O princípio da *excepcionalidade* é o rector legal por excelência da aplicação da medida de internação. Tamanha é a sua relevância que se alojou no art. 227, § 3.º, inc. V da Carta Constitucional de 1988, sendo repetido expressamente no art. 121, *caput* do ECA.

5.3.2.1 Fundamento teórico da excepcionalidade – Para que se compreenda o efetivo alcance, dimensão e significado da excepcionalidade, é indispensável conhecer os seus motivos inspiradores. Ou seja, cumpre se apontem os motivos pelos quais o Constituinte e o legislador ordinário fixaram a excepcionalidade como diretriz primeira da escolha da internação.

Ao reservar para casos excepcionais a aplicação desta medida, em verdade, o legislador estava partindo da idéia de que a institucionalização total, com a segregação do infrator do meio social, é instru-

mento totalmente fracassado de controle da chamada "delinqüência juvenil". Pior: além de ineficaz, tal sistema tem se mostrado reprodutor e reforçador desta mesma delinqüência. Trata-se de uma premissa fundamentada em estudos científicos, confirmados exaustivamente pela comunidade internacional de pesquisa. De outro lado, a quase imemorial experiência histórica, francamente fracassada, dos reformatórios e casas correcionais ensejou uma crise no sistema de contenção de jovens infratores, obrigando os técnicos a pensar outras formas de enfrentamento da questão. O consenso mundial acerca do malogro da medida de internação como estratégia de educação do jovem em conflito com a lei vem traduzido na Convenção Internacional dos Direitos das Crianças e outro diplomas internacionais que chegam a propor, inclusive, como ideal, sua completa abolição.[49]

Em verdade, o ECA, como qualquer sistema moderno de responsabilização penal, segue as tendências criminológicas de vanguarda. Ganham força, hoje, na própria doutrina criminal movimentos tais como o do Direito Penal Mínimo (Zaffaroni), buscando reduzir ao máximo a órbita de incidência do sistema repressivo penal, e o Abolicionismo Penal· que prega sua extinção.[50] De qualquer forma é inegável, em nosso próprio país, o avanço do movimento das penas alternativas à prisão, que busca limitar para casos realmente extremos a resposta privativa de liberdade.

Quem quer se debruce a estudar criticamente a história das prisões e dos reformatórios não encontrará voz destoante quanto aos efeitos danosos que a institucionalização provoca em sua clientela. Historicamente nunca se registrou uma prática concreta significativamente distinta na segregação de jovens (sob pretexto de reeducá-los) e na segregação de adultos (sob pretexto de punição).[51] A situação atual da Febem/SP confirma diante de nossos olhos a verdade desta afirmativa.

De qualquer maneira, ainda que, em tese, se reunissem condições ideais para o tratamento do jovem infrator privado de liberdade, ainda assim o sistema seria danoso e contraproducente. Segundo a obra clássica de Erving Goffman,[52] as casas para internação de infratores cons-

(49) Art. 37b da Convenção: "A detenção, reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado". Mais incisivas e eloqüentes, ainda, são as Regras Mínimas da Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, a qual em suas Perspectivas Fundamentais, afirmam que "não deveria ser economizado esforço para abolir, na medida do possível, a prisão de jovens"(in *Fonacriad* – Mário Volpi (org.), *Adolescentes privados de liberdade.* São Paulo : Cortez, 1997, p. 57).

(50) Cezar Roberto Bitencourt, cuidadoso pesquisador do tema, assim escreveu: "Todas as reformas de nossos dias deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena de prisão, como forma quase que exclusiva de controle social formalizado. Pouco mais de dois séculos foram suficientes para se constatar sua mais absoluta falência em termos de medidas retributivas e preventivas (...). Se tem dito reiteradamente que o problema da pena de prisão é a própria prisão. Aqui, como em outros países avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o apenado (...). Caminha-se, portanto, em busca de alternativas para a pena de prisão" (in *Falência da pena de prisão, causas e alternativas.* São Paulo : RT, 1993, p. 12).

(51) Emilio Garcia Mendez adverte: "As ideologias da reeducação e substituição do conceito de pena pelo de medidas de segurança permitiram, no mundo da infanto-adolescência, a criação de uma semântica ocultadora das consequências e sofrimentos reais, muitas vezes idênticos aos imperantes nos mundo dos adultos" (op. cit. p. 44).

(52) *Manicômios, prisões e conventos.* São Paulo : Perspectiva, 1996. Sobre o tema, conferir também BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 152-155.

tituem instituições totais organizadas para proteger a comunidade contra aqueles que ameacem sua ordem. Tais instituições, da mesma forma que os manicômios e as prisões, regem por completo a vida dos internos, suprem-lhe todas as necessidades e dirigem-lhes as ações em todos os âmbitos. Neste contexto, inexistem condições para o desenvolvimento de qualquer trabalho terapêutico ou pedagógico realmente eficaz. Subsiste um antagonismo natural entre o pessoal da instituição e o interno que dificulta a formação de vínculos. As iniciativas são inibidas, a individualidade é sacrificada, a intimidade é vasculhada e exposta. O contato restrito com o meio externo provoca a desculturalização no recluso, impondo-lhes hábitos que não lhe servirão à vida social normal.

É possível elencar-se outros aspectos que tornam o ambiente prisional – ainda que se lhe atribua ênfase pedagógica – fracamente nocivo ao crescimento individual:[53]

a) o interno se isola da sociedade e passa a conviver com outras pessoas que infracionaram, as quais potencialmente podem converter-se em suas figuras de referência.

b) quem passa pelo sistema carcerário repressor é estigmatizado pela sociedade que, por mecanismos de estereotipia, o mantém excluído dos vínculos saudáveis, reforçando a marginalização.

c) impõe, como forma de sobrevivência, um ajustamento pessoal ao sistema social carcerário, com valores, modelos de estratificação social, linguagem e código de conduta próprios (código do recluso). A adaptação a este sistema, em completo antagonismo ao da sociedade livre, favorece a incorporação, pelo recluso, de padrões desajustados ao convívio social normal (prisionalização). Aprofunda-se, assim, a identificação com os valores marginais.

d) em muitos casos o aprisionamento desencadeia crises psicóticas e a emergência de problemas mentais que, freqüentemente não tratados, comprometem para sempre a recuperação da pessoa (psicoses, depressão e reações carcerárias). O ambiente é propício, também, para o agravamento das neuroses.

e) há invariavelmente, como demonstram as pesquisas, sério comprometimento na auto-estima daquele que ingressa, sobretudo pela primeira vez, no ambiente prisional. A queda no autoconceito, além de induzir à depressão, favorece o isolamento e reforça a falta de iniciativa do detento.

f) a abstinência sexual induz à agressividade, à violência, ao homossexualismo forçado e à falência do vínculo conjugal ou afetivo mantido pelo recluso com pessoa do sexo oposto. Há, assim, uma dissolução dos elos sociais de apoio do interno, comprometendo sua aceitação na fase de egresso.

g) as constantes situações de conflito e o testemunho de reiteradas injustiças praticadas por outros reclusos e pelos agentes institucionais fortalecem um descrédito na justiça e mantém o recluso sobre clima permanente de estresse. Desenvolve-se uma tendência a se valer da violência como padrão de solução dos conflitos[54] ou, ainda, a estabelecem-se vínculos de dependência em face daquele que vendem proteção.

(53) Adaptado do texto de BITENCOURT, Cesar Roberto. Op. cit. p. 142-209.

(54) "A violência constante a que são submetidos, física, emocional e psíquica, vai adquirindo, aos poucos, um sentido de normalidade. Ela se torna necessária, para seguir vivendo e num certo nível, os sentimentos e valores se acomodam à noção da morte próxima ou da morte do outro como algo já

h) há constante risco à integridade física e ao envolvimento em motins. A fuga, expressão de protesto contra as condições desumanas a que os presos são submetidos, contribui para a definitiva exclusão social do fugitivo, porquanto sem acesso à documentação, não tem como exercer atividade licita.

i) há grande possibilidade de se assumir a identidade de infrator.

Os estudiosos cunharam um termo que define uma verdadeira síndrome que contamina, em geral, a pessoa mantida em unidades de contenção: *institucionalismo,* definido como "afecções psíquicas ou somáticas causadas pela relação social estabelecida entre a instituição e sua clientela, principalmente pela acentuação dos vínculos endógenos e enfraquecimento das interações com o mundo extrainstitucional" (SOUZA, Horácio Ribeiro de. *Instituicionalismo: a perdição das instituições.* Temas Imesc, v. 1., n. 1, p. 23-24, publicação do IMESC da Secretaria da Justiça).

Estes efeitos nocivos do encarceramento potencializam-se mais ainda quando os internos são pessoas em pleno desenvolvimento psicossocial, ou seja, adolescentes, conforme já expusemos no início deste texto (item 2.c supra).

A ser cumprida, pois, numa instituição de caráter total, a medida de internação está fadada ao insucesso. Embora o ECA e a normativa internacional objetivem a desarticulação do caráter total da privação de liberdade,[55] as dificuldades em se alcançar qualquer melhoria no sistema são incontornáveis. A propósito, calha a lição da professora Paula Inez Cunha Gomide, da Universidade Federal do Paraná: "As instituições correcionais, nos países desenvolvidos, chamadas de comunidades terapêuticas, chegam a ter uma relação de um funcionário para um interno, contando com equipe técnica especializada e custos operacionais mais elevados que os de certos colégios da Suíça. Apesar de toda esta infra-estrutura os resultados têm sido pouco satisfatórios. Bondesen (apud Feldman, 1977) avaliou treze instituições suecas, 'descritas como pequenas, abertas e orientadas para o tratamento' e conclui que em todas elas a criminalização, o uso de drogas, a institucionalização e a alienação ultrapassam quaisquer efeitos positivos obtidos, pois apenas 3% dos internos diziam ter sido ajudados pela instituição contra 63% que afirmavam terem sido extremamente prejudicados" (in *A instituição e a identidade do menor infrator.* Revista Psicologia, Ciência e Profissão, ano 8, v. 1/88, p. 20-21).

Vale sempre enfatizar portanto que, sendo equivocada a internação em sua própria origem, por mais que as condições reais de sua execução melhorem ela ainda continuará inadequada a seus propósitos, sejam eles curativos ou educativos.

Não há como se desenvolver um trabalho terapêutico num ambiente de contenção, onde a individualidade da pessoa é naturalmente inibida. A psicoterapia, em particular, não pode tornar-se item de um programa de observância compulsória, vez que depende da disponibilização interna do sujeito em reconhecer seu problema e aceitar ajuda. Tem de ser opção e não imposição. De outro lado, ao acumular, na instituição, o papel de avaliador da medida, não conta o psicólogo com condições mínimas de enquadre psicoterápico. Por fim, o ambiente arti-

dado, inevitável. Os atos não se medem pela escala do certo ou do errado, mas do necessário e do possível"(Coord. José J. Queiroz – *O mundo do adolescente infrator.* 3. ed. São Paulo : Cortez, 1987, 3. ed. p. 150).

(55) Vejam-se: ECA, art. 122, § 1.º e art. 94, § 2.º; pontos 59, 80 e 87. das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade ONU e ponto 26.6 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração de Justiça da Infância e Juventude (Regras de Beijing).

ficial no qual se insere o interno suprime-lhe a vivência de relações significativas indispensáveis ao avanço do processo terapêutico.

De outro lado, *impossível, também, sob regime de segregação forçada, o estabelecimento de um vínculo pedagógico autêntico* entre o profissional da instituição e sua clientela. Afora o antagonismo natural entre o recluso e o pessoal da entidade como ressalta Goffman, o caráter coercitivo do estudo, o perene anseio de liberdade e a expectativa de recuperá-la a cada momento subtraem a atenção do educando. Ademais, reproduzem-se, na instituição, as dificuldades que usualmente o conduziram a evasão escolar na comunidade e que, remanescendo intocadas, comprometem seu aproveitamento. A propósito, Gloria Maria Galego Garcia (com auxílio de Ferrajoli in *Derecho y Razón. Teoria del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995 p. 271), vai mais longe: "Portanto, a privação de liberdade, ao segregar o menor do meio social evidentemente não pode pretender reeducar: 'repressão e educação são definitivamente incompatíveis, como são a privação de liberdade e a liberdade mesma, que constitui a substância e o pressuposto da educação, de maneira que a única coisa que se pode pretender do cárcere é que seja o menos repressivo possível e, por conseguinte, o menos dessocializador e deseducador possível'." (in *Tratamienteo jurídico-penal del menor en Colombia,* Revista Estudios de Derecho da Universidad de Antioquia, Medelin, Colombia. Vol. LVI, 369:378).

A internação, como se vê, tem poucas chances de trazer algum ganho ao adolescente e, em contrapartida, tem ampla possibilidade de causar-lhe sério prejuízo. São os especialistas que o dizem: "As pesquisas de Feldman (1977) sugerem, primeiro, que as experiências carcerárias aumentam de fato a probabilidade de reincidência após a libertação e, segundo, que isto ocorre devido aos efeitos nocivos da vida na instituição, em geral, e na prisão em particular. Caso especialistas fossem convocados a planejar um sistema dedicado a treinar adolescentes para a delinqüência, dificilmente conseguiriam produzir algo melhor que nosso sistema vigente de instituições correicionais" (GOMIDE, Paula. *Menor infrator, a caminho de um novo tempo.* Curitiba, Juruá, 1990, p. 26).[56]

Pautado nestas conclusões, ouça a propósito, o que diz com propriedade um jurista, arrematando todo o tema: "Nesta

(56) Neste sentido, com garantia de neutralidade científica e apartado de qualquer debate ideológico acerca das questões, têm-se o parecer de dois psiquiatras norte-americanos: "Os reformatórios e os centros de reclusão podem dispor de programas terapêuticos, de reabilitação ou educativos, ou simplesmente oferecer nada mais do que vigilância. As provas de que o encarceramento reduz a reincidência não são alentadoras (Griffin e Griffin, 1978; Multvey *et al.* 1993). Ao se internar o jovem em tais instituições pode-se expô-los a uma subcultura da delinqüência nociva e sofisticada em que podem aprender e reforçar condutas desviadas. Estas preocupações, assim como o êxito de alguns programas baseados em sua aplicação dentro da comunidade local tem conduzido a tentativas de se tratar a delinqüência fora dos programas institucionais (Wicks Nelson, Rita e Israel, Allen C., *Psicopatologia del niño e del adolescente.* Madri : Prentice Hall, 1997, p. 204). Mussen, Conger e Kagan, em seu clássico manual de psicologia do desenvolvimento, após analisarem vários estudos controlados sobre o tema, sentenciam: "Abordagens mais tradicionais como a punição ou confinamento a instituições *correcionais* só têm no geral contribuído para piorar a situação. Estas abordagens submeteram o jovem a experiências psicologicamente traumatizantes e amargas, ao mesmo tempo em que propiciaram pouca ou nenhuma ajuda psicológica, educacional ou vocacional; por outro lado, serviram como escolas de 'aperfeiçoamento' para futura conduta criminal" (in *Desenvolvimento e personalidade da criança.* São Paulo : Harbra, 1977, p. 528).

ótica, não temos dúvidas em afirmar que, do elenco das medidas socioeducativas, a que se mostra com as melhores condições de êxito é a da liberdade assistida (...). E, no outro extremo deste mesmo olhar, vislumbra-se que a internação é a medida socioeducativa com as piores condições para produzir resultados positivos. Com efeito, a partir da segregação e da inexistência de projeto de vida, os adolescentes internados acabam ainda mais distantes da possibilidade de um desenvolvimento sadio. Privados de liberdade, convivendo em ambientes, de regra, promíscuos e aprendendo as normas próprias dos grupos marginais (especialmente no que tange a responder com violência aos conflitos do cotidiano), a probabilidade (quase absoluta) é de que os adolescentes acabem absorvendo a chamada identidade do infrator, passando a se reconhecerem, sim, de má índole, natureza perversa, alta periculosidade, enfim, como pessoas cuja história de vida, passada e futura, resta indestrutivelmente ligada à delinqüência (os irrecuperáveis, como dizem deles). Desta forma, quando do desinternamento, certamente estaremos diante de cidadãos com categoria piorada, ainda mais predispostos a condutas violentas e anti-sociais. Daí a importância de se observar atentamente as novas regras legais referentes à internação, especialmente aquelas que dizem respeito à excepcionalidade da medida, sua brevidade e, a todo tempo, o respeito à condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (Olympio Sotto Maior in *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente,* Munir Cury (org.), São Paulo, Malheiros, 1996, 2. ed. p. 341).[57]

5.3.2.2 Fundamentos jurídicos da excepcionalidade – A definição do conteúdo de tal princípio pode ser buscado, inicialmente, no próprio sentido da palavra excepcionalidade. *Excepcional,* segundo o Dicionário Michaelis, é adjetivo que significa. 1. Em que há exceção. 2. Relativo a exceção. 3. Invulgar. 4. Excêntrico. 5. Extraordinário. Claro, pois, que sendo excepcional a medida de internação não pode ser de aplicação co-

(57) Outra ilustre comentadora do ECA também afirma, por exemplo, que "a falência da institucionalização de crianças e jovens vem demonstrada em vasta bibliografia" (Tânia da Silva Pereira, *Direito da Criança e do Adolescente.* Rio de Janeiro : Renovar, 1996, p. 556). Paulo Afonso Garrido de Paula, in *Temas de direito do menor.* São Paulo : RT, 1987, p. 146, já sob a égide do Código de Menores lecionava que o 'legislador menorista constatou a total inadequação dos estabelecimentos destinados ao confinamento de menores como instrumentos de promoção da criança ou do adolescente infrator". O Desembargador Amaral e Silva, ilustrou sua palestra *A criança e o adolescente em conflito com a lei* (in: SEMINÁRIO. Adolescentes em conflito com a lei e as medidas socioeducativas: implementando o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, 29 e 30/Nov. 1995. Brasília: INESC – Instituto de Estudos Sócio-Econômicos, 1995), com esta eloqüente referência: Afrânio Peixoto (in *Criminologia.* Saraiva : São Paulo, 1953) criticando o critério do discernimento e a redução da idade da responsabilidade penal, advertia: "Simplesmente abominável. Antes tivesse sido a lei omissa em todos esses casos porque 'quando um menor comete um delito e o deixamos fugir, são menores as probabilidades que torne a praticar novo crime, do que se o punimos' (Von Liszt) Como castigo de uma culpa somenos, vai a justiça tonta levá-lo ao cárcere, onde, na 'universidade do crime' (Garraud) aprenderá o que lhe falta, dos veteranos e dos inveterados, para exercer cá fora, no primeiro momento, talvez com aquela ânsia sôfrega que têm os doutrinários de ensaiar, na experiência, um conhecimento adquirido. De um menino ou um rapaz culpado de falta venial, vamos fazer, consciente-mente, ineptamente, criminosamente, um celerado, que nos vai punir pela nossa inqualificável cegueira ou estupidez, com outros e multiplicados crimes. Será, se me permitem comparação, segregar um doentinho de sarampão, num hospital de pestosos: e tal imbecil sociedade ainda chamará 'criminoso' ao menor delinqüente, que ela vai transformar em grande celerado (...)."

mum, deve necessariamente fugir à regra. Conclui-se, pois, que *a regra é a aplicação de medida distinta da de internação.* A regra é a medida em meio aberto. Neste sentido, ainda, é o que dispõe o art. 100 c.c. art. 113 do ECA. Na escolha da medida socioeducativa devem-se priorizar aquelas que estimulem o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, ou seja, aquelas nas quais estes vínculos são preservados.

Num segundo plano, vamos buscar uma primeira definição mais técnica do princípio da excepcionalidade no art. 37.b da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, incorporada ao direito interno pelo Decreto Legislativo 28/90. A Convenção, fonte inspiradora do ECA,[58] consigna que "a detenção, reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei somente e *apenas como último recurso"* (art. 37.b). A mesma regra vem disposta, de forma um pouco mais analítica no art. 122, § 2.º do ECA: a medida de internação não pode ser aplicada havendo outra medida adequada.

Parte-se, assim, da idéia de *que a regra é a medida em meio aberto.* Esta, a princípio, deve sempre ser a primeira opção de regime socioeducativo. Presume-se por questão de lógica decorrência legal, ser o regime aberto aquele mais adequado para todos os casos. A excepcionalidade do caso, pois, *deve vir demonstrada de forma a ilidir a presunção de adequação de regime mais brando.* Daí decorre uma conseqüência processual fundamental: cabe ao MP demonstrar, segundo as circunstâncias concretas da hipótese focalizada, que outra medida não seria suficiente para o alcance dos ideais educativos eleitos por lei como instrumento de defesa social mais eficaz. Veja-se, a respeito, a lição de Emilio Garcia Mendez: "Pode-se afirmar que esta última disposição § 2.º do art. 122 do ECA 'inverte o ônus da prova', obrigando o juiz a demonstrar, fundamentadamente, os motivos que impossibilitaram a aplicação de uma medida diferente da internação" (in *Das necessidades aos direitos.* Série direitos da criança 4. São Paulo, Malheiros, 1994, p. 112).

Tal demonstração implica rigorosa investigação, cujo instrumento, por excelência, é o raciocínio *indutivo,* que alcança uma conclusão a partir exame metódico da realidade fática em toda sua complexidade e individualidade. Algo completamente diverso das usuais generalizações obtidas por raciocínio *dedutivo* a partir de premissas pouco rigorosas, fixadas ao sabor da ideologia pessoal que inspira cada aplicador. Cuidam-se, na verdade, de convicções subjetivas erigidas à categoria de presunções, sem, todavia, qualquer amparo jurídico. Elas, a despeito de sua total falta de sustentação à luz da ciência e do direito posto, bem como da boa lógica, conformam o alicerce mais comum das sentenças e acórdãos de internação hoje proferidos. Seguem alguns exemplos mais comuns:

a) *A gravidade do ato infracional praticado pelo jovem revela comprometimento pessoal tão acentuado que somente a medida de internação mostra-se capaz de ressocializá-lo.*[59] Tratam-se, aqui, em verdade dois juízos distintos, formadores de um raciocínio completamente equivocado. *Primeiro Juízo:* ato grave revela alto grau de comprometimento subjetivo. *Segundo Juízo:* alto grau de comprometimento subjetivo somente pode ser enfrentado através da medida de privação de liberdade. *Primeiro:* É certo que a gravidade objetiva do ato infracional, em si, pouco revela sobre a

(58) Embora o ECA preceda em publicação a Convenção, seu texto é claramente inspirado no anteprojeto da Convenção.

(59) Por exemplo, veja-se: "Medida socioeducativa de internação de servir de parâmetro ao adolescente para que possa compreender o desvalor do ato infracional perpetrado (ApCiv 34.072-0/1 – Rel. Cunha Bueno. De idêntico teor, entre outros inúmeros julgados ApCiv 34.335-0/2, 41.401.0/0, 41.408.0/2, 43.479.0/0, 38.780.0/1 etc.).

personalidade de um adolescente. Personalidade é um conceito psicológico que envolve traços de permanência. Um ato isolado, ou visto de forma isolada, ainda que grave, não revela quem é na verdade a pessoa. A partir de um ato isolado não se constrói raciocínio dedutivo rigoroso. Depois, a personalidade do adolescente tem características que tornam ainda menos patognomônico um único comportamento. Mais, os atos infracionais não são praticados isoladamente. Seu formato é muitas vezes um fenômeno atribuível ao grupo, outra vezes completamente atribuível a um membro do grupo. *Segundo:* Ainda que o comprometimento da pessoa seja sério, a internação é ainda e será sempre o regime *menos* apropriado a promover a educação esperada. É um equívoco, atentatório a tudo o que demonstra a experiência histórica e os estudos científicos, achar que a internação tem, efetivamente, um efeito pedagógico significativo.

b) Apenas com o regime de internação, ou seja, com uma resposta severa do Estado, o jovem compreenderá que infracionou gravemente. Primeiro, não se tem claro se em todos os casos o jovem realmente infracionou porque não reconheceu a gravidade da infração. Parte-se da idéia equivocada de que quem reconhece a gravidade de certa conduta não a põe em prática. *Segundo,* é claro que o jovem que inicialmente subestime a gravidade de seu ato pode conscientizar-se dela ainda que não receba o tratamento mais severo por parte do Estado. A autocrítica e a reflexão são características humanas universais e naturais. Não pressupõem o sofrimento para emergirem. Na maioria das vezes as pessoas percebem a dimensão dos atos simplesmente pensando sobre eles em momento posterior. *Terceiro,* O Estado pode ser severo sem ser draconiano, sem ser irracional, porque a privação de liberdade é francamente prejudicial à educação e ressocialização do adolescente. Sujeito ao código do recluso e à prisionalização peculiares às unidades de contenção, sob medida de internação o jovem tem enormes chances de, oprimido pelo ambiente, não se conscientizar da gravidade de sua transgressão e, além disso, assumi-la como expressão legítima de si. *Quarto,* a liberdade assistida ou a prestação de serviços comunitários, de outro lado, ao submeterem o jovem a um programa de observância coercitiva, com alteração em sua rotina de vida, são plenamente hábeis a revelar a dimensão do erro praticado. *Quinto,* nem sempre o jovem estabelece relação de causalidade entre a gravidade do que fez e a severidade da sanção recebida, procurando creditar esta última a outros inúmeros fatores. *Por fim,* incorre a afirmação comentada no equivoco de iniciar-se com a palavra *apenas.* Dizer-se que sem a privação de liberdade um jovem que praticou roubo não conseguirá compreender que infracionou gravemente é, assim, uma generalização apressada e incorreta.

c) *O fato de o adolescente ter infracionado significa que sua retaguarda familiar é frágil e insuficiente (se assim não o fosse ele não teria infracionado), o que torna inelegível a liberdade assistida, a qual pressupõe ampla capacidade por parte de parentes e responsáveis do jovem.* Outra vez aqui, dois juízo. *Primeiro Juízo:* ato infracional grave significa sempre falta de respaldo familiar. Inexiste nexo de causalidade ou correlação necessária entre um termo e outro da sentença. Ainda que a família de fato estivesse negligenciando naquele momento o acompanhamento do jovem, é evidente que a superveniência do ato infracional desencadeia a mobilização do grupo familiar, ensejando um acompanhamento mais rigoroso dos passos do jovem. *Segundo Juízo.* Sem retaguarda familiar, inviável a aplicação da liberdade assistida. Tal regime não pressupõe pais desde logo plenamente preparados. Este amadurecimento é, aliás, algo que cumpre ao orientador da medida promover (art. 119). Depois, ainda que fosse de fato

inexistente a retaguarda familiar, isto não conduz desde logo à medida de internação. A família deve ser amparada com base nas medidas do art. 129 pelo conselho tutelar.

d) *Deve haver tratamento severo para que não se difunda a idéia de impunidade.*[60] De uma vez por todas deve ser abandonada a idéia de que um tratamento, para ser severo, necessita incluir a segregação. Não é porque não há prisão que haja impunidade. Subsistem, em verdade, inúmeras formas de responsabilização penal que prescindem da subtração completa da liberdade do transgressor para representarem enérgica reação estatal a uma transgressão. Tratam-se das sanções alternativas à prisão, tendência irrefreável dos sistemas penais contemporâneos, tendo em vista o consenso internacional de que a privação de liberdade e a segregação do criminoso são providências caras, ineficazes, e agravadoras do problema que elas próprias buscam resolver. Aliás, *Beccaria,* cerca de duzentos anos atrás já advertia que "o rigor do suplício não é que previne os delitos com maior segurança, porém a certeza da punição (...) A perspectiva de um castigo brando, porém inflexível, provocará sempre uma impressão mais forte do que o impreciso medo de um suplício horrendo, em relação ao qual aparece alguma esperança de não punição".[61]

(60) Veja o que disse a seguinte decisão do TJDF": As medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente devem ser aplicadas conforme as circunstâncias e a gravidade de cada conduta, a fim de que não induzam à idéia de impunidade. É ininvocável constrangimento ilegal por excesso de prazo, se a instrução se encontra encerrada." (*Biblioteca dos direitos da criança ABMP* – Jurisprudência – v. 01/97 – HC 7.424/96-DF, Ac. 91.101, TJDF, 1.ª T. Crim, Rel. Des. Lécio Resende da Silva, v.u., 05.12.1996, DJ/DF II/III, 19.02.1997, p. 1.870).

(61) *Apud* texto publicado em http://www.prdf.mpf.gov.br/~gazoto/sistpun.htm.

Assim, como bem demonstrado, *estas assertivas não fazem prova que desautorize a presunção de cabimento da medida em meio aberto.* O ser humano – de resto como toda realidade humana – é um fenômeno infinitamente complexo. Suas condutas não se regem por leis gerais. Mesmo que seus contornos exteriores sejam assemelhados, os eventos do mundo humano normalmente são frutos de complexa combinação de fatores que reafirmam continuamente a total singularidade de cada um a cada momento. Assim, não se encontrar a medida socioeducativa mais adequada sem se pesquise esta realidade peculiar que subjaz atrás do evento ilícito. E tal pesquisa tanto melhor será quanto mais transcenda o olhar meramente jurídico (de tendência generalizante), ganhando leituras de outras ciências como a psicologia e o serviço social (com abordagem de cunho mais clínico). É neste espaço que o magistrado necessariamente deve ir buscar subsídios para fundamentar a excepcionalidade da hipótese sob julgamento (afastando a adequação de outras medidas mais brandas), e, assim, aplicar a medida de internação se os demais requisitos legais estiverem presentes.

5.3.2.3 Redefinição dos objetivos da internação à luz da excepcionalidade – O objetivo da internação, tendo em vista tratar-se de instrumento inadequado à realização do propósito para o qual foi criada, é mais simbólico, ou seja, de funcionar instrumento garantidor da eficácia e do dever de cumprimento das medidas mais brandas. Pressupõe, por ordem legal expressa, a prévia testagem prática de outros regimes menos gravosos, com demonstração empírica de fracasso. Uma vez aplicada, deve servir simplesmente como catalisador de um processo de reflexão no jovem e mobilizador de meios para que tal processo possa prosseguir em meio aberto.[62] Ela, com toda certeza não se presta a:

(62) Veja alguns critérios delineados para cabimento da medida de internação: "A medida

I – introjetar no adolescente valores morais. Interessa ao Estado que o jovem não infracione, somente isto. O poder público não tem legitimidade para forjar a consciência de seus cidadãos exigindo que sigam determinada cartilha moral, que sintam culpa, ou que se solidarizem com a vítima. Ao Estado interessa apenas que o cidadão, por exemplo, não ultrapasse o sinal vermelho. Pouco importa à ordem social se ele obedece às regras de trânsito por respeito ao outro ou por medo da multa. Neste sentido, a mobilização familiar gerada pelo ato infracional, associada ao trauma da captura e passagem pelo sistema policial-judicial, apresenta-se muitas vezes como resposta suficientemente aversiva para a extinção da conduta transgressora – eliciadora da resposta indesejada – no repertório comportamental do jovem. Nem sempre é preciso que ele se arrependa, que chore pela vítima para que decida não mais transgredir. Por isto, a internação não se justifica como meio de introjetar valores. Até porque é instrumento inadequado para isto.

II – cura de problemas psiquiátricos. Jovens que infracionam por deficiência ou doença mental, não podem receber medida socioeducativa de internação (ver item 5.1.a supra). Ademais, como conseguir isto em um regime que estimula os problemas psiquiátricos?

de internação é o remédio extremo, a que somente o reincidente recalcitrante, que não trabalha nem estuda, nem demonstra sinais de recuperação, deve ser submetido" (RJ TJRGS 166/277). "A internação somente deve ser admitida em casos excepcionais, quando baldados todos os esforços á reeducação do adolescente, mediante outras medidas socioeducativas" (TJSP – ApCiv 22.716-0 – Rel. Yussef Cahali). Emilio Garcia Mendez entende que "a privação de liberdade é uma media excepcional e último recurso que deveria ser somente o resultado possível de infrações gravíssimas" (in *Publicação do Conanda,* cit., p. 8).

III – obtenção de dinâmica psicológica interna perfeita. Como conseguir isto em regime de internação se a internação desestabiliza? Ademais, nem a mais eficaz das psicoterapias, ministrada por décadas, teria condições de alcançar tal objetivo, mormente se esta dinâmica psíquica está em fase de acomodação de forças, peculiar à adolescência.

IV – conquista de um respaldo familiar favorável. Se o problema está em sua família, não é lógico punir o jovem.

V – Em resumo, *qualquer providência de caráter assistencial.* Se o jovem é desamparado, carente, analfabeto, doente, drogadito, ameaçado de morte, objeto de exploração sexual ou de maus tratos, seu problema não interessa ao Juiz da Infância e Juventude, mas sim ao Conselho Tutelar. Se o jovem infraciona porque está nestas condições não é através de medidas socioeducativas que sua problemática deva ser equacionada. Somente se a infração resultar de outra ordem de fatores a medida socioeducativa se justifica e sua missão, ainda assim, não será suprir a demandas que as políticas públicas de base não atenderam. De uma vez por todas, o Poder Judiciário não é órgão de assistência social[63] e muito menos a

(63) A propósito, confira-se a lição de Antonio Carlos Gomes da Costa com clareza que lhe é peculiar: "O Estatuto traz como um de seus principais avanços a separação dos casos sociais – encaminhados aos Conselhos Tutelares – daqueles que envolvem conflito de natureza jurídica, estes, sim, matéria de decisão judicial. (...) De fato, uma das grandes falhas do antigo Código de Menores foi agrupar sob o mesmo rótulo de "menores em situação irregular" crianças e adolescentes (i) desprovidos de meios para satisfação de suas necessidades básicas (carentes), (ii) privados de qualquer tipo de assistência familiar (abandonados) e (iii) em conflito com a lei em razão do cometimento de delito (infratores). A conseqüência prática desse amalgamento dos casos puramente sociais com aqueles que envolviam conflito de natureza jurídica foi transformar os juizados de menores no desaguadouro dos

medida de socioeducativa – especialmente a de internação – um dos instrumentos para fornecer esta assistência.

5.4 Exemplos de pontos a serem verificados na etapa de individualização da medida à luz de seus princípios informadores

Direcionado pelos princípios diretores acima mencionados (priorização das circunstâncias pessoais do infrator e excepcionalidade da medida de internação) passa-se, então, ao processo de individualização da medida propriamente dito.

Dentre as circunstâncias da infração (art. 112, § 1.º do ECA) destaque-se, como de investigação compulsória:

a) o grau e a natureza da participação do jovem no ato infracional, se foi ele quem protagonizou a ação.

b) o *modus operandi*, com maior ou menor profissionalismo na execução do ato infracional.

c) efetiva lesão do bem jurídico tutelado ou risco de lesão.

d) o contexto mediato e imediato onde emergiu a conduta transgressora.

> problemas sociais do município, forçando-os a assumir, além da sua natureza função judicante, o papel de simulacro de órgão de assistência social. (...). Tal mecanismo colaborou de maneira decisiva no surgimento e na consolidação, entre nós, da mentalidade de que as crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social, mais que um problema das políticas sociais do município, são "um problema do juiz" e dos órgãos estaduais criados para servir-lhes de retaguarda, as Febem(s) (*Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor*). A Justiça de Menores, no interior desse modelo, passou a ser utilizada, não como mecanismo de controle social do delito mas como mecanismo de controle social da pobreza, uma vez que os juizes se viram convocadas a, numa triste simulação de dirigente social, atuar no terreno baldio (área de não-cobertura) das políticas públicas" (in *Série direitos da criança*. São Paulo : Malheiros, 1994, v. 1).

e) a extensão subjetiva da adesão do jovem ao ato.

A gravidade (art. 112, § 1.º do ECA) que releva nesta etapa ponderar é a que diz respeito ao caso concreto. A gravidade em abstrato já foi ponderada na segunda fase para fins de exclusão ou não da medida de internação.

Neste momento, também, cabe ao aplicador considerar todas as circunstâncias que na esfera penal seriam relevantes na fixação da pena. Garante-se, assim, que a idade não desfavoreça o jovem. Impõe-se, assim, considerar a presença das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP[64] e a presença de eventuais atenuantes ou agravantes (arts. 61-68 do Código Penal).

Às ponderações sobre as circunstâncias do ato infracional somam-se, agora, aquelas que – já incluídas ou não nas circunstâncias judiciais ou legais – dizem propriamente respeito à pessoa do adolescente. Cabe, então, atentar-se para:

a) aspectos psicológicos do jovem.

b) aspectos familiares.

Nesta operação deve o julgador valer-se do precioso auxílio de um relatório multidisciplinar, subscrito por psicólogo e assistente social (ECA, art. 186, *caput* e § 4.º). Ele, contudo, como se sabe, não está adstrito a pareceres técnicos.[65] To-

(64) No esboço de anteprojeto de lei de execuções de medida sócio educativa, o Des. Amaral e Silva sugere a seguinte alteração do ECA: "Art. 97 – O § 1.º do art. 112 da Lei 8.069 de 13.07.1990 passa a vigorar com a seguinte redação: "O juiz, atendendo à responsabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do ato infracional, bem como ao comportamento da vitima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reintegração sociofamiliar do adolescente, a reprovação e prevenção do ato infracional, a medida aplicável dentre as cominadas."

(65) AgIn 38.479.0/8, 45.573.0/3, 41.739.0/9, 41.741.0/1 e 39.967.0/2.

davia, a rejeição da opinião técnica deve ser necessariamente fundamentada (o sistema é o do livre convencimento *motivado*), e deve obrigatoriamente basear-se em desacordo da opinião técnica com o espírito da lei, cuja salvaguarda intransigente é sua. Ou seja, o laudo pode ser rejeitado por seus juízos de valor, não em seus juízos de fato.[66] Estes últimos somente podem ser afastados através de outra avaliação técnica.

6. Conclusão

A pretensão do texto, mais do que fornecer um quadro acabado de referência, é a de estimular a reflexão e o debate sobre os relevantes pontos apresentados. As colocações lançadas estão ainda, para os próprios autores, em fase de acomodação e sistematização, sujeitas, pois, a contínua revisão.

De qualquer maneira, o quadro seguinte sistematiza de maneira geral a essência do que foi formulado:

ETAPAS DO PROCESSO DE APLICAÇÃO DE DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

1.ª etapa – Exame de procedência

Pergunta – É possível aplicar medida socioeducativa?

Princípio – A aplicação de medida socioeducativa pressupõe ação socioeducativa julgada procedente, o que se dá somente se, em idênticas condições, fosse proferido um decreto condenatório na esfera penal.

Pontos a serem verificados	**Regência legal**
Prova suficiente de autoria e materialidade, colhida à luz do devido processo legal,	CCP – ECA – CF
de conduta típica, antijurídica, culpável e punível	CP por remissão art. 103 do ECA

2.ª etapa – Cominação – ou delimitação do rol de alternativas socioeducativas à disposição do magistrado

Pergunta – Está a medida de internação disponível para aplicação?

Princípios – 1. O adolescente não pode ser responsabilizado mais severamente que o adulto imputável.

2. Não existe possibilidade de medida socioeducativa de internação fora das hipóteses do art. 122 do ECA.

Pontos a serem verificados	**Regência Legal**
Exclusão da medida de internação pelos critérios do ECA	Art. 122 do ECA
Exclusão da pena restritiva de liberdade na esfera criminal, considerando privilégios, causa de aumento e diminuição de pena e privilégios do crime	CP

(66) Usualmente os pareceres são rejeitados com base em suposições de que não retratam a realidade, suposições lastreadas em deduções genéricas situadas no movediço terreno da impressão pessoal. Ora, a impressão pessoal do magistrado, de cunho dedutivo, não tem força lógica para desautorizar conclusão angariada através de método científico indutivo, como é aquela produzida pelos técnicos.

3.ª etapa – Individualização – ou definição da medida socioeducativa adequada entre as não excluídas

Pergunta – Qual a medida socioeducativa mais adequada?

Princípios – 1. preponderância dos aspectos subjetivos sobre os objetivos.

2. excepcionalidade da medida de internação.

Pontos a serem verificados	**Regência legal**
Circunstâncias concretas da participação do jovem no ato infracional	ECA e CP
Circunstâncias judiciais e legais	CP
Circunstâncias relativas a sua pessoa, seu meio, sua família	ECA

5. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

5.1

LA PERCEPCIÓN SOCIAL DEL DELITO Y DE LOS PROCESOS DE ESTIGMATIZACIÓN EN LA SOCIEDAD CUBANA DE LOS 90. UNA APROXIMACIÓN

GUILLERMO C. MILÁN ACOSTA

MORAIMA DÍAZ ARNAU

SUMÁRIO: 1. Introducción: 1.1 Métodos utilizados en el estudio; 1.2 Conceptos utilizados, variables estudiadas – 2. Percepción del delito, la estigmatización y la denuncia por la población: 2.1 La estigmatización; 2.2 La denuncia de los hechos delictivos; 2.3 La gravedad del delito y el envío a prisión de los comisores de delito; 2.4 La percepción del delito en la muestra – 3. Conclusiones.

1. Introducción

El objeto de nuestro trabajo, la percepción social del delito y el proceso de estigmatización, se incluyen entre los fenómenos sociales que reflejan las características en cada etapa histórica de la sociedad civil y su relación con el sistema político; en específico uno de sus medios, la norma jurídica en su carácter coercitivo y en la imposición del sistema de relaciones sociales que reflejan los valores de la clase dominante.

El estudio de estos fenómenos es necesario ya que cualquier enfoque de tendencias del delito en Cuba, partiendo del análisis de las estadísticas criminales, deberá tener en consideración cuatro elementos importantes: la historicidad del delito, el proceso de estigmatización, la percepción social de la norma y el hecho de la denuncia; los cuales permiten además del pronóstico una adecuada valoración de la cifra negra de delitos denunciados.

La percepción social del delito (1) al igual que la estigmatización, no solo son elementos de como se percibe la norma jurídica – elemento dentro del sistema de relaciones sociales y papel disuasivo por su carácter coercitivo –, sino que muestra cambios en la psicología social de los diferentes individuos y grupos sociales, a más de influir en el modo de participación de la población en las tareas políticas y constructivas de la sociedad.[1]

En este sentido, el delito ha sido considerado "una fuente principal de desintegración social al afianzar la exclusión por la vía de la marginalidad y la violencia" (2), por ende el estudio histórico de los principios que rigen el proceso de integración social pueden constituir un elemento para explicar las características y el propio comportamiento del fenómeno delictivo. Ya en la Conferencia de las Naciones Unidas en 1995 celebrada en Copenhague (3), para el desarrollo social, al abordarse el proceso de integración social, planteaba que sociedades justas, estables, seguras, humanas y toleran-

(1) Ver trabajo del Dr. DAVID, Miguel Limia. Las contradicciones esenciales de la sociedad cubana contemporanea. *Revista Cubana de Ciencias Sociales,* 1991:25: 81-108.

tes habían demostrado ser las mejores en el logro de este proceso.

En el propio programa de acción de la Conferencia se destacaban los principios que regían la integración social, los cuales relacionamos:

- la inclusión, como forma de aceptar la diversidad.
- mantener la estabilidad social y promover la justicia social.
- lograr la participación democrática.
- promover la no discriminación, la tolerancia, el mutuo respeto y el valor de la diversidad.

La historia del proceso criminológico cubano[2] (1963-1973) es una muestra de que estos principios aplicados consecuentemente en una sociedad es lo único que puede mantener el delito en limites tolerables.

En el caso de los procesos de estigmatización (4), resultado del enfrentamiento al delito, han demostrado en la práctica que refuerzan la conducta social delincuencial, a más de ser un elemento de desegregación por la sociedad de aquellos que han cometido hechos delictivos, fortalece la tendencia a la exclusión de estos a la actividad socialmente útil, provoca la desigualdad ante la ley y genera por sí mismo disfuncionalidad al incitar a los individuos a cambiar sus roles y status social. La importancia de su valoración dentro de un estudio de delito está dada por dos elementos fundamentales:

1ro. La estigmatización es un proceso aceptado por la mayoría de la sociedad como necesario, puede convertirse en un elemento que actúe en la dirección de crear una subcultura, con un fuerte contenido de marginalización y violencia.

2do. Si por el contrario, este proceso no es aceptado mayoritariamente puede provocar cambios en valores y transformaciones ideológicas muy difíciles de predecir y que a la vez transforman el hecho de denunciar y, por ende, el papel de la estadística criminal como base del pronóstico.

Ya en estudios realizados en los años 1989 y 1993 (1, 5) se observaron diferencias sustanciales en la percepción de los diferentes hechos delictivos y conductas no adecuadas por parte de grupos y capas sociales que conforman la Ciudad de La Habana; en específico las lesiones, la receptación, determinadas modalidades del hurto y la actividad económica ilícita, lo que influía en la no denuncia de estos hechos e indicaba posibles cambios en la valoración del delito.

1.1 Métodos utilizados en el estudio

Se procesó una encuesta en cinco municipios de la Ciudad de La Habana, con el objetivo de evaluar la percepción del delito por la población, los criterios de estigmatización social y la denuncia de los hechos delictivos.

El diseño muestral seleccionado fue no probabilístico (6) por cuotas según edad y sexo – la de los municipios estudiados –, que presenta similares características a las de la población de la provincia Ciudad de La Habana en cuanto a la tenencia de familiares en el exterior, recepción remesas del exterior, estructura de la sociedad en cuanto a tipo de propiedad donde se estaba ocupado, de la situación laboral y la raza.

En lo referido a la estigmatización y la denuncia se utilizó el método de análisis de contenido para la evaluación cualitativa de las respuestas (preguntas abiertas) (6). En el análisis de las demás variables de la encuesta se utilizaron métodos multivariados para el análisis (7, 8, 9).

1.2 Conceptos utilizados, variables estudiadas

En la encuesta se evaluaron los conceptos estigmatización, denuncia y percepción de los diferentes hechos delictivos.

(2) Ver resultado de investigación de MILÁN, Guilermo. *Tendencias de la actividad delitiva en Cuba en los albores del siglo XXI.* Instituto de Filosofía, CITMA, 1997.

Estigmatización: Es el etiquetamiento que sufren los individuos al participar en la comisión de delitos o hechos que son sancionados por las normas vigentes en la sociedad.

Denuncia: Es la reacción de las personas que son víctimas de hechos delictivos y consiste en dirigirse a las Unidades Policiales para dar a conocer los hechos, siendo esta la forma del enfrentamiento al delito a través de los órganos especializados.

Percepción del delito (1): Es el impacto del hecho delictivo en la psiquis de los individuos, visto a través de:

- La gravedad del hecho (con una escala de 0 a 3, que permitió la comparación con otros estudios sobre el fenómeno delictivo).
- La necesidad de envío a prisión de los comisores (variable dicotómica).

Además de la operacionalización de las variables anteriormente mencionadas se evaluaron un conjunto de variables socio-demográficas como fueron: el sexo, la edad, la raza, nivel educacional, estado civil y número de hijos.

Se definió la variable ocupación y centro de trabajo, con el objetivo de conocer el tipo de propiedad en el cual se estaba ocupado (sector tradicional, sector divisas y sector no estatal).

Otras variables estudiadas fueron la posesión de familiares en el exterior y la recepción de remesas, por la importancia que estas tienen en la conformación de valores en las sociedad cubana actual (10), además de las expectativas, vías de solución de la situación individual, aspectos de la vida cotidiana que se usaron para la valoración de posiciones sociopolíticas entre otros.

2. Percepción del delito, la estigmatización y la denuncia por la población

La encuesta realizada nos sirvió como diagnóstico – no generalizable a toda la población del país – para valorar la percepción de los fenómenos objeto de estudio, obteniéndose los siguientes resultados:

2.1 La estigmatización

En la percepción de los procesos de estigmatización, los resultados demuestran que el 75,7% de los encuestados consideró similares derechos a los sancionados que hubieran cumplido sus penas a los que no habían cometido delito.

Las variaciones en la percepción de este proceso nos indican que está asociada a la disminución de la alternativa de prisiones ante todos los hechos estudiados, además de mayores porcentajes de hechos considerados como no-delito.

Estas opiniones tienen un carácter diferencial según situación laboral, edad, recepción de remesas y tipo de propiedad donde trabajan los entrevistados, los que plantean mantener el carácter estigmatizante son fundamentalmente amas de casa, en edades entre 50 y 59 años, que reciben remesas en mayor proporción que el resto de la muestra, mientras los que trabajan lo hacen en el sector de la economía de acceso a la divisa.

Se destaca que los trabajadores y en especial los que lo hacen en el sector tradicional de la economía, son opuestos a los procesos de estigmatización.

Como se observa, la posición de los encuestados ante la estigmatización está muy influida por fenómenos que están presentes en la sociedad cubana actual – las diferencias sociales – y en grupos sociales donde la crisis económica es apreciada con matices particulares.

2.2 La denuncia de los hechos delictivos

En lo referido a la denuncia una quinta parte de los encuestados no acuden a realizar la denuncia y esto aumentaría a cerca de un 47% si consideramos aquellos que

prefieren determinar quién lo hizo y a partir de ello realizar la denuncia.

Esto concuerda con resultados obtenidos en otras investigaciones realizadas en la provincia de Ciudad de La Habana, y es una manifestación de cambios de actitud de la población ante la denuncia y expresión de búsqueda de soluciones individuales a los problemas que afronta.

Los que no optan por denunciar los hechos delictivos, al igual que en el caso de los que no están de acuerdo con el proceso de estigmatización, perciben en mayor porcentaje que los que denuncian la no-necesidad de la privación de libertad de los comisores de delitos y la tendencia a considerar los hechos delictivos como no-delito.

Los encuestados que plantean la no denuncia son esencialmente hombres, jóvenes, de raza negra, trabajadores, ocupados en el sector no estatal de la propiedad y nivel cultural medio superior.

2.3 La gravedad del delito y el envío a prisión de los comisores de delito (11)

La valorización de la gravedad del delito por los estudiados a partir de los resultados obtenidos por el modelo factorial nos sirvió para determinar que existían agrupaciones en los hechos puestos a consideración y que al analizarlos con los niveles de envío a prisión a los comisores, brindaban los siguientes elementos de interés:

1ro. Hay una clara separación de los delitos según bien tutelado, ya sea por el nivel de gravedad que percibe la población sobre estos así como el envío a prisión de los autores. Los niveles determinados son:

– Un primer nivel de muy grave y envío a prisión de los autores que se refiere a delitos contra la vida, en los cuales existe amplio consenso (más de un 80% de muy grave y más de 95% de envío a prisión).

– Un segundo nivel de grave o muy grave (más de un 80%), en los cuales la mayoría (más de un 75%) envía a prisión a los autores, que se refieren a los delitos contra la propiedad, en este grupo se diferencian los hechos de hurto con una quinta parte de la población que o lo considera leve o simplemente no acepta la prisión como medida sobre los autores.

– Un tercer nivel con los delitos de cuello blanco – solo pueden cometerlo los funcionarios – en que más de un 75% lo considera leve o grave y entre un 40 a un 48% enviaría a prisión a los autores.

– Un cuarto nivel que abarca un grupo de delitos en los que influye indudablemente la crisis económica que afecta el país (apropiación indebida o receptación), elementos de cultura violenta (lesiones) o simplemente cambios en los valores de la población (juego al prohibido) en que se consideran en más de un 75% leves o graves – con más de un 20% de no-delito, – y menos del 20% enviaría a prisión a sus autores.

– Un quinto nivel que está asociado com hechos que en su mayoría son considerados no delitos por el Código Penal, pero que o no están regulados por las leyes del país o simplesmente si no se cumplen las regulaciones pueden ser objetos de fuertes contravenciones y que su común denominador es el uso o disfrute de la propiedad individual, el derecho de realizar servicios particulares o el uso sin restricciones de la fuerza laboral propia, donde el 80% o más lo considera leve o no delito o no objeto de regulación y prácticamente no se valora la prisión para los comisores.

2do. El ser los hechos considerados por la mayoría de la población como no delitos o no objeto de normativas, es indudable que las no denuncia será lo más frecuente, luego tendrá que ser el aparato estatal capaz de deterctarlo y reprimirlo, y por ende su carácter no popular y potencialmente estigmatizante

– pues el no pago de contravenciones puede llevar a medidas de privación de libertad – sin contar los efectos que tiene la creación de aparatos de control muy amplios en procesos de corrupción y en la formación de subculturas teniendo como elementos los procesos de diferenciación social que hoy vive el país.

3ro. La percepción de la gravedad de los hechos delictivos y el envío a prisión de los autores manifiestan diferencias por sexo, área de la propiedad donde se vincula el trabajador, edad, raza y nivel educacional. Algunas consideraciones sobre este aspecto nos permite destacar:

– La alternativa de envío a prisión crece con la edad y decrece con el aumento del nivel cultural, esto último excepto en los delitos de cuello blanco, juego al prohibido y sacrificio de ganado mayor.

– Los negros tienden a plantear menos la alternativa de prisión.

– El hurto, las lesiones y los delitos de cuello blanco son percibidos con diferente gravedad por los trabajadores de acuerdo al tipo de propiedad que ocupan.

2.4 La percepción del delito en la muestra

El análisis de la percepción del delito en la muestra estudiada nos permitió conformar grupos partiendo de las variables de gravedad y envío a prisión, resultando que se podían agrupar en dos. Uno de estos – alrededor del 75% de los encuestados – mostraba cambios en la percepción, alejándose de la norma jurídica en algunas tipificaciones delictivas, y otro – minoritario – más cercano al concepto normativo.

Los elementos que permitían esta caracterización estaban en lo asociado al manejo libre de la propiedad individual, los conceptos de gravedad del juego al prohibido, las lesiones, el robo con violencia y el hurto, manteniendo porcentajes mayores en la no prisión para los comisores de los hechos delictivos y en la consideración de estos hechos como no delitos.

Estos resultados muestran una desviación de la valoración de la muestra estudiada con respecto a la norma, lo cual es un elemento que afecta la estigmatización, denuncia y apreciación de la gravedad y necesidad de envío a prisión de los autores de hechos delictivos en el grupo mayoritario.

Una sola pregunta faltaría por responder: ¿Quiénes son?

La estructura racial del grupo mayoritario está sobrerrepresentado por personas blancas, pertenecientes al sector tradicional de la economía, en una proporción mucho menor que la población poseen familiares en el exterior o reciben remesas, y una estructura por sexo donde predominan las mujeres.

La composición sociodemográfica en dicho grupo mayoritario, donde se evidencian cambios en la percepción de la norma, es representativa de las características sociodemográficas de la población de la Ciudad de La Habana y no son necesariamente los que pudieran estar sujetos a los procesos que hemos evaluados.

Podemos agregar que el grupo mayoritario posee similares necesidades que la muestra total, legitima el proceso revolucionario, aunque se encuentra pesimista ante la posibilidad de lograr sus aspiraciones personales con la situación económica actual, y no considera la vía de solución de sus problemas a través del esfuerzo individual.

Si a lo anterior se une que en la composición sociopolítica[3] del grupo mayoritario están todas las posiciones representa-

(3) Ver resultado de la investigación de MILÁN, Guillermo. *Los procesos anómicos en la sociedad cubana actual.* (1ra. parte), Instituto de Filosofía, CITMA, 1997.

das con similar distribuición que en el total de la muestra estudiada, podríamos concluir – teniendo en consideración, además, el resultado de los estudios realizados desde el 90 hasta este propio año – que se pueden estar gestando en la sociedad cubana actual, *cambios en la cultura de la legalidad o en la legitimidad de la norma, lo cual no está asociado a una posición sociopolítica determinada.*

3. Conclusiones

La existencia del delito no es solo un problema de los individuos sino de la sociedad que tiene un importante peso, ya sea en la formación de valores, ya sea en el mecanismo de las oportunidades que brinda ya que sus instituciones respondan a los fines por las que fueron creadas.

Consideramos que esta nueva situación delictiva no se resuelve con normas jurídicas y formas coercitivas solamente, pues ellas en nuestro país han demostrado su ineficacia para producir cambios en la tendencia secular de la incidencia del delito, y esta tendencia se mantendrá, de no influir en los factores que en el ámbito societal la condicionan.

Por otra parte, el uso de las medidas de privación de libertad deben disminuir, buscando alternativas criminológicas que las sustituyan, situación similar a los antecedentes penales que no deben afectar las alternativas de empleo, como una medida de justicia social.

Es importante destacar que los cambios en la percepción de las normas observados en la muestra estudiada no está condicionado por posiciones sociopolíticas de las personas, se comporta diferencialmente por sectores sociales (raza, edad, género, sector de la propiedad, entre otros), se identifican con el proceso revolucionario pero sin embargo consideran que no es a partir del esfuerzo individual que se podrán resolver sus problemas personales y familiares.

Estos cambios en la percepción social se manifiestan no solo en el aumento de la no denuncia de los hechos delictivos y en la valoración de la gravedad de éstos, sino que se vinculan al rechazo de contenidos estigmatizantes y reforzamiento de posiciones que no aceptan la existencia de normativas excesivas en el uso de la propiedad individual y la fuerza de trabajo como medios para la solución de las problemáticas individuales, influido por la crisis económica y la presencia de las leyes del mercado.

Referências Bibliográficas

(1) GONZÁLES, Daisy, MILÁN, Guillermo. *Estudio sociocriminológico de una comunidad.* Ponencia presentada en el evento Ciencias Penales 92.

(2) CAMPOALEGRE, Rosa. *Sociología, delincuencia y juventud. Reflexiones sobre una polémica.* 1996.

(3) Cumbre Mundial sobre desarrollo social, Copenhague, 1995, Declaración y programa de acción.

(4) LEMMERT, E. *Human desviance, social problems and social control,* 1967.

(5) HERRERA, Ruben, MILÁN, Guillermo y colaboradores. *Situación real del delito en dos territorios de la Ciudad de La Habana.* 1993.

(6) BAILEY KENNETH, D. *Methods of social research.* 1982.

(7) SÁNCHEZ, J. *Análisis de tablas de contingencia.* 1992.

(8) Manual del SPSS, Versión 6,0 (para Windows).

(9) BOCK, R. D. *Multivariate statistical methods in behavioral research.* 1975.

(10) MILÁN, Guillermo, AJA, Antonio. *El potencial migratorio externo en Cuba. Una estimación.* CEAP, Univ. Habana, 1996.

(11) SELLIN, Thorsten, WOLFANG, Marvin E. *The measurement of delinquency.* 1964.

5. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

5.2

REFLEXIÓN Y REFERAT ACERCA DEL SURGIMIENTO DE LA CRIMINOLOGÍA

ANGELA GOMEZ PEREZ

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. Definición y concepto de la criminología – 3. Generalidades sobre el estudio del tema que abordamos – 4. Surgimiento de la criminología – 5. Conclusiones – Bibliografia.

1. Introducción

La Criminología es una ciencia muy cuestionada en los tiempos actuales, incluso algunos tratadistas, considerando lo complejo y abarcador de su objeto de estudio, niegan su existencia como ciencia, y en el mejor de los casos su independencia.

Sin embargo, la Criminología existe, cambia, evoluciona, como la propia humanidad, y también como las sociedades en las que se gestó como ciencia y se desarrolló posteriormente, sólo que para realizar cualquier estudio serio sobre la materia, será necesario una correcta orientación metodológica, y en este sentido, citamos al profesor Mikulinsky,[1] que expresa acerca de: "La Historia de las ciencias, si aspira a ser una ciencia, no debería unicamente responder a las preguntas ¿qué?, ¿cuando?, ¿donde, y ¿por qué?, sino analizar el movimiento reglamentado del conocimiento científico, y la condicionalidad histórica de los acontecimientos".

Aunque las pretensiones de nuestro trabajo están limitadas a establecer el contexto histórico en el que germinan los primeros pensamientos criminológicos, su imbricación con el pensamiento filosófico de la época y sus relaciones con otras ciencias coetáneas, no podemos sustraernos al comentario inicial, por ser un precedente necesario para la validación de nuestra reflexión.

2. Definición y concepto de la criminología

Etimológicamente hablando, la Criminología es la ciencia del crimen, deriva del latín, su primer uso se atribuye al antropólogo francés Topinard (1879), y al jurista italiano Garófalo (1885).[2]

La definición de esta ciencia, no es homogénea en las obras de diferentes tratadistas, pues están en correspondencia con las teorías y escuelas a las que se afilian sus autores, algunos incluso, rehusan definirla, e incursionan en ella de forma crítica, y desarrollan sus propias teorías, en dependencia de su visión cosmogónica del mundo, y de los fenómenos sociales. No obstante, la Criminología, desde sus formas de estudio mas simples e ingenuas, hasta las más complejas, multi-

(1) MIKULINSKY. *La controversia internalismo-externalismo como falso problema.* 1977. Selección de lecturas realizadas por el profesor Jorge Aldereguía. Facultad de F. e H. de la Univ. de La Habana, 1984, p. 342-343.

(2) GÜNTER KAISER. *Criminología.* 7ma. edición, Madrid : Dikinson, 1988, p. 25.

laterales y comprometidas, siempre ha tenido por centro el fenómeno de la criminalidad dentro de su objeto de estudio.

El profesor Eugenio Raul Zaffaroni,[3] al definir esta ciencia, plantea la controversia de los posiciones:

"Las teorías que por su objeto de estudio no cuestionan el poder, sino que lo legitiman (...) todas ellas dejan fuera de su ámbito de conocimientos el sistema penal y la crítica ideológica al sistema político, pues lo consideran reservado a la Sociología Jurídica, y por ello no incumbe a la Criminología, que en este caso debe ocuparse de los hechos fácticos acerca de las conductas criminales".

"Y las teorías criminológicas que cuestionan el poder y se van introduciendo en la maquinaria estatal, que es la que decide quien es el delincuente y que pena se le aplica, a éstas se les ha denominado en su conjunto 'Nueva Criminología'".

Para el profesor Günter Kaiser,[4] "la Criminología es el conjunto ordenado de saberes empíricos sobre el delito, el delincuente, el comportamiento socialmente negativo, y sobre los controles de esta conducta (...) a ello hay que agregar lo concerniente a 'la víctima, y a la provención del delito', este autor postula la existencia de una concepción restringida de esta ciencia, y otra amplia; la primera sería la tradicional, que se limita a la investigación empírica del delito y la personalidad del autor; y la segunda por el contrario, incluye el análisis del conocimiento científico experimental sobre los cambios del concepto de delito (criminalización), y sobre la lucha contra éste, los controles de la conducta desviada, así como los mecanismos de control policiales y judiciales (...) en consecuencia, el objeto de la Criminología abarcaría, el estudio de la creación de las leyes penales, sus infracciones, y las reacciones sociales correspondientes".

El profesor Manuel Lópes Rey,[5] considera que "el delito, el delincuente, la criminalidad, y el sistema penal, deben hoy dia verse desde el ángulo socio político, y no desde el meramente causal, como se hace aún por la inmensa mayoría de los estudiosos, para él la Criminología actual puede dividirse en cuatro ramas: Criminología científica, Criminología aplicada, Criminología académica, y Criminología analítica".

Para orientarnos en la problemática de la definición de esta ciencia, volvemos a tomar en cuenta un agudo señalamiento de éste último profesor cuando plantea: "Una ojeada a la Geografía sociopolítica y criminológica, mostrará una serie de coincidencias, no siempre satisfactorias, tales como: ¿donde se cultiva más una Criminología académica, verbalista, descriptiva?, ¿donde se lleva a cabo una investigación criminológica inofensiva, o francamente subordinada a directivas ideológicas?, ¿cual es la justificación de la importación exportación criminológica de nuestro tiempo?".

Es evidente que las respuestas a estos cuestionamientos nos devuelven el alcance y proyección de la definición de una ciencia social como la Criminología, que siempre estará mediada por la realidad socio-económica y política del país donde ésta se desarrolle.

En mi consideración, la Criminología es una ciencia que se caracteriza por su complejidad y multidisciplinariedad en el campo teórico y de la investigación experimental sobre el estudio del delito, el delincuente, las conductas socialmente desviadas, la víctima del delito, los medios de control social, los procesos de criminalización, y la prevención.

(3) ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Criminología.* Bogota : Temis, 1988. p. 5.

(4) GÚNTER KAISER. Op cit., p. 25-27.

(5) LÓPES REY, Manuel. *Criminología.* Madrid. : Aguilas, 1981, preámbulo.

3. Generalidades sobre el estudio del tema que abordamos

Durante nuestra indagación bibliográfica, también encontramos divergencias entre los autores que han abordado este tema, desde el profesor Alejandro Solís Espinosa,[6] que analiza la evolución de esta ciencia dividida en cuatro fases: "La primera fase precientífica, que data desde los siglos V y VI a. n.e., hasta la edad moderna, o sea siglo XVIII, que abarca un largo período histórico de apreciaciones vinculadas a conocimientos de toda índole, pero sin sustento científico, (...) la segunda fase protocriminológica, que comprende desde los inicios de la edad contemporánea, hasta fines del siglo XIX, en el que ebullen las primeras ideas, que pudieran denominarse cuasicriminológicas, generalmente unilaterales (...) la tercera fase, de inicios de la Criminología científica, que comprende las cuatro primeras décadas de esto siglo, en las cuales se crea la Sociedad Internacional de Criminlogía (1934), se nomina la ciencia como tal, y se efectúa el congreso mundial de 1938 en Roma sobre la materia com la denominación de Criminología, ya que los anteriores eran convocados con el nombre de Antropología Criminal (...) y finalmente la cuarta fase de consolidación de esta ciencia, que abarca desde la década del 40 hasta nuestros dias, en la que se perfilan nuevas teorías y enfoques sobre la criminalidad, y los estudios de campo se hacen cada vez más rigurosos y multilaterales, además se celebran congresos de forma sistemática cada cuatro años, y la materia objeto de esta ciencia se extiende a casi todas las Universidades del mundo".

El profesor Stanley Cohen, (Israel 1990),[7] expresa que hay dos formas de narrar la Criminología: la primera, y más extendida en todo el mundo, es presentarla como una materia práctica, una ciencia aplicada, e incluso como una profesión, la cual resulta que tiene una historia de progreso y racionalidad, los rastros que deja tienen un interés secundario, lo interesante resulta las alternativas actuales (...) la segunda forma, presenta la historia intelectual en sus propios términos, su trayectoria está desde luego guiada por la pretensión de ser práctica, pero el resultado final depende de otros intereses y casualidades (...) esta segunda forma de narrar es la preferida por las generaciones actuales de académicos y teóricos (...) nuestra intuición nos decía que sólo explicando la historia, descubriendo, rescatando (...) recordando, podría entenderse el presente y elaborarse un programa de futuro, Arribamos pues, al punto clave de nuestra reflexión, es decir, que pretendemos determinar no sólo cuando, donde y como nace la Criminología, sino su condicionamiento histórico como ciencia, pero también este particular debe salvar importantes disyuntivas, pues para algunos autores, en dependencia de la definición que se acepte hoy de esta ciencia, así se hará la proyección al pasado para averiguar sobre su génesis, en este sentido, nos sugiere el profesor Zaffaroni:[8] "Si llevamos a cabo una aproximación a la Criminología en un sentido crítico, debemos entender que la Criminología se remonta al momento en que la burguesía en ascenso criticaba la estructura del poder punitivo de la nobleza (Estado absolutista) (...) En cambio, si nuestra aproximación a la Criminología es conformista, debemos remontar la misma al momento en que la burguesía ya se había afirmado en el poder y sólo pretendía un saber que le legitimara

(6) SOLÍS ESPINOSA, Alejandro. *Criminología crítica.* Panorama contemporáneo. Edit. y Distribuidora S.A. Ave. Sucre 1313, Pueblo Libre, Lima, Perú, p. 13 en adelante.

(7) STANLEY, Cohen. Prólogo de la obra de Elena Larraudi. Editorial siglo XXI. Primera edición, España Edotpres S.A., 1991.

(8) ZAFFARONI. E. R. Op. cit., p. 100.

ese poder y le aconsejase la forma de majorarlo, según sea la elección, la Criminología habrá nacido con Beccaría en 1765, o con howard en 1777, bién con Lombroso en 1876 o Quetelet en 1835".

El profesor Massimo Pavarini[9] sobre este particular señala sin embargo: "Es frecuente que se pretenda limitar el surgimiento de las primeras reflexiones sobre el crimen en la sociedad burguesa, al pensamiento reformador del siglo XVIII, y a las obras de los iluministas en temas de legislación penal, elección viciada por el reduccionismo determinista, terminando por dirigir su atención sólo a algunos autores como (...) Beccaría, Bentham, Hamel, (...) es decir a los autores mas comprometidos en los problemas de legislación criminal (...) sólo el esfuerzo por leer la cuestión criminal dentro de la más amplia reflexión política y filosófica del período, permite evitar la interpretación aún hoy dominante, que ve o quiere ver en el pensamiento político jurídico de la época sólo el aspecto igualmente presente de la afirmación de la libertad civil en relación con las arbitrariedades del poder feudal (...) que privilegia solamente el momento de la crítica de los horrores de la Justicia Penal, todavía impregnada de herencia feudal (...) y se obscurece de este modo una realidad cultural mucho mas compleja (...) sobre los modos de preservar el control social en el nuevo orden político".

Desde mi punto de vista, la Criminología como ciencia social, está relacionada com todas las ciencias sociales a partir de su objeto de estudio, pero caeríamos en una desorientación epistemológica si buscamos sus orígenes en procesos macrosociales exclusivamente, sin particularizar aquello que nos sirve para identificarla en el tiempo y el espacio; porque desde el surgimiento mismo de la sociedad en clases existe Estado y clases dominantes, y de tal modo, poder criminalizante, luego si para analizar como surge la Criminología partimos de este supuesto, habría que pensar que ésta nace en todas partes del mundo junto com las estructuras de poder de los Estados y sus clases.

Esto no quiere decir, que le niegue razón a las corrientes criminológicas, que como resultado de la evolución científica del saber criminológico, incluyen hoy en su campo de investigación y teorización los procesos de criminalización, y los medios de control social vinculados al fenómeno de la criminalidad en las distintas sociedades.

Lo que pretendo en este trabajo, es descifrar el momento en que la reflexión humana se vuelve hacia este fenómeno, y desde posiciones más o menos acertadas, comienzan a indagar con métodos científicos sobre la problemática.

Pero para retrotraernos en la Historia de esta ciencia, indagaremos en el pensamiento del liberalismo clásico que la precede en los siglos XVII y XVIII, en especial acerca de las teorías del conocimiento.

4. Surgimiento de la criminología

Todo fenómeno social, es el resultado de un proceso de evolución, que no siempre puede etablecerse en el tiempo con exactitud, y el capitalismo, (como sistema social en el seno del cual se gesta la Criminología), de acuerdo con el criterio de múltiples autores, se embriona entre los siglos XI y XIII[10] dentro de la propia sociedad feudal, especialmente en los países mas desarrollados económicamente en la Europa occidental, (Inglaterra, Francia y la Liga Anseática en Alemania); y aunque no puede afirmarse que toda reflexión filosófica es el resultado de la voluntad política de la época, si puede decirse sin embargo, que es el reflejo de la realidad de su tiempo; por ello, en las corrientes

(9) PAVARINI, Massimo. *Los orígenes y primeros desarrollos teóricos de la criminología.* Divulgación Jurídica, Revista 14/80, 1986.

(10) DOBB, Maurice. *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo.* Mejico, 1983, p. 32-33.

racionalistas y empiristas de la Europa de los siglos XVII y XVIII, encontramos la fuerza de un pensamiento que pugna por validar los méritos de una sociedad que comenzaba a estructurarse sobre la base de nuevos principios e intereses en sus estratos sociales; la nobleza se torna en burguesía, los siervos en trabajadores asalariados, los talleres artesanales en pequeñas industrias, la religión pierde fuerza en la control social y político de la época, y en su lugar se extiende por toda Europa el pensamiento liberal representado entre otros, por: Bacon (1561), Berkeley (1685), Locke (1632), en Inglaterra, Irlanda y Escosia respectivamente, los cuales desarrollan la corriente filosófica empirista; mientras que en la Europa continental, otros autores como: Espinosa (1634), Leibniz (1646), Descartes (1596), construyen la corriente de pensamiento racionalista.

Tanto el racionalismo, comó el empirísmo, vienen a ser un replanteo de los problemas tradicionales de la Filosofía, desde los supuestos de la cultura moderna; todos los autores centran su atención en la teoría del conocimiento; Dios deja de ser el centro de la reflexión filosófica, y se experimenta la necesidad de una concepción del mundo basada en la razón.[11]

Son siglos de viejas estructuras monárquicas y el nuevo poder de la burguesía, basado en el desarrollo de la ciencia y la técnica.

El hombre pues, pasa a ocupar un lugar importante como sujeto de conocimientos, toman importancia los problemas éticos, en razón de la preponderancia de los individuos como reflejo de los cambios sociales de la época, y se deslinda la Filosofía de las ciencias naturales, convirtiendose ésta en una ciencia crítica sobre el saber mismo, y sobre la forma de adquirir los conocimientos, de ahí que el problema del método sea el más importante de la reflexión filosófica de estos tiempos.

Tanto para el racionalismo como para el empirismo, el método de conocimiento científico que resulta ideal, es el que combina las observaciones empíricas que proporcionan los datos concretos sobre los que operan, con las hipótesis teóricas que someten a un tratamiento deductivo de tipo matemático "Método hipotético-deductivo-galileano".[12]

Con las teorías de Newton, en el siglo XVIII, la teoría del conocimiento se modifica, su visión del universo, basada en la explicación de los fenómenos por medio de las matemáticas, la materia y el movimiento, lleva a una visión unitaria del mundo físico, que trata de implantarse a todos los dominios del saber.

La nueva Epístemología supone una aceptación del empirismo inglês, armado del rigor deductivo del racionalismo después de abandonar las teorías de las ideas innatas, llegando así a la línea de conjunción entre empirismo y racionalismo, en la que encontramos la raíz del espíritu crítico ilustrado que aplicado a esos dos principios sólo aceptaría aquello que sea mostrado como cierto o certificable. (Bayle).[13]

Los nuevos valores de esa época, "progreso, civilización, humanidad, naturaleza" como grandes ideales de la mentalidad ilustrada, quedan reflejados en la obra de los enciclopedistas.

El siglo XIX se inicia para la humanidad, con el mal recuerdo que dejaron la revolución francesa y la revolución industrial, es decir, que a pesar del desarrollo alcanzado en el campo de la ciencia, la técnica, y el pensamiento humanístico, grandes sectores de la población estaban sumidos en la pobreza y las calamidades típicas del sistema capitalista,que resultan aparentes males incurables.

(11) Historia de la Filosofía. COU. INBAD. Impreso en España por Artegraf. Sebastián Gómez, Madrid, 1985. (Los comentarios sobre la reflexión filosófica de los siglos XVII, XVIII y XIX que hacemos, son tomados de esta obra, a partir de su p. 315-442).

(12) Op. cit., n. 12, p. 443-444.

(13) Op. cit., n. 12, p. 463-464.

Toda la obra de César Comte (1798-1857) está motivada por su propósito de transformar la sociedad, lo que le lleva a considerar la ciencia como solución definitiva y última de todos los problemas del género humano, y en este sentido, hay que tener en cuenta, que el positivismo acompaña y provoca el nacimiento y la afirmación de la organización técnico-industrial de la sociedad fundada y condicionada por la ciencia y por la técnica, por lo que expresa las esperanzas, los ideales, y la exaltación obtimista que ha caracterizado y acompañdo a la sociedad moderna, en la que el hombre cree hallado en la ciencia la garantía infalible de su propio destino,[14] esto explica el rachazo que el positivismo hace a todo lo sobrenatural, a lo metafísico, sonsiderado ahora como inutil y supersticioso y su concepción de la ciencia como expresión a través de la cual se adquiere el único conocimiento válido sobre los hechos positivos.

Comte trata de derrocar el dominio del apriorismo racionalista, e imponer la autoridad de la experiencia, los enunciados científicos para este autor, parten de los hechos constatables; las ciencias se interesan por las cosas, en cuanto éstas se manifiestan, en cuanto son fenómenos, algo con lo que el hombre se encuentra, y las considera como tal en cuanto son observables y verificables para cualquiera.

Si tales hechos han de servir para el saber positivo, es necesario que sean observados y verificados con máxima precisión y rigor, sólo entonces adquieren la cualidad de la objetividad.

En este autor, hecho científico y hecho positivo se identifican, no busca en su esencia, sino en su apariencia, para él, la meta de las ciencias es la formulación de las leyes, porque permite la previsión guia la acción del hombre sobre la naturaleza, las leyes naturales, son regularidades observadas en la constitución y desarrollo de los fenómenos, se descubren por la reflexión racional dentro del mundo de la experiencia; constituyen el principio del determinismo que se extiende al hombre y a la sociedad.

Su propósito de reforma de la sociedad lo lleva a elaborar la doctrina de la sociedad, y su fecunda obra sobre la materia le ha valido la consideración de padre de la Sociología, (que él denominó Física Social).

Considero que, aunque rezagadas en relación con las ciencias naturales, las ciencias sociales que nacen en el síglo XIX sólo entonces pueden surgir por razones elementales de condicionalidad histórica y gnoseológicas.

Con el positivismo comtiano, no sólo germina la Sociología, sino que se introduce un método de conocimientos que invade otras ramas del saber humanístico que comienzan a desarrollarse en el campo experimental, tales como: la Psicología, la Antropología, la Criminología, el Derecho Penal, y la Criminalística, entre otras.

Durante los siglos de ilustración e iluminismo, del mismo modo que se desarrolló la crítica al Estado y el Derecho por el pensamiento iluminista y se revisaron y transformaron las estructuras socio-políticas, salieron a la luz, obras que constituyeron verdaderas denuncias del sistema punitivo de la época, basado en la desigualdad ante la ley, el exagerado arbitrio de los jueces, la tortura y la crueldad de las penas.

El primer gran pensador que planteó la necesidad de reforma, fué Montesquieu (1748), con su obra el espíritu de las leyes, su crítica se centró en la organización social de la época y sus instituciones más representativas.

Propone el principio de la división de poderes y la absoluta independencia del Poder Judicial, planteando la necesidad de "igualdad de los ciudadanos ante el derecho y las leyes penales, y la necesidad de que las penas sean precisas para cada caso en las leyes, proporcionadas a la gravedad del delito, y moderadas en su ejecución; proscribe los procesos secretos y la aplicación de la tortura".

(14) Op. cit., n. 12, p. 634 y 645.

También Voltaire y Rosseau en la década del 50 del siglo XVIII, se hacen eco esta línea de pensamiento, y realizan una propuesta de reforma del derecho envejecido por la nueva realidad histórico social.

La mas importante obra de estos tiempos en la materia, se considera la de Cesar Beccaria (1765), con su "Tratado del delito y de las penas", que registra la crítica a todo el Derecho positivo y logra que sus ideas se difundan y materialicen por toda Europa en la tarea reformadora de la Legislación.

La ideas reformistas proporcionan los supuestos ideológicos de la renovación de la Legislación Criminal, observándose las primeras construcciones científicas en las obras de Jeremy Bentham, Gaetano Filangieri, Giandoménico Romagnósi, y Pablo Anselmo Von Feuerbach.

Estos pensadores iluministas y reformistas, se caracterizan por ser racionalistas, utilitaristas, y jusnaturalistas, su atención se centra fundamentalmente en el problema penológico, de tal suerte, que el tratamiento a los reos, también se transforma.

Ya en el siglo XVII, con el surgimiento del valor libertad, se había producido un vuelco en la aplicación de las penas a las conductas que en aquella época afectaban los intereses de la clase en el poder, y la privación de libertad se torna en la alternativa ideal para el castigo y la labor disciplinadora porque proporcionaba mano de obra gratuita, de este modo, a la despiadada legislación criminal de los siglos XVI y XVII, les siguió un complejo de medidas dirigidas al control de la población fluctuante y excedente, mediante la beneficencia pública, el internamiento institucional y la internación coactiva en casas de corrección manufactureras; con el tiempo, estas instituciones se transformarían en lo que a finales del siglo XVII se les denominó penitenciarías para la reclusión de cualquier tipo de criminal; estos centros llegan a adquirir un alto grado de perfeccionamiento a partir de la idea del inglés J. Bentham (1748-1832), que desarrolla la propuesta del "Panóptico", hoy extendida a casi todas las cárceles del mundo como centros con condiciones ideales para disciplinar, clasificar y observar la población penal.

Estaban creadas pues las condiciones para la realización de estudios investigativos sobre la criminalidad, a partir de estos hombres.

Los estudios realizados por el médico César Lombroso (1835-1909), con reclusos de penitenciarías, a partir de mediciones antropológicas, y utilizando el método positivista inductivo experimental, le permitieron elaborar la teoría del "delincuente nato", de corte biologicista, en la que sostiene la existencia de un tipo especial de hombre, cuyas características psicosomáticas y psicológicas, le llevan sin alternativas a la comisión del delito.

Como precedente, en el orden científico, el médico Lombroso, tenía la teoría evolucionista de Darwin, el cual al afirmar que las funciones somáticas y psíquicas evolucionan por virtud de la adaptación del ser vivo al medio ambiente, y al sostener las semejanzas entre los impulsos del hombre y los animales, influye sobre éste.

Así mismo, contó para su trabajo con ciertos recursos que le proporcionó el surgimiento de la Criminalística, pues por aquellos tiempos, ya el sabio inglés Francis Galton, creador de la Eugenesia,[15] introduce en Europa la dactiloscopía, y su método de fotografías compuestas o Galtonianas, para obtener, mediante la superposición de fotos clichés, "el tipo medio de una raza, una familia, una clase social, o de cualquier colectividad humana".[16]

(15) Diccionario Aristos. Pat. 279. Eugenesia: "Aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana".

(16) BERNARDO DE QUIRÓS, Constancio. *Panorama de la criminología.* Academia Mejicana de Ciencias Penales, y del Instituto Cubano de Criminología. José Cajica, Puebla, 1948, p. 35-36.

A pesar de la orientación determinista de Lombroso, su obra es el punto de partida de la Criminología como ciencia, por constituir el primer estudio científico sobre el fenómenos de la criminalidad: su repercusión alcanzó al Derecho Penal, que a partir de ésta, abre camino a la negación del libre albedrío postulado básico de la Escuela Clásica, y en su lugar sitúa al hombre que delinque, influenciado por factores internos y externos que lo impulsan a ello, se introduce da esta forma en la ciencia penal, los conceptos de Defensa Social y Peligrosidad Social y se crea la Escuela Positiva de Derecho Penal.

Resulta acertado en este sentido el comentario de Von Hamel "Beccaria dijo al hombre: ! conoce la Justicia!, y Lombroso dijo a la Justicia: ! conoce al hombre!"

También desde la orientación biologicista se conocieron otros trabajos relacionados con la criminalidad, tales como: Los estudios del médico B. A. Morel (1809-1873), en Francia sobre la "Teoría de la Degeneración", según la cual los descendientes del ser humano normal, pueden degenerar a causa de circunstancias desfavorables, agravandose los estigmas en las generaciones subsiguientes, lo que puede conducir hacia la delincuencia. Los trabajos de G. Tarde (1843-1904), realizados igualmente en Francia, donde publica su obra "La Criminología comparada".

De forma concurrente, comenzaron a aparecer otros trabajos de diferentes autores, que diversas vertientes realizan sus aportes sobre el estudio del fenómeno que nos ocupa, entre los cuales destacamos los siguientes:

Las investigaciones del belga Adolfo Quetelet (1796-1874), considerado por sus estudios, el iniciador de la estadística criminal.

A. Lacasagne (1834-1924), representante de la Escuela francesa de Lyon, o Escuela Criminal Sociológica, que se ubica dentro del positivismo crítico. Este autor, en el año 1885, en el congreso de Antropología, adoptó una actitud critica frente al lombrosianismo, y es célebre su frase de: "Las sociedades tienen los delincuentes que merecen". Su teoría distingue en la etiología del delito dos clases de factores: los individuales, que tienen una relevancia muy limitada, (pues de otro modo, más que un fenómeno criminal, sería un problema patológico), y los factores sociales, que son determinantes desde el punto de vista causal.

F. Turati (1856-1929), que publica sus estudios en 1883 sobre "el delito y la cuestión social, pero enfatiza en los factores económicos-sociales como causa de la criminalidad.

Enrique Ferri (1856-1929) representante de la Escuela Positiva de Derecho Penal en Italia, que en 1881 publica su obra "Los nuevos horizontes del Derecho Penal y del Procedimiento Criminal", a partir de sus ideas de origen sociológico desarrolla la teoría de los sustitutivos penales que tienen como fin la prevención y no la represión de la delincuencia.

Rafaell Garófalo (1852-1934), perteneciente también a la Escuela Positiva de Derecho Penal Italiana, que publica su obra "Criminología", proporcionando el componente jurídico a las concepciones del delito como ente natural, lo que conllevó a que los representantes de esta escuela, elaboraran la teoría del delito natural y social, producto de factores internos y externos; y a partir de ahí, se analizan los hechos delictivos de forma contemplativa por su carácter natural, y el sometimiento de los mismos a las leyes de causalidad, por lo que se dedica especial atención al examen de las causas de la delincuencia individuales y sociales.

Franz Von Liszt (1851-1919), perteneciente a la Escuela de Marburgo, o Escuela Sociológica alemana, ubicada también dentro de la corriente del positivismo crítico, elabora la doctrina conocida com el nombre de Política Criminal, desarrollan-

do teoricamente los componentes de esta nueva especialidad de las Ciencias Penales, tan vinculada a la Criminología.

Despaigne (1812-1892) en Francia, con sus obras "Psicología Natural", y "Estudio sobre el estado psicológico de los delincuentes" en 1872; a este autor se le atribuye la paternidad de la Psicología Criminal.

Hasta aquí un breve esbozo de las principales teorías, estudios, y trabajos de este período que sientan las bases para el desarrollo de la Criminología como ciencia en la Europa del siglo XIX.

5. Conclusiones

Con el desarrollo científico técnico alcanzado en nuestro siglo, todas las ciencias ensancharon su campo de investigación, y puede afirmarse que el objeto de estudio de cada una alcanzó dimensiones insospechadas; la Criminología como ciencia social, no está ajena a esa realidad, lo que le ha servido para concluir el siglo XX con el cuestionamiento de su cientificidad e independencia, debido entre otras razones, a las implicaciones políticas de la nueva Criminología en la esfera teórica y la necesidad de la aplicación de multiples ciencias en su campo experimental.

Al margen de este cuestionamiento, la Criminología de hoy como ciencia se mueve alrededor del mismo objeto que hace más de un siglo: "La criminalidad", que como fenómeno social, también ha cambiado a través del tiempo, y en correspondencia con ello, han variado no sólo las formas de enfrentarla, sino también de estudiarla; de este modo, su problematización ha evolucionado desde el paradigma "etiológico", hasta el de la "reacción social", llegando hasta los "procesos de criminalización", desarrpllandose como ciencia de forma heterogénea en las distintas latitudes del mundo, en correspondencia con la realidad socio económica, política, social y cultural de cada región, ya que no puede olvidarse que como ciencia social, nunca se manifestará desideologizadamente.

La Criminología, al igual que casi todas las ciencias sociales, nace en Europa en el siglo XIX, no por casualidad, ni por antiguedad, porque otras civilizaciones precedieron a la Europea en el tiempo, sino porque sólo en esta región el pensamiento humanista llegó a alcanzar las magnitudes requeridas para que se desarrollaran estas ciencias, y entre ellas, la que resulta objeto de nuestro estudio.

A partir de los siglos XVII y XVIII, las corrientes de pensamiento filosófico, centran su atención en la teoría del conocimiento, pues al deslindarse la Filosofía de las ciencias naturales, y convertirse ésta en una ciencia crítica sobre el saber mismo y las formas de adquirir los conocimientos, la cuestión del método se convierte en uno de los principales problemas de estos tiempos, desarrollandose varias teorías que sirvieron de fuentes al positivismo comtiano, que se nutre del legado de empiristas y racionalistas conjugados ya en el siglo XVIII con las teorías de Newton, pero pertrechado del rigor deductivo del racionalismo y la aceptación del empirismo inglés.

El método elaborado por Comte para estudiar los hechos positivos como algo observable y verificable para cualquiera, y establecer las regularidades que él denominó leyes, se extiende a las ciencias naturales, y es determinante en el surgimiento de las ciencias sociales en el siglo XIX.

El pensamiento humanista iluminista y reformista del siglo XVIII, influyó decisivamente en el desarrollo de las Ciencias Penales, y especialmente en el tratamiento penológico y las instituciones para su ejecución, lo que en cierto modo facilitó el trabajo al médico César Lombroso para su estudio a partir de criminales recluidos en las penitenciarías.

Situamos el nascimiento de la Criminología a partir de la publicación de la obra

de César Lombroso "El delincuente nato" (1876), por considerarlo como el primer estudio realizado a partir de un método científico sobre el fenómeno de la criminalidad, cuyos resultados, a pesar de las limitaciones propias de su determinismo, y de la incorrecta orientación gnoseológica, en su tiempo, sirvieron como punto de partida al desarrollo de múltiples escuelas, que desde diferentes posiciones desarrollon el Derecho Penal y la propia Criminología, denominada entonces "Antropología Criminal".

Por todo lo anterior, considero, que no se puede llegar a la génesis de la Criminología a partir del universo de conocimientos de su campo de investigación actual, sino a la inversa, porque sólo de esa forma entenderemos esta disciplina y su rol hoy en el campo de las ciencias sociales.

Bibliografia

GALINA, M. ANDRIEVA *Estudio crítico de la sociología burguesa contemporánea.* Pueblo y Educación, 1986.

AZOR, Marlene. *La especificidad del conocimiento social.* Facultad de Filosofía e Historia, U. H. 1996.

BERNARDO DE QUIRÓS, Constancio. *Panorama de la criminología.* Academia Mejicana de Ciencias Penales e Instituto Cubano de Criminología. José M. Cajica, Puebla, 1948.

———. *Las nuevas teorías de la criminalidad.* Madrid : Hijos de Rue, Canizares 8, Segundo izquierdo, 1898.

BUNGUE, Mario. *Paradigmas y revoluciones en ciencia y tecnica.* 1983. Selección de lecturas de la Fac. de Filosofía e Historia de la U. H. 1984.

CATALA RUIZ, Marcelo. *Historia y doctrina político social.* Gráficas Gonzales, Miguel Servet, 15, Madrid, 1952.

Colectivo de autores, Historia de la Filosofía, COU. INBAD. Artegraf. Sebastián Gómez, Madrid, 1985.

DEL OLMO, Rosa. El surgimiento de la criminología como ciencia. *Revista Jurídica* 12 de 1985, Minjust, Habana.

Diccionario Aristos. Editorial Ciencias Sociales. Calle 2 n. 58 e/ 3ra y 5ta. Ciudad de La Habana, 1985.

Diccionario Filosófico de Rosental y P. Iudin. Política. La Habana, 1964.

KAISER GUNTER. *Criminología.* 7ma. edición, Madrid : Dikinson, 1988.

KEDROV, Bonifati. *La historia de la Filosofía II Parte.* Fac. Ciencias Sociales. U. l. H. 1987, Compiladora: Lurdes Rensoni Laliga.

LARRAUDI, Elena. *La bienvenida a la nueva criminología.* Editorial siglo XXI, España, 1991.

LECKCHAS, John y otros. *Criminología.* Ciencias Jurídicas, EX-RDA, 1989.

MARCO DEL PONT, Luis. *Criminología latinoamericana.* Ensenanza Investigación. Inacipe. Magisterio Nacional. 113 Thalpan. Mejico 22 D. F. 1983.

MARTINEZ SANCHEZ, Mauricio. *Que pasa con la criminología moderna.* Temis, 1990.

MIKULINSKY. *La controversia internalismo-externalismo como falso problema.* 1977. Selección de lecturas. Compilador, Jorge Aldereguía. Fac. de Filosofía e Historia. U. H. 1984.

PAVARINI, Massimo. *Los orígenes y primeros desarrollos teóricos de la criminología.* Div. Jurídica, Revista n. 14 de 1986.

RENSONI LALIGA, Lurdes. *Papel de las revoluciones científico-tecnicas y la formación de la ideologia burguesa en los siglos XVI-XVIII.* Historia de la Ciencia, e Historia de la Filosofía. II Parte, U. H. 1987.

SAUER, Wilhelm. *Filosofía jurídica y social.* Madrid, Buenos Aires. Labor S.A. 1933.

SOLÍS ESPINOSA, Alejandro. *Criminología crítica.* Panorama contemporáneo. Editorial y Dis. S.A. Ave. Sucre 1313, Pueblo Libre, Lima Perú.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Criminología.* Bogota : Temis, 1988.

6. POLÍCIA E DIREITO

6.1

SOBRE A POSIÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA NA ESTRUTURA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO DA ATUALIDADE

PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA

SUMÁRIO: 1. A Polícia, o uso da força e o Juiz – 2. A Polícia, a investigação, o Ministério Público e o Juiz.

Resumo: O estudo expõe a dificuldade de se posicionar a Polícia Judiciária no ordenamento jurídico processual, formado pela Constituição, pelo CPP de 1941 e por leis especiais, que interferem na forma de apuração das infrações penais e de sua autoria.

Palavras-chave: Polícia Judiciária; Força; Investigação criminal; MP; Juiz e inquérito policial.

1. A Polícia, o uso da força e o Juiz

O assunto Polícia Judiciária é dos mais complexos e delicados do direito processual penal. A Polícia, administrativa ou judiciária, detém parcela do poder do Estado, poder esse que é político e jurídico ao mesmo tempo. Enfrente-se o tema, portanto, com as dificuldades que ele apresenta. Parta-se do incontroverso fato de que a Polícia integra a própria política e é instrumento da administração pública. A Polícia é, indubitavelmente, um dos órgãos pelos quais o Estado exterioriza o poder. *É o único setor da Administração Pública autorizado pelo ordenamento jurídico a utilizar a força.*

Max Weber definiu o Estado a partir de dois elementos: monopólio legítimo da força e aparato administrativo para a prestação de serviços públicos.[1] O aparato administrativo está na Polícia, enquanto órgão da Administração. O monopólio legítimo da força também está com a Polícia, que executa ações determinadas pelo Poder Judiciário, único poder qualificado para determinar, em concreto, constrangimento a alguém.[2] O uso da força – ou da violência –, sem o poder conferido à Polícia pelo Juiz, é violação a direito e como tal deve ser reprimido.

Quando a Polícia age sem determinação expressa do Judiciário, o faz aguar-

(1) Ver, de WEBER, Max. "A política como vocação", em *Ensaios de sociologia*. Trad. Waltensir Dutra, 3. ed. Rio de Janeiro : Zahar, 1974, p. 97-153. Ver, ainda, de WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília : Universidade de Brasília, 1991, p. 35: "Esse caráter monopólico do poder coativo do Estado é uma característica tão essencial de sua situação, quanto seu caráter racional, de 'instituição', e o contínuo, de 'empresa'."

(2) O Poder Legislativo, por meio de Comissões Parlamentares de Inquérito, tem poderes de investigação "próprios das autoridades judiciais" (art. 58, § 3.º, da Constituição). Mas isso não significa que possa determinar prisão, ou ainda entrada em domicílio, pois tanto a liberdade como a casa, só podem ser atingidos por expressa determinação judicial (art. 5.º, incs. XI e LXI da Constituição). A questão foi bem discutida no julgamento do *Habeas Corpus* 71039/RJ, STF, *DJU* 06.12.1996, p. 44.708).

dando confirmação posterior da legalidade do ato de força praticado. A submissão do auto de prisão em flagrante ao Juiz dentro de 24 horas após a prisão é manifestação clara da necessidade de controle judicial sobre o uso da força física.[3]

A força física, no Estado Constitucional, só é admissível se, e quando, prevista pelo ordenamento jurídico. O uso da força é regulamentado e está previsto expressamente no art. 284 do CPP: *Não será permitido o emprego da força, salvo o indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.* Também os §§ 2.º e 3.º, do art. 245 do CPP permitem o uso da força, na hipótese de resistência a cumprimento de mandado de busca.[4] E ainda, o art. 292 prevê utilização dos meios necessários para a prisão, se constatada a resistência.[5] Em nenhuma outra oportunidade a lei processual penal autoriza o uso da força física. Todo e qualquer uso da força, que extrapole as circunstâncias previstas nestes dispositivos, só será jurídico se em legítima defesa. A legítima defesa precisa ser demonstrada. Não é presumida. Embora outros integrantes do aparato estatal estejam autorizados a portar arma de fogo, não estão autorizados a utilizá-las como instrumento de coação no exercício de suas funções. Membros do Poder Judiciário e do MP, por exemplo, podem portar armas de fogo. Mas o porte destina-se a defesa e proteção pessoal. Não fossem essas as finalidades, o porte seria necessário e indispensável ao exercício das funções.

Força e poder, observe-se, não são conceitos análogos. Elias Canetti, em seu clássico *Massa e poder*, anotou: "À força

(3) As Forças Armadas, observe-se, "destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem" (art. 142 da Constituição). As Forças Armadas não estão entre os órgãos destinados pela Constituição à preservação da segurança pública, dever das polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal, bem como das polícias civis e polícias militares e corpos de bombeiros militares (art. 144, incs. I a V da Constituição). As Forças Armadas, sob autoridade suprema do Presidente da República, só se manifestam em situações absolutamente excepcionais. Embora os termos lei e ordem utilizados pela Constituição como objeto da defesa das Forças Armadas sejam vagos e imprecisos, a interpretação sistemática leva à conclusão de que nem toda ofensa a lei e ordem enseja atuação do Exército, mas apenas aquela cujo reparo esteja sob atribuição do Presidente da República. Na verdade, apenas a necessidade de defesa da Pátria e dos poderes constitucionais, quando em risco na ordem democrática estabelecida na Constituição, pode acarretar a atuação das Forças Armadas. De qualquer modo, a força eventualmente utilizada, ainda nesta hipótese, só poderá ter lugar em situação de legítima defesa. V., sobre a militarização da segurança pública, Carlos Magno Nazareth Cerqueira, "Remilitarização da segurança pública: a operação Rio", em *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade.* ano 1, 1.º semestre de 1996, publicação do Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro : Relume – Dumará, p. 141-168.

(4) Transcreva-se, a respeito, Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo: "A desobediência à ordem judicial por parte do morador, de outra sorte, autoriza o arrombamento da porta, possibilitando a entrada (art. 245, p. 2.º), bem como se ele recalcitrar será permitido o emprego da força (p. 3.º); mas, sempre, utilizados na medida do necessário e suficiente ao bom êxito do ato procedimental e cumprimento da ordem legal" (*Da busca e da apreensão no processo penal.* São Paulo : RT, 1999, p. 180).

(5) PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Em *Inquérito policial: novas tendências.* Belém : Cejup, 1986, p. 61, já comentou os dispositivos referentes à utilização da força, ou da violência: "Eis, portanto, como se pode entender, agora, o inteiro teor da dição 'força': poder excepcional, que se exercita, consoante as leis do processo (arts. 284 e 292), discricionariamente, mas sem atentado à garantia constitucional da pessoa coagida, no que lhe toca à integridade física ou moral".

(Gewalt), costuma-se associar a idéia de algo que se encontra próximo e presente. Ela é mais coercitiva e imediata do que o poder (Macht). Fala-se, enfatizando-a, em força física. O poder, em seus estágios mais profundos e animais, é antes força. Uma presa é capturada pela força, e pela força é levada à boca. Dispondo de mais tempo, a força transforma-se em poder. Mas no momento crítico que, então, invariavelmente chega – o momento da decisão e da irrevocabilidade –, volta a ser força pura. O poder é mais universal e mais amplo; ele contém muito mais, e já não é tão dinâmico. É mais cerimonioso e possui até um certo grau de paciência. A própria palavra Macht deriva de um antigo radical gótico – magan, significando "poder, capacidade"–, e não possui parentesco algum com o verbo machen (fazer)".[6]

Hannah Arendt, por sua vez, também já fez distinção entre os termos poder, fortaleza, força, autoridade e violência. Para a eminente filósofa, o termo força deveria ser reservado apenas para designar a força da natureza ou "a energia desprendida pelos movimentos físicos ou sociais".[7] A fortaleza é característica individual. O poder pertence ao grupo: capacidade humana de "agir de comum acordo".[8] A violência, finalmente, é instrumental. Observe-se: "A essência da ação violenta é regida pela categoria meio-fim, que quando aplicada a questões humanas tem a característica de estar o fim sempre em perigo de ser sobrepujado pelos meios que ele justifica e que são necessários para atingi-lo".[9]

No Estado brasileiro, o Poder Judiciário detém o poder de determinar o uso da força física. É o que se depreende do art. 5.º, incs. XI, XII, XXXV, LIV, LXI, LXII, LXV e LXVIII da Constituição. O membro do Poder Judiciário não pode utilizar a força, mas pode determinar seu uso em estritas e específicas hipóteses, *sempre no devido processo legal.* Por sua vez, a violência possível, consistente no uso da força com finalidade de constrangimento necessário à segurança e à persecução penal, só pode ser praticada pelas Polícias, destinadas pela Constituição à preservação da segurança pública (art. 144).

O Juiz Civil pode requisitar força policial para execução de suas ordens, nas hipóteses estritamente previstas na lei (arts. 362, 662 do CPC, entre outros). Mas, quando o constrangimento policial não estiver relacionado a causa civil, quando a ordem não tiver sido previamente emitida em processo civil, a força eventualmente utilizada pela Polícia estará regida, sempre, pelo direito processual penal.

A distinção entre Polícia Administrativa e Polícia Judiciária,[10] para o direito

(6) CANETTI, Elias. *Massa e poder.* trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo : Cia. das Letras, 1995, p. 281.

(7) ARENDT, Hannah. *Crises da República.* Trad. José Volkmann. São Paulo : Perspectiva, 1973, p. 123.

(8) Op. cit. supra, p. 123.

(9) Op. cit. supra, p. 94.

(10) É clássica a divisão da polícia em administrativa e judiciária. O Direito Administrativo já tratou da distinção, como anota Hely Lopes Meirelles em artigo recentemente republicado na *Revista dos Tribunais* 741/743-747, jul. 97, intitulado Polícia de manutenção da ordem pública e suas atribuições: "Sempre se distinguiu a polícia administrativa da polícia judiciária, porque aquela atua preventivamente sobre os bens e as atividades que afetam a comunidade e esta incide direta e repressivamente sobre as pessoas que atentam contra as instituições e a sociedade ou agridem individualmente qualquer de seus membros". O autor define a Polícia Judiciária como "a que o Estado exerce sobre as pessoas sujeitas à sua jurisdição, através do Poder Judiciário e de órgãos auxiliares, para a repressão de crimes e contravenções tipificadas nas leis penais. Essa polícia é eminentemente repressiva, pois só atua após o cometimento do delito e visa, precipuamente, a identificação do criminoso e de sua condenação penal. Para tanto, o Poder Ju-

processual penal, não tem qualquer relevância.[11] O direito processual penal detém, com exclusividade, os regramentos para os constrangimentos à pessoa que não tenham sido ordenados por Juiz Civil – nas estritas e determinadas hipóteses da lei – no exercício de jurisdição. E, sendo assim, destinando-se o Juiz Penal a exercer jurisdição em causa criminal, só poderá ordenar constrangimento quando enfrentando suspeita de prática de ação tipificada em lei como crime. Não é admissível, por exemplo, a quebra de sigilo telefônico, ou bancário, sem o correspondente procedimento de apuração de prática de infração penal. Não se quebra sigilo preventivamente. A violação é sempre ato de polícia repressivo. A utilização de força policial – forma específica de constrangimento – será, portanto, sempre repressiva, na medida em que estará fundamentada, no mínimo, em suspeita de prática de infração penal. Sintetize-se, portanto:

a) A Polícia, como tal posta no art. 144 da Constituição, detém, com exclusividade, o uso da excepcional força monopolizada pelo Estado para a preservação dos valores estabelecidos no art. 1.º da Constituição;

b) Todo ato de força deve estar determinado por membro do Poder Judiciário investido de jurisdição. A determinação pode ser emitida por Juiz civil, no devido processo legal. Nos demais casos, em todos eles, o uso da força policial está submetido aos regramentos do Direito Processual Penal. Isto significa que o ato de força está, em regra, submetido ao direito processual penal e, excepcionalmente, ao direito processual civil;

c) O direito processual penal regulamenta tanto a ação da Polícia Administrativa como a da Judiciária. A Polícia Militar, não destinada pela lei à apuração das infrações penais e sua autoria, pratica atos repressivos quando auxilia a Polícia Civil, ou quando promove a segurança pública em fiscalizações preventivas. Todo ato de prevenção de delitos é, ao mesmo tempo, ato de repressão. Até mesmo a vigília da Polícia Militar em via pública é ato preventivo e repressivo ao mesmo tempo. A

diciário é auxiliado pela Polícia Civil, cuja missão primordial é investigar os fatos e a autoria do delito, para a conseqüente ação penal" (p. 745).

(11) No Direito Administrativo, a distinção que, como se viu acima, era pacífica, também tem sido relativizada. Celso Antonio Bandeira de Mello observa que a Polícia Administrativa também pode atuar repressivamente. Transcreva-se: "A dissolução de um comício, de uma passeata, atos típicos de Polícia Administrativa, tem lugar apenas quando se revelam perturbadores da tranqüilidade pública, isto é, quando já feriram o interesse protegido pelo Poder de Polícia e, em conseqüência, já causaram um dano, uma perturbação à coletividade. Portanto, a atuação administrativa marca-se aí pela repressão a uma atuação anti-social. Só se poderá considerá-la preventiva relativamente, isto é, em relação aos futuros danos outros que adviriam da persistência do comportamento reprimido' (*Curso de direito administrativo.* São Paulo : Malheiros, 1994, p. 400). Ainda: "A importância da distinção entre Polícia Administrativa e Polícia Judiciária está em que a segunda rege-se na conformidade da legislação processual penal e a primeira, pelas normas administrativas' (p. 401). Negar o caráter repressivo da Polícia Administrativa é desconhecer a possibilidade de aplicação de sanções administrativas por condutas inadequadas e prejudiciais à comunidade. À medida que tipificadas em lei, as sanções administrativas podem ser aplicadas e constituem, sem dúvida, resultado do poder de polícia da administração. Porém, sempre que necessária utilização da força (entrada em estabelecimento fechado ao público para fiscalização, por exemplo), deverá a autoridade administrativa estar acompanhada da Polícia para a execução de determinação ou autorização judicial. Ainda que a Polícia incumbida da execução forçada do mandado não seja a Civil, nominada Judiciária, deverá, sempre, estar cumprindo ordem judicial. O Judiciário não poderá, jamais, ser afastado da lesão a garantia individual.

repressão estará, sempre, simbolizada pelo aparato presente e, eventualmente, necessário para obstar a prática de crime.

2. A Polícia, a investigação, o Ministério Público e o Juiz

Nem sempre a Polícia detém apenas a força e não o poder. Na investigação policial existe, para a autoridade policial, certa discricionariedade e, portanto, poder de decisão. O CPP apresenta, no art. 6.º, as providências que deverão ser assumidas pela autoridade policial após o conhecimento da prática de infração penal. A autoridade avaliará a necessidade e o momento para adoção das medidas previstas. Neste passo ela não executa ordem judicial ou cumpre requisição, mas exerce as específicas atribuições de Polícia Judiciária.

A forma pela qual a Constituição e o ordenamento jurídico nela fundado distribuem parcelas de poder é engenhosa. Os atos decisórios, especificamente aqueles emitidos pelo Poder Judiciário, nunca podem ser emitidos sem manifestação prévia ou assentimento posterior de outro sujeito processual. Atos de decisão estão, sempre, inseridos no devido processo legal. Se por um lado os atos de constrangimento não podem ser praticados sem a chancela do Judiciário, por outro este Poder – o Judiciário – não detém controle sobre a atividade policial e não pode participar da investigação.

O Ministério Público, com a Constituição de 1988, recebeu do ordenamento jurídico a atribuição de controle externo da atividade policial (art. 129, VII). Independentemente da maior ou menor amplitude que se dê a esse controle, ainda não bem definido na realidade ou na lei, o fato é que a expressão "controle externo da atividade policial" repercute nas relações de poder entre os sujeitos todos da persecução penal. Na medida em que o MP pode controlar externamente a atividade policial – não importa o que isso signifique –, pode intervir e participar da investigação de crime e autoria. Este é o raciocínio,[12] ainda que se afirme que a disposição constitucional respeitante ao controle externo não foi regulamentada por lei.[13] Aliás, bem antes da Constituição, o CPP, em dispositivo ainda vigente, já afirmava: "A Polícia Judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e de sua autoria. *Par.ún. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função*". Mas tudo tem seu preço.

O mergulho do MP nas atividades de investigação acarreta à instituição problemas não previstos ou imaginados. Quando necessário o uso da força física, ou qualquer outro constrangimento na atividade de investigação – busca domiciliar, por exemplo –, a instituição precisará, necessariamente, da autoridade po-

(12) A expressão controle se inclui entre tantas outras significativas de direção, gerência, domínio, orientação, supervisão, regulamento, mando, regência (...). (Ver AZEVEDO, Francisco Ferreira dos Santos. *Dicionário analógico da língua portuguesa* (idéias afins). Brasília : Thesaurus, 1983, p. 457).

(13) A Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal – ADPF e a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – Adepol, ajuizaram ações declaratórias de inconstitucionalidade de atos emitidos pelo Conselho Superior do Ministério Público Federal e pelo Órgão Especial do Colégio de Procuradores do MP do Estado de São Paulo, respectivamente, atos estes que estabelecem normas de conduta de controle externo da autoridade policial para os membros de ambas as instituições. As ações não foram, sequer, conhecidas. O STF decidiu que faltava, a ambas as ações, ilegitimidade ativa *ad causam* (ADIn 1806-9 – não conhecida em 01.07.1998 – e ADIn 1547-8 – não conhecida em 06.05.1998). As decisões não foram, ainda, publicadas.

licial e do Juiz. Há atividades tipicamente policiais e muitas vezes imprescindíveis à apuração do crime e da autoria, que não constam das atribuições de MP. Seus membros não foram e não são preparados para elas, não se submetem a provas físicas para ingressar na carreira, não recebem aulas para utilização de armas de fogo. O MP tem poder de requisição, previsto na Constituição e nas leis. Pode investigar, até mesmo em função da titularidade da ação penal de iniciativa pública. Mas precisa da Polícia quando necessário abandonar a compreensão intelectual do delito, para alcançar o corpo de delito verificado na realidade. E precisa do Juiz quando necessário constrangimento a alguém no decorrer da investigação.[14]

A cooperação entre os órgãos da persecução penal é indispensável. É indispensável porque não se poderá ter um tipo de investigação realizada pelo Ministério Público e um tipo de investigação realizada pela Polícia Judiciária. Se a cooperação é essencial na realidade, sob o ponto de vista jurídico deve-se procurar conciliação entre os estatutos e as atribuições legais das Instituições Polícia Judiciária e Ministério Público. Mais do que isso, é necessário que o ordenamento jurídico preveja instrumento de investigação com regras bem marcadas. O cidadão precisa saber como e por quem será investigado o delito cuja prática lhe pode vir a ser atribuída.

O inquérito policial, da forma como está hoje no CPP, não acompanhou as alterações da sociedade e muito menos das Instituições que nele exercem seu ofício. Nem mesmo o Juiz encontra lugar definido no inquérito. Tanto não encontra que alguns Tribunais Regionais Federais (1.ª[15], 2.ª[16] Regiões) e Tribunais de Justiça de pessoas da Federação (Pernambuco[17] e Distrito Federal[18]) emitiram provimentos abrindo mão da tramitação, pelo Juízo, do inquérito policial entre Polícia e Ministério Público. Excepcionadas as hipóteses de necessidade de intervenção do Judiciário para a fiscalização do respeito aos direitos in-

(14) A interferência do Juiz na investigação criminal não pode ultrapassar os limites da necessidade de proteção aos direitos individuais. A Lei 9.034, de 03.05.1995, nos dispositivos que autorizaram o Juiz a realizar pessoalmente diligências de investigação, é inconstitucional. O Procurador-geral da República promoveu ação declaratória de inconstitucionalidade desses dispositivos (ADIn 1570-2). A ação não foi julgada. A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil também ajuizou ação pretendendo a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.034/95 (ADIn 1517-6). O pedido de liminar foi indeferido em 30.04.1997. Aguarda-se o julgamento da ação. A crítica ao Juiz investigador introduzido pela Lei 9.034/95 está muito bem posta por Luiz Flávio Gomes e Raul Cervini. Em *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal.* São Paulo : RT, 1995, p. 124: "Existe impossibilidade jurídico-constitucional de o Juiz transformar-se em 'policial'. Sua postura correta, destarte, diante da Lei 9.034/95, é a de não dar aplicação ao art. 3.º e parágrafos. Ninguém é obrigado a cumprir norma inconstitucional. De qualquer modo, se algum aventureiro arriscar-se, a probabilidade de 'frustração' é grande. E essa frustração poderá provocar a mais torrencial deterioração da imagem pública do Poder Judiciário, justificando-se com isso outras medidas arbitrárias 'mais imaginativas' e sempre em detrimento dos direitos e garantias fundamentais. Uma das primeiras conseqüências será a perda da independência judicial".

(15) Provimento 47, de 12.11.1996, do Vice-Presidente e Corregedor do TRF da 1.ª Região.

(16) Provimento 95, de 28.01.1997, da Corregedoria-geral da Justiça Federal da 2.ª Região.

(17) Provimento 7, de 02.10.1997, da Corregedoria-geral do Estado de Pernambuco.

(18) Provimento 7, de 14.04.1997, do Corregedor da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

dividuais, todas previstas em mencionados provimentos, o Juiz, nas Regiões e Estados da Federação mencionados, não vê mais o inquérito. Independentemente da constitucionalidade ou não destes provimentos[19] – falta-lhes legalidade –, sua existência mostra que a Lei Processual Penal – o Código – está perdendo eficácia. Ou talvez o problema não seja da lei. Os arts. 4.º a 23 do CPP estão até bem estruturados. É que a sociedade cresceu, em mais de cinqüenta anos (o Código é de 1941). Há mais pessoas e, consequentemente, mais crimes, cometidos de maneiras também mais sofisticadas. Há mais pobreza, também. É difícil investigar as infrações, até porque a persecução penal não está entre as tarefas da administração pública que recebem maior estímulo estatal.

É difícil descrever qual o sistema adotado pelo direito brasileiro, hoje, na primeira fase da persecução penal. Não se tem juizado de instrução, embora o Juiz, quando se tratar de crime organizado[20] e de interceptação telefônica,[21] estará autorizado a participar da investigação. Não se tem investigação criminal conduzida pelo MP, embora em muitos casos a instituição já não se comporte passivamente na apuração. A Polícia também já não investiga com exclusividade.

O Legislativo edita medidas de caráter retórico que não alteram o estatuto processual como um todo, mas subtraem do ordenamento regras básicas e preservadoras de direitos. Hoje se permite a interceptação telefônica registrada em procedimento secreto (art. 8.º da Lei 9.296/96), a prisão temporária (Lei 7.960/89). A Lei 9.099/95 suprimiu a investigação e o próprio processo para as infrações penais "de menor potencial ofensivo". Não há mais inquérito policial para apurar os "pequenos delitos", mas mero termo circunstanciado, preparado na Polícia, destinado a gerar a mal denominada transação penal.[22] Todas estas inovações não modificaram a estrutura do inquérito posta no Código, mas lhe criaram possibilidades e adendos. Por outro lado, também se tem conferido contraditoriedade ao inquérito policial, com fundamento no art. 5.º, incs. LV e LXIII da Constituição.[23]

Enquanto não preparado e editado novo CPP, enquanto não modernizada a estrutura administrativa da Polícia Judiciária, enquanto não superada a mentalidade – e a prática que gerou essa mentalidade – de que a Polícia não tem preparo para investigar, e reprimir e respeitar os direitos humanos *ao mesmo tempo,*[24] a Polícia permanecerá comprimida entre os demais sujeitos da persecução penal, procurando lugar ao sol e reagindo às iniciativas de controle externo e de supressão do Judiciário da investigação, iniciativas estas que enfatizam as atribuições do Ministério Público.[25] As ações declaratórias de incons-

(19) A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil também ajuizou ações declaratórias de inconstitucionalidade dos mencionados provimentos que estabeleceram a tramitação direta do inquérito entre Polícia e Ministério Público.

(20) Embora inconstitucional, o art. 3.º da Lei 9.034/95, não foi retirado do ordenamento jurídico.

(21) Na hipótese da interceptação, o Juiz é o destinatário do resultado da diligência (art. 6.º, 2.º, da Lei 9.296/96). Tal circunstância lhe subtrai a imparcialidade necessária ao recebimento de eventual denúncia e exercício da jurisdição no processo criminal. O Juiz que determina interceptação telefônica não pode julgar o caso penal.

(22) Não havendo "transação", denúncia ou arquivamento, pode surgir o inquérito. Mas tratar-se-á de exceção à regra.

(23) V. neste sentido, Rogério Lauria Tucci. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* São Paulo : Saraiva, 1993, p. 389.

(24) Sobre a Polícia e a comunidade, vale consultar a *Revista Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, n. 1 v. 9, maio 1997, dedicada às "estratégias de intervenção policial no Estado contemporâneo".

(25) Em alguns países a Polícia está funcionalmente vinculada ao Ministério Público.

titucionalidade dos atos normativos que estabelecem o controle externo da atividade policial e retiram o Judiciário da tramitação do inquérito, já mencionadas neste estudo, estão promovidas por Associações de Delegados (Adepol e ADPF) porque talvez se queira escapar da vinculação da Polícia ao MP. A Polícia não quer perder atribuições.

O fato de a Polícia resistir a um controle específico nada significa perto da falta de interesse político em se definirem, por lei e após muita reflexão, os contornos procedimentais da primeira fase da persecução penal. A nebulosidade do procedimento permite que as iniciativas da Polícia, do MP e do Juiz na investigação estejam juridicamente justificadas. Mas integram o poder, também, seus limites. E não há poder pior – ou maior – que aquele capaz de privar a liberdade.

Confira-se interessante reflexão de Ela Wiecko Volkmer de Castilho, "MP e Polícia Judiciária", em *Boletim dos Procuradores da República,* n. 8, dez. 1998, publicação da Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva e Associação Nacional dos Procuradores da República. São Paulo, p. 3-4.

7. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

7.1

TRÁFICO DE ENTORPECENTES E PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

MARCELO FERREIRA DE SOUZA NETTO

NAGASHI FURUKAWA

SUMÁRIO: 1. Parecer do Ministério Público – 2. Sentença.

1. Parecer do Ministério Público

Sentenciado: C.H.R.L.

Condenação: quatro anos de reclusão por infração ao art. 12 da Lei 6.368/76.

MM. JUIZ

Trata-se de procedimento instaurado *ex officio* pelo Juízo das Execuções Criminais para eventual aplicação de lei penal mais benigna em função da alteração dos arts. 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 da Parte Geral do Código Penal, segundo a Lei 9.714/98.

Sabe-se que nos termos do art. 12 do CP "As regras gerais deste código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso".

É o chamado *Princípio da Especialidade* "segundo o qual a lei especial derroga a lei geral. Por isso, mesmo que haja regra geral do CP, ela não será aplicável quando a lei especial dispõe de forma diferente" (in Celso Delmanto, *Código Penal comentado,* p. 18, Renovar, 1986).

"O disposto no art. 12 do CP tem fundamento no princípio da especialidade. Tal dispositivo, entretanto, refere-se às regras do Código e das normas extravagantes, atribuindo prevalência a estas, se diversas das determinadas pelo estatuto codificado. Desta forma, se a lei especial, incriminando certos fatos, ou considerando determinadas figuras típicas sob ângulo diferente, ditar preceitos particulares para a sua aplicação, em contraposição às normas do Código, o conflito apenas aparente de normas será resolvido pelo princípio da especialidade" (in Dámasio de Jesus, *Direito Penal,* 10. ed. Saraiva, 1985, v. 1).

No caso em espécie, o sentenciado foi condenado por crime, cuja pena é disciplinada por lei especial, a Lei 8.072/90.

Esta lei, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, fixou critério especial para o regime de pena, determinando que seja cumprida integralmente em regime fechado, nos termos do art. 2.º, § 1.º.

Logo, as regras gerais do Código Penal, no tocante ao cumprimento da pena, não são aplicáveis aos condenados por crimes hediondos ou a estes equiparados, nos termos da Lei 8.072/90.

Assim, no feito em questão, não há que se dizer em aplicação de lei penal benigna.

Registre-se que, na própria redação original da Parte Geral do Código Penal, as normas sobre cumprimento e suspensão de pena eram mais benéficas que as disposições da Lei 8.072/90.

Todavia, nem por isso as normas gerais se sobrepunham às especiais.

Não é agora que isto vai ocorrer, sob pena de flagrante descumprimento da legislação federal.

Ante o exposto, o Ministério Público discorda da aplicação da Lei 9.714/98 ao caso em espécie, por ser medida de inteira Justiça!

Bragança Paulista, 22 de dezembro de 1998.

Marcelo Ferreira Souza Netto, Promotor de Justiça.

2. Sentença

Proc. E/1999/B – Aplicação de Pena Alternativa.

Poder Judiciário – Comarca de Bragança Paulista-SP – j. 29.12.1998 – Juiz Nagashi Furukawa.

Vistos etc.

1. A Lei 9.714, de 26.11.1998, que deu nova redação aos arts. 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 (Código Penal), favorece os condenados, porque ampliou as penas restritivas de direitos e permitiu a substituição das penas privativas da liberdade não superiores a quatro anos, desde que presentes os demais requisitos do art. 44.

2. O *princípio da especialidade*, invocado pelo MP no parecer retro, que impediria a concessão do benefício, não tem aplicação ao caso.

A pena para o crime de tráfico de entorpecente, equiparado aos crimes hediondos, deve ser cumprida em regime integralmente fechado, segundo determina o art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90.

Todavia, isso não significa que tenha impedido a concessão de outros benefícios disciplinados na parte geral do Código Penal, porque não há nenhum dispositivo nessa lei tratando da matéria.

O tema já foi exaustivamente examinado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo em vários precedentes, restando decidido que: "A lei penal somente incide à luz de restritiva exegese, na medida de se tornarem inadmissíveis pelo intérprete dilações em detrimento da liberdade do ser humano ante o poder repressor do Estado. Por tal diapasão, a aplicabilidade do que se contém na lei a propósito dos crimes hediondos, a qual, ao impor severidade nas punições, silenciou a respeito de alguns institutos consagrados na individualização executiva da pena – como o *sursis* – e, via de conseqüência, não há como negá-lo, posto inexistir antinomia literal ou lógica, e desde que o réu venha de preencher os requisitos previstos à concessão" (TJSP – HC – Rel. Des. Gonçalves Nogueira – *RJTJESP* 161/312).

Em outro julgado do mesmo Egrégio Tribunal foi decidido que: "A suspensão condicional da pena não é prevista entre as insuscetibilidades do art. 2.º, incs. I e II, da Lei dos Crimes Hediondos, de tal sorte que onde o legislador não excepcionou não cabe ao intérprete excepcionar, não obstante o regime prisional seja o integral fechado para o caso da benesse ser descumprida e revogada" (TJSP – AC – Rel. Des. Cerqueira Leite – *RJTJESP* 189/318-321).

Mais um julgado na mesma linha de interpretação: "A imputação de crime hediondo pode conduzir à presunção de incompatibilidade da suspensão condicional da pena. Todavia, inexiste norma expressa a impedir a concessão, além de ser impossível a interpretação extensiva a refletir analogia *in malam partem*, de forma a afligir a situação do condenado. Tal se mostra intolerável perante um sistema que prestigiou sensivelmente a presunção de inocência e a plenitude da defesa, razão pela qual, a teor do disposto no art. 697 do CPP, deve o juízo se pronunciar a respeito da concessão do *sursis* (TJSP – HC – Rel. Des. Renato Nalini – *RT* 676/298).

Não havendo na chamada "Lei dos Crimes Hediondos", segundo a jurisprudência acima citada, nenhum óbice legal para a concessão do *sursis*, a conclusão a que se chega é a de que a parte geral do Código Penal disciplina o tema e não a Lei Especial. Logo, equivocada é a argumentação do MP no sentido de que "as regras gerais do Código Penal, no tocante ao cumprimento de pena, não são aplicáveis aos condenados por crimes hediondos ou a estes equiparados, nos termos da Lei 8.072/90".

3. A substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direitos, no caso, não foi sequer apreciada, porque a lei vigente na época não permitia o benefício. Porém, como foi mencionado na Portaria que deu início ao presente procedimento, cabe ao Juízo da Execução, por força do art. 66, I, da Lei de Execução Penal, "aplicar

aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado". Nesse sentido, aliás, dispõe a Súmula 611 do Colendo Supremo Tribunal Federal: "Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna".

4. Colocadas estas premissas e examinando o caso dos autos, conclui-se que o sentenciado preenche os requisitos legais para a obtenção do benefício:

4.1. A pena privativa da liberdade aplicada é de quatro (04) anos;

4.2. O crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa;

4.3. Não se trata de reincidente em crime doloso;

4.4. A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e circunstâncias do crime indicam que a substituição é suficiente para punição e prevenção do delito.

5. A respeito deste último requisito, verifica-se que o sentenciado está preso desde 07.02.1997, já tendo cumprido mais de 1/3 (um terço) da pena. A finalidade punitiva e ressocializadora da pena privativa da liberdade já deve ter produzido seus efeitos, bastando, doravante, a restritiva de direitos para a efetiva comprovação do seu resultado. Demonstrando o sentenciado senso de responsabilidade e autodisciplina no cumprimento da pena alternativa, concluir-se-á que a restrição da liberdade alcançou seus objetivos; caso contrário, havendo descumprimento injustificado da restrição imposta, a própria lei nova prevê a conversão em privativa da liberdade (art. 44, § 4.º), voltando-se ao *statu quo ante,* o que resguarda o direito da sociedade.

6. Anoto que aos presos da Cadeia Pública local que ainda não cumpriram 1/3 da pena não está sendo concedido benefício, ao menos nesta fase inicial de aplicação da lei.

7. Assim, não obstante o judicioso parecer contrário do MP, é o caso de aplicação da Lei Penal Benigna, que irá revolucionar o conceito de Direito Penal e Penitenciário em nosso país: a privação da liberdade deve ser restrita aos criminosos efetivamente perigosos, que não tenham a mínima condição de conviver em sociedade, o que não é o caso do sentenciado.

8. *Pelo exposto,* e por tudo mais que dos autos consta, nos termos do art. 44 do CP, substituo o restante da pena privativa da liberdade aplicada ao sentenciado *C. H. R. L.* por penas restritivas de direitos consistentes em *prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas* (art. 46 do CP) e *limitação de fim de semana* (art. 48 do CP).

9. O Serviço Social do Fórum providenciará o encaminhamento do sentenciado para prestação de serviço à comunidade em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos ou outros estabelecimentos congêneres, onde exercerá tarefas gratuitas, à razão de uma hora por dia da condenação que falta ser cumprida (o que será apurado por cálculo do cartório), fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho (art. 46, §§ 1.º a 3.º do CP).

10. A limitação de fim de semana, na falta da casa do albergado, será cumprida pelo tempo de duração da pena privativa da liberdade substituída (art. 55), com recolhimento do sentenciado em sua residência nos finais de semana, de onde não poderá sair, salvo para prestar serviço gratuito ou com expressa autorização judicial.

11. Expeça-se alvará de soltura e designe-se data para comparecimento do sentenciado ao Serviço Social, que providenciará o encaminhamento na forma determinada no item 8 e fará a advergência sobre a limitação de fim de semana, anotando-se o endereço. Designe o cartório oficial de justiça para a fiscalização e oficie-se à polícia para que também exerça igual fiscalização. Na hipótese do sentenciado residir em outra comarca, a execução deve ser encaminhada ao Juízo competente.

P.R.I.C.

Bragança Paulista, 29.12.1998 – Nagashi Furukawa, Juiz de Direito.

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

8.1

SOLIDARIEDADE SEM EMANCIPAÇÃO É VOLUNTARIADO. PARTICIPAÇÃO COM EXCLUSÃO É DEMAGOGIA.

ADRIANA CANOVA SIMIONATO

Só assim o anjo acordará os mortos e reunirá os vencidos.[1]

Santos foi um dos primeiros autores, de uma nova safra de teóricos, a denunciar de maneira consistente, com apuro teórico e histórico, a crise da modernidade. Longe de construir, como alguns, um discurso axiológico para discorrer sobre as agruras do contemporâneo, ele vem desde o final da década de 80, logrando uma sólida reflexão sobre o presente, caminhando pelos horizontes ontológico e epistemológico simultaneamente. É desnecessário enfatizar que os momentos de crise pedem socorro à filosofia. Porém, os discursos axiológicos, mesmo quando se colocam como potentes apelos morais, por vezes, prescindem de dimensão histórica. E o fazem à medida que clamam pelo que já não está dado historicamente; pelo que já não encontra ressonância no plano histórico. Alguns debates que mobilizam as ciências sociais no momento, entre eles certas polêmicas sobre a modernidade são, antes que superações para velhas questões, um forte apelo que, destarte a importância e a intenção, não sobrevivem para além do campo moral, quando postos frente-a-frente com a história. Santos tem consciência deste impasse. Por isto esforça-se para uma construção ontológica e epistemológica, ciente também de que ontologia e epistemologia, neste instante, não devem prescindir uma da outra e, de que ambas, não podem desconsiderar a história.

Em *A reinvenção solidária e participativa do Estado*, comunicação proferida no *Seminário Internacional Sociedade e a Reforma do Estado,* Santos mantém-se fiel ao propósito de não se desgarrar da história. Mesmo com os limites de uma comunicação, o texto é primoroso no que concerne à análise do papel do Estado nos últimos 50 anos – sobretudo por sua capacidade de síntese – e rigorosamente atento ao contemporâneo, na reflexão sobre a crise deste Estado.

A precisão da análise de Santos em *A reinvenção (...)* emerge do que ele recolhe como condições determinantes na história dos últimos cinqüenta anos, para a sustentação de suas reflexões. Trabalhando com os limites do reformismo e da revolução ele considera como ponto de partida para sua análise que, quando o Estado se torna ele próprio problemático e se transforma em objeto de reforma, o que está em jogo é a crise do reformismo. Mas adverte oportunamente, *ao contrário das aparências e dos discursos, o paradigma da transformação reformista foi sempre mais internacional e transnacional que o paradigma da transformação revolucionária.*

Sendo assim, ele analisa a crise do Estado-Providência – a forma melhor acaba-

(1) Boaventura de Souza Santos.

da do reformismo, juntamente com o Estado desenvolvimentista – não como um resultado perverso da globalização da economia, mas sim como um processo político cirurgicamente processado a bico de pena. E mais, uma crise que representa a própria crise deste reformismo. A análise de Santos sobre o Estado nacional parte da linha marxista, cujo papel central assenta-se nas funções de acumulação, confiança e legitimação, mas ele está preocupado com a relação reformismo-revolução para explicar as razões da crise. Considera que os pressupostos que dão sustentação ao paradigma reformista dependem de um meta-pressuposto, ou seja, enquanto uma mudança social normal, o reformismo não é possível sem a contrapartida da mudança social anormal, a revolução. E vice-versa. *As revoluções têm sido sempre o momento inaugural do reformismo, enquanto o reformismo só faz sentido político, enquanto processo pós-revolucionário. Mesmo quando seu objetivo é prevenir a eclosão da revolução, a sua lógica opera por antecipação da situação pós-revolucionária.*

E de que maneira a atual reforma do Estado materializa a crise do reformismo? Para desenvolver esta reflexão, primeiramente Santos analisa que a crise vivenciada pelo Estado representa a crise de um certo tipo de Estado. Não significa, pois, o regresso ao princípio de mercado, mas sim, uma nova articulação entre o princípio do Estado e o princípio de mercado.[2] Nesse sentido, o Estado fraco que é conseqüência do Consenso de Washington, só é fraco em relação às estratégias de confiança e hegemonia, uma vez que é mais forte do que nunca com respeito à estratégia de acumulação, porque passa a gerir e a legitimar no espaço nacional as exigências do capitalismo global. Desta maneira, a força do Estado no período reformista, que era conseqüência de sua capacidade de promover interdependências não mercantis, passou agora a ser a capacidade em submeter todas as interdependências à lógica mercantil. Uma vez que o mercado está longe de conseguir este movimento sem correr o risco de ingovernabilidade, a questão da reforma foi substituída pela questão da governabilidade. É o fim do reformismo social, que determina o início do movimento para a reforma do Estado. Para ele, contudo, enquanto não surgir um outro momento revolucionário, não será possível construir um novo paradigma reformista. *É o movimento de mudança social, próprio de um período histórico que é demasiado prematuro para ser pré-revolucionário e demasiado tardio para ser pós-revolucionário. É esse o nosso período histórico.*

Santos trabalha com a idéia de que a reforma do Estado tem duas fases. A primeira, a fase do Estado mínimo, teve o seu auge com as convulsões políticas da Europa Central e do Leste europeu. Esta fase é marcada pela concepção de que o Estado é irreformável e, uma vez que se apresenta como uma estrutura ineficaz, a única reforma possível é a de reduzí-lo ao mínimo, para o melhor funcionamento do mercado. De acordo com ele, o Estado mínimo marca a fase áurea do neo liberalismo mas é momento também, em que os limites da lógica reformadora do Estado começam a se manifestar. *A questão do Estado não se resolve pela redução da quantidade de Estado. Resolve-se, sim, pela construção de uma outra qualidade de Estado e para isso há que, ao contrário do que sucedeu na primeira fase, partir da idéia de que o Estado é reformável.*

É o fim do reformismo social e o início do reformismo estatal, que traz consigo a

(2) Esta relação entre princípios encontra-se detalhada em obra anterior de Santos (1995), quando a autor descreve o projeto da modernidade apoiado em dois pilares. O pilar da emancipação, composto pelas ciências, pelas leis e pelas artes e o pilar da regulação, formado pelo princípio de Estado, de Hobbes; o princípio de mercado, de Locke e o princípio da comunidade, de Rousseau.

segunda fase da reforma do Estado. Esta assenta-se em dois pilares fundamentais: a reforma do sistema jurídico, em especial do sistema judicial, e o papel do terceiro setor.[3] A análise de Santos irá debruçar-se em *A reinvenção (...)*, sobre o segundo pilar.

As considerações sobre o terceiro setor são, como de costume, precisas. Trazem o resgate histórico deste modelo de organização social, surgido no século XIX; as diferentes características que assumem em sociedades desenvolvidas e periféricas; as possibilidades, os desafios, as limitações e, sobretudo, os riscos. Especialmente o risco de, em composição com um novo tipo de Estado, colaborar na passagem de um autoritarismo centralizado para um autoritarismo descentralizado. *Só uma reforma simultânea do Estado e do terceiro setor, por via de articulação entre democracia representativa e democracia participativa, pode garantir a eficácia do potencial democratizante de cada um deles face aos facismos pluralistas que se pretendem apropriar do espaço público não estatal.*

A preocupação de Santos em refundar democraticamente o Estado e o terceiro setor assenta-se na perspectiva de que a sociedade, deste final da década de noventa, tem diante de si duas concepções, diametralmente opostas, para a materialização de um novo modelo de Estado: o *Estado-empresário* e o *Estado-novíssimo-movimento-social.*

Pela primeira concepção designa: "O Estado-empresário tem muitas afinidades com a filosofia política que dominou a primeira fase da reforma do Estado, a fase do Estado irreformável e traduz-se em duas recomendações básicas: privatizar todas as funções que o Estado não tem de desempenhar com exclusividade; submeter a administração pública a critérios de eficiência, eficácia, criatividade, competitividade e serviço aos consumidores próprios do mundo empresarial. A filosofia política que lhe subjaz, consiste na busca de uma nova e mais íntima articulação entre o princípio de Estado e o princípio de mercado sob a égide deste último. A formulação mais conhecida e mediática desta concepção é o livro *Reinventing – Government,* de David Osborne e Ted Gaebler, publicado em 1992, que serviu de base à reforma da Administração Pública no Governo de Clinton, apresentada pelo Vice-Presidente Al Gore no "Gore Report" de 1993. Esta mesma concepção, com alguns matizes, subjaz as propostas de reforma do Estado, avançadas pelo Banco Mundial nos últimos anos.

Pela segunda concepção define: "O Estado-novíssimo-movimento-social assenta na idéia de que perante a hubris avassaladora do princípio de mercado, nem o princípio do Estado, nem o princípio da comunidade, podem isoladamente garantir a sustentabilidade de interdependências não mercantis, sem as quais a vida em sociedade se converte numa forma de facismo societal. Propõe assim uma articulação privilegiada entre os princípios do Estado e da comunidade sob a égide deste último. Ao contrário da primeira concepção, que explora os isomorfismos entre o mercado e o Estado, esta concep-

(3) O autor assim define o terceiro setor: É uma designação residual e vaga com que se pretende dar conta de um vastíssimo conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas, não visam fins lucratios, e, por outro lado, sendo animadas por objectivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais. Entre tais organizações podem mencionar-se cooperativas, organizações não governamentais, organizações quasi-não governamentais, organizações de voluntariado, organizações comunitárias ou de base, etc. As designações vernáculas do terceiro setor variam de país para país e as variações, longe de serem meramente terminológicas, reflectem histórias e tradições diferentes, diferentes culturas e contextos políticos.

ção explora os isomorfismos entre a comunidade e o Estado."

Na análise de Santos, o Estado-novíssimo-movimento-social seria a refundação democrática do Estado, *o fundamento e a orientação de uma luta política que visa transformar a cidadania abstracta, facilmente falsificável e inconseqüente, num exercício de reciprocidade concreta*. Por sua vez, sem uma profunda democratização do terceiro setor ele considera perigoso delegar a este, a tarefa de democratização do Estado e do espaço público não estatal.

E encerra a análise: "Parece, pois, poder concluir-se que o isomorfismo entre os valores que subjazem a estes dois princípios (da comunidade e do Estado) – a cooperação, a solidariedade, a participação, a democracia e a prioridade de distribuição sobre a acumulação – não é um dado de partida, mas antes o resultado de uma luta política, democrática e exigente, que só terá êxito à medida que for capaz de denunciar os projectos de facismo social que subrepticiamente se infiltram e escondem no seu seio".

Em que pesem a precisão histórica e a competência teórica à reflexão acima parcamente resumida, falta a esta análise, a força de Santos. É, sobretudo, um texto que incomoda pela ausência. Isto porque o Santos de *A reinvenção (...)* é comedido. Poderoso nas afirmações teóricas e na reflexão sobre a crise do Estado, deixa fora de cena, contudo, questões que, mais que centrais, mudariam a trajetória das proposituras que defende no âmbito da superação para esta crise. É bem verdade que por se tratar de uma comunicação e, portanto, um relato em breve espaço, Santos faz um recorte em sua análise. Mas, trata-se de um recorte que omite questões por ele mesmo apontadas em oportunidades anteriores, como determinantes para um bom debate. É importante lembrar o contexto em que se processa a construção do pensamento de Santos, em outros momentos. Por isto, nada mais justo que avaliar o conteúdo de *A reinvenção (...)* à luz do próprio Santos.

Quem lê o autor pela primeira vez, a partir deste texto, pode considerá-lo um teórico que está pensando a transição deste momento histórico com os instrumentos da social democracia européia. Um pensamento eurocêntrico e reformista, que se alinharia às propostas e reflexões de Offe, Prezworski e Castells, convidados também a participar do *Seminário Internacional Sociedade e a Reforma do Estado*. Santos é mais que um reformista eurocentrado. De origem portuguesa, sabe o custo com o qual arca uma sociedade semi-periférica. E demonstra objetivamente neste texto, como encara os limites da reforma.

Parece-nos possível afirmar que quando uma sociedade refere-se ao seu tempo com designações repletas de prefixos, esta é uma sociedade imersa em crises verticais. O uso recorrente do prefixo *pós* pela sociedade contemporânea, remete-nos a considerar que o desafio deste tempo é o de ter ultrapassado o início de uma crise de ordem paradigmática (quando não haveria a necessidade coletiva de expressar-se como um pós-período) e ainda não ter criado condições históricas para sua superação (quando não haveria mais a necessidade coletiva de expressar-se como um pós-período). Esta vertigem, típica da sociedade contemporânea, que leva-nos a uma sensação de *destempo*, vem sendo puxada pela condição de crise da modernidade.

Santos foi um dos primeiros teóricos recentes, a denunciar a crise da modernidade como sendo de ordem insuperável no interior de sua própria lógica. Para ele, é inútil esperar que a modernidade cumpra-se no que ainda não se cumpriu, depois de mais de dois séculos. Nesse sentido, a pós-modernidade seria *um perfil descortinável, ainda sem nome, e cuja ausência de nome se designa por pós-*

modernidade (Santos, 1995:89). Ou seja, *para quem assim pense, a época em que entramos é uma época de grande turbulência, de equilíbrios particularmente instáveis e regulações precárias, uma época de bifurcações prigoginianas em que pequenas alterações de estado podem dar origem a convulsões incontroláveis, em suma, uma época fractal com mudanças de escalas imprevisíveis e irregularidades difíceis de conceber dentro dos nossos parâmetros ainda euclidianos* (Santos, 1995:283).

Mas, a crise da modernidade traz na sua ponta, a falência de um projeto. O projeto ontológico de emancipação do homem. Santos também tem consciência desta falência e a delimita como resultado do *processo histórico da progressiva absorção ou colapso da emancipação na regulação e, portanto, da conversão perversa das energias emancipatórias em energias regulatórias (...) (que) se deve à crescente promiscuidade entre o projeto da modernidade e o desenvolvimento histórico do capitalismo particularmente evidente a partir de meados do século XIX* (Santos, 1995:137). Por isto acena na direção de uma *teoria crítica pós-moderna*, que *consiste em apontar de novo os caminhos da síntese, tomando como método, por um lado, a citação de tudo o que de positivo existiu na experiência histórica da nossa contemporaneidade, por mais negativa que tenha ocasionalmente sido, e, por outro lado, a disponibilidade para identificar o que de novo caracteriza o tempo presente e dele faz verdadeiramente o nosso tempo* (Santos, 1995:270).

Santos vem construindo esta teoria crítica pós-moderna. É deste horizonte que percebe a necessidade de caminhar ao nível ontológico para perseguir o projeto de emancipação do homem, esquecido pela modernidade. Através de tal movimento e, considerando a existência de condições históricas para uma marcha a uma ordem pós-capitalista, ele aponta para a construção de uma sociedade socialista, onde a democracia possa assumir as rédeas, elaborada a partir de outros parâmetros. Esta sociedade socialista a ser construída abrigaria-se hoje no interior de uma utopia a que o autor dá o nome de *utopia ecológica* e *democrática*.

O autor considera que a democracia representativa, expressão do liberalismo que deposita no voto a maximização de sua representatividade, constitui até agora, *o máximo de consciência política do capitalismo* (Santos, 1995:270). Ocorre que, esta democracia, à medida que deposita no voto a ação política da cidadania, despolitiza – ou, antes, priva de politização, por princípio – todas as demais formas de sociabilidade existentes na sociedade, restringindo a esfera política à relação entre partidos políticos e Estado. Para ele, é preciso construir uma nova concepção de política, resultado (e elemento constituinte) de uma nova ordem paradigmática que tenha origem na revisão do projeto da modernidade.

Mas, Santos sabe também, que a superação do paradigma moderno exige a reconstrução do universo epistemológico, uma vez que a ciência, como parte da modernidade, atuou sempre em prol da construção deste projeto e não na direção de superá-lo (...). *o campo gnoseológico da compreensão e da explicação da sociedade do presente é distinto do campo gnoseológico da direção da transformação desta* (Santos, 1995:33). Para colaborar na construção de uma lógica que supere a modernidade, o autor vem convocando a ciência, notadamente as ciências sociais, a integrar um projeto estratégico que caminhe em várias frentes:

A construção de uma nova *teoria da história,* que desconfine a história do presente, como a que vem sendo construída especialmente neste século e caminhe na direção de uma história não-burguesa.

A construção de uma nova *teoria da democracia* para reconstruir o conceito de cidadania.

A construção de uma nova *teoria da subjetividade,* como forma de reconstruir o conceito de sujeito e a construção de uma nova *teoria da emancipação,* como um efeito teórico das novas teorias da democracia e da subjetividade, na transformação da prática social pelo campo social da emancipação.

O imbricamento destas novas teorias, como partes constituintes de um projeto científico e estratégico de emancipação, propiciariam o avistamento de uma nova concepção da política que, por sua vez, conduziria à construção de uma nova teoria do Estado, alternativa ao Estado Moderno e, de sua edição contemporânea, os Estados Providência e desenvolvimentista.

Santos caminha neste horizonte teórico a partir da constatação de que *a modernidade fez sucumbir o pilar da emancipação pelo peso dado ao pilar da regulação. E o próprio pilar da regulação postou-se – e tem se postado cada vez mais – em desequilíbrio interno diante de uma hipertrofia do princípio de mercado, em detrimento do princípio de Estado e de ambos, em detrimento do princípio de comunidade* (Santos, 1995:237).

Parece-nos, portanto, que uma nova concepção de política implica em reaprender a política e este movimento remete, por sua vez, a uma revisão radical das relações que mantemos tanto com nossos referenciais mais próximos (nossa família, amigos, companheiros de trabalho, nosso quarteirão, bairro, cidade, o país etc.), quanto com os mais distantes (o mundo, o globo, o cosmos etc.), para que possamos a partir desse aprendizado (digase, do qual ninguém está isento) redefinir espaços políticos tanto para, quanto pela construção desta nova concepção. *Politizar significa identificar relações de poder e imaginar formas práticas de as transformar em relações de autoridade partilhada* (Santos, 1995:271).

A reinvenção (...) é um texto comedido pela ausência destas questões. Não fossem estes argumentos acima, suficientes, a força da reflexão de Santos se perde pela omissão do que a faz mais consistente.

Santos sabe que em momentos de transição histórica, o imaginário coletivo reveste-se de essencial importância porque acolhe o germe do futuro. É o berço do instituinte gerando pouco a pouco condições históricas para a superação do instituido, ainda que apareça prematuramente para produzir uma revolução. *O que é importante (na utopia) não é o que diz sobre o futuro, mas é a arqueologia virtual do presente que a torna possível* (Santos,1995:324).

Santos sabe que o princípio Durkheimniano de solidariedade, presente desde a formação das elites modernas, quando desvinculado de um horizonte emancipatório, restringe-se a um voluntariado anódino. *(...) o predomínio do princípio do mercado é agora diferente porque, ao contrário do que sucedeu no período do capitalismo liberal, faz apelo ao princípio da comunidade e às idéias que ele envolve, como, por exemplo, as de participação, solidariedade e auto-governo, para obter a sua cumplicidade ideológica na legitimação da transferência dos serviços da providência social estatal para o setor privado não lucrativo* (Santos, 1995:255).

Santos sabe que sustentar um processo de emancipação sobre milhões de esqueletos, (como o passado recente tem revelado), é tão difícil quanto legitimar uma democracia participativa diante de milhões de excluídos, porque para esta legião de miseráveis, o direito de viver com dignidade é retoricamente surreal, quando lhes foi negada antes, a possibilidade de ascender ao humano. "(...) penso que as interrogações poderosas, para serem eficazes, têm de ser monogramas do espírito sobre as coisas. Têm de irromper pela intensidade e pela concentração da energia interior que transportam. Nas condições do tempo presente, tal irrupção

só terá lugar se as interrogações poderosas se traduzirem em imagens desestabilizadoras. Só as imagens desestabilizadoras nos podem restituir a capacidade de espanto e de indignação. À medida que o passado deixar de ser automaticamente redimido pelo futuro, o sofrimento humano, a exploração e a opressão que o habitam, passarão a ser um comentário cruel sobre o tempo presente, indesculpável porque continua a ocorrer e porque poderia ter sido evitado pela iniciativa humana. As imagens só são desestabilizadoras à medida que tudo depende de nós e tudo podia ser diferente e melhor" (Santos, 1997:117).

Santos sabe que, enfim, no bojo de um tempo pós-moderno está o desafio de superar o projeto mais ambicioso produzido pelo homem ocidental. E esta superação não pode se restringir à construção de um novo modelo de Estado, sobretudo se estiver preso ao papel do terceiro setor e à reforma do sistema jurídico. Antes, deve ser posta em marcha como um processo civilizatório, para o qual, só as energias revolucionárias têm a força de dar-lhe o movimento de superação. *Na minha opinião, temos que partir daqui, da verificação de que a teoria da história da modernidade é insustentável e de que é, por isso, necessário substituí-la por outra que nos ajude a viver com dignidade este momento de perigo e a sobreviver-lhe pelo aprofundamento das energias emancipatórias. Do que necessitamos com mais urgência é de uma nova capacidade de espanto e indignação que sustente uma nova teoria e uma nova prática inconformistas, desestabilizadoras, em suma, rebeldes* (Santos, 1997:116).

É esta a força de Santos... Vem da consciência de que a resposta para o presente *não é tarefa fácil nem é uma tarefa individual. Mas se é verdade que a paciência dos conceitos é grande, a paciência da utopia é infinita* (Santos, 1995:346). É esta a força que faltou a Santos, em *A reinvenção solidária e participativa do Estado.*

Bibliografia

SANTOS, B. de S. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegômenos a uma concepção pós-moderna de direito, in *Revista crítica de Ciências Sociais* 24, Coimbra, mar. 1988.

———. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna, in *Revista de Estudos Avançados* 2/3, São Paulo : USP, mai./ago. 1988.

———. O Estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o poder e o direito, in *Revista Crítica de Ciências Sociais* 34, Coimbra, jun. 1990.

———. *Introdução a uma ciência pós-moderna.* Porto : Afrontamento, 1993.

———. Modernidade, identidade e a cultura de fronteira. Tempo Social, in *Revista Sociológica da USP,* p. 31-52, São Paulo : Nov. 1994.

———. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade.* São Paulo : Cortez, 1995.

———. A queda do angelus novus – fragmentos de uma nova teoria da história, in *Novos Estudos Cebrap* 47/103-127, São Paulo : Brasileira de Ciências Ltda, mar. 1997.

———. Uma concepção multicultural de direitos humanos, in *Lua Nova* 37/105-124, 1997.

———. *Um discurso sobre as ciências.* Porto : Afrontamento, 1997 b.

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

8.2

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUINTE DE 1987/88[1]

FÁBIO KERCHE

"No Capítulo referente ao Ministério Público tenho a impressão de que demos um passo – e, se isso for aceito pela Casa, histórica. Trata-se de um passo histórico e até de repercussões teóricas muito importantes porque estamos criando outro órgão no esquema dos três Poderes. É um órgão fiscalizador que não se pendura em qualquer dos ramos do esquema de Montesquieu. Por que propormos a autonomia financeira, política e administrativa do órgão? Porque queremos um fiscal forte da lei".[2]

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O Ministério Público brasileiro: 2.1 A ação civil pública; 2.2 Autonomia do Ministério Público: 2.2.1 Ministério Público controlado politicamente; 2.2.2 Ministério Público não-controlado politicamente – 3. A Assembleia Nacional Constituinte e o Ministério Público: 3.1 As propostas apresentadas – 4. Conclusão – Bibliografia.

1. Introdução

Este artigo discutirá o Ministério Público brasileiro na Constituinte de 1987/88. O objetivo é apresentar possíveis explicações do porquê da aprovação de um *parquet* independente de todos os Poderes de Estado e com atribuições que extrapolam a persecução penal. O debate será travado com aqueles – uma parcela significativa dos integrantes do MP – que acreditam que os constituintes *não* possuíam a dimensão exata do que estavam aprovando. É como se o *lobby* organizado pela Confederação Nacional do MP tivesse "enganado" os parlamentares ou que os constituintes "cochilaram" no momento da aprovação deste projeto. Esta hipótese "cochilo" não explica todo o processo e não reflete a complexidade dos trabalhos da Constituinte (65.000 emendas, 243 advogados entre os 559 parlamentares das mais diversas posições políticas, quase dois anos de atividades etc.).

Minha explicação alternativa parte da constatação de que a Constituição e a Assembléia Nacional Constituinte caracterizaram-se por vários aspectos que permitem afirmar que o MP como um defensor independente dos direitos da sociedade não é um fato destoante de todo o resto do texto constitucional. Pelo contrário, é fruto de elementos de cultura política e de um determinado contexto histórico-polí-

(1) Esta é uma versão resumida da minha dissertação de mestrado, orientada pela Professora Doutora Maria Tereza Sadek, defendida no Departamento de Ciência Política da USP em 1998. Gostaria de agradecer aos Professores Doutores José Reinaldo de Lima Lopes e Marcus Faro de Castro pela participação na banca. (NUNES, Fábio José Kerche. *O Ministério Público e a Constituinte de 1987/88*).

(2) Plínio de Arruda Sampaio (PT-SP), na sétima reunião ordinária da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público na Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88.

tico, refletidos em vários pontos da Constituição, que permitiu que o *lobby* da Confederação Nacional do MP obtivesse sucesso (leia-se sucesso parcial) na aprovação de sua proposta. Dessa forma, a Assembléia Nacional Constituinte serviu como uma espécie de "filtro" às propostas apresentadas, criando inclusive mecanismos de limitação e controle por parte de outros Poderes de Estado não previstos na proposta da Confederação Nacional do Ministério Público (Conamp). Em outras palavras, a Conamp pode se sentir vitoriosa, não porque "enganou" os sonolentos parlamentares, mas sim, porque apresentou uma proposta que não era contrária aos elementos balizadores dos debates, que ia positivamente ao encontro de aspectos conjunturais e de cultura política presentes na Assembléia Nacional Constituinte. E é somente na interação desses elementos que se torna possível entender o processo de aprovação deste novo Ministério Público.

Este artigo está dividido em duas partes. A primeira é a análise institucional do MP que foi aprovado pelos constituintes de 1987/88 e quais as conseqüências políticas deste modelo. O objetivo é demonstrar que o Ministério Público brasileiro é uma novidade quando observa-se conjuntamente dois pontos, por um lado, a independência ou autonomia frente aos Poderes de Estado e, por outro, seu papel de agente privilegiado para propor a ação civil pública. Observados separadamente, estas características não se revelam com tanta força. A segunda parte apresenta a discussão do porquê da aprovação de tal projeto pela Assembléia Nacional Constituinte. Minha hipótese, baseada em elementos conjunturais e de cultura política, é um contraponto a explicação do "cochilo" apresentada acima. Neste mesmo item acompanho também os diferentes projetos que surgiram na Assembléia Nacional Constituinte. O objetivo, novamente, é contrapor a hipótese "cochilo" ao fato de que houve mudanças significativas – e, portanto, discussão e maturação da proposta – entre a proposta da Conamp (a "Carta de Curitiba") e o Texto Constitucional. Por fim, farei uma pequena conclusão.

2. O Ministério Público brasileiro

O Ministério Público pode ser considerado, do ponto de vista institucional, a maior novidade trazida pela Constituição de 1988, mesmo quando comparado aos Poderes de Estado ou outras instituições como o Exército ou o Banco Central. Ou seja, mesmo com modificações, as atribuições básicas dessas instituições e Poderes foram mantidas (o Legislativo continuou bicameral, o Executivo manteve suas atribuições administrativas e com grandes poderes para legislar, o Banco Central continuou ligado ao Poder Executivo, e assim por diante). Mas quanto ao MP há um claro ponto de inflexão: antes de 1988, uma instituição ligada ao Executivo, responsável principalmente pela ação penal pública junto aos tribunais, após a Constituição de 1988, o MP passa a ser independente de todos os Poderes de Estado e com a atribuição extremamente reforçada de representante da sociedade também para questões coletivas de fundo civil através da ação civil pública.

Nos próximos dois itens, apresentarei uma análise dessas novas características; a ação civil pública e a independência ou autonomia do Ministério Público.

2.1 A ação civil pública

A ação civil pública é um instrumento jurídico que permite a representação, junto ao Judiciário, de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos. Além do Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as

empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista e as associações existentes há pelo menos um ano com objetivos de defesa do meio ambiente, do consumidor ou do patrimônio histórico e cultural, podem lançar mão de tal mecanismo. Por este motivo, pode-se afirmar que o MP detém uma legitimidade *concorrente,* mas não exclusiva no que se refere à ação civil pública (Mancuso: 1994). Mesmo não sendo monopólio do MP como a ação penal, a instituição é o agente privilegiado para utilizá-la, tornando-se responsável, segundo Ada Pelegrini Grinover, por 90% das ações desse tipo (Sadek: 1997).

A criação desse instrumento jurídico ocorreu em 1981 com a *Política Nacional do Meio Ambiente* e foi incrementada durante quase toda a década de 80. Em 1985, "a Lei 7.347 regulamentou com precisão esse novo tipo de ação (...) definindo seu objeto, o foro competente, a legitimação para utilizá-la, as atribuições do Ministério Público etc." (Arantes: 1997; p. 03). Mas foi a Constituição de 1988 que ampliou o número de questões que poderiam ser levadas a juízo através desse mecanismo, incumbindo o MP da promoção da ação civil pública para a proteção da sociedade no que diz respeito aos "interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos".

A grande questão do ponto de vista do potencial raio de ação do MP é que a concepção desses interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos é muito ampla e pouco regulada do ponto de vista legal. Vai desde o direito à escola, à saúde até a proteção do meio ambiente, sem que, contudo, exista uma legislação infraconstitucional regulamentando todos os seus aspectos.

Essa amplitude, somada à falta de regulamentação, permite que o MP atue em questões tradicionalmente reservadas aos agentes políticos. Ou seja, há, ou poderia haver, em caso de empenho, uma espécie de "substituição" dos representantes eleitos, pelos representantes ligados ao Ministério Público e legitimados por outros mecanismos que não os eleitorais. Neste sentido, a instituição se utiliza (identificando que há espaço para atuar), e contribui (selecionando as mais diversas questões) para a "politização da justiça" ou "judicialização da política".

A judicialização da política é um fenômeno, segundo Marcus Faro de Castro, baseado em dois pontos: o primeiro é "um novo 'ativismo judicial', isto é, uma nova disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais (muitas dessas questões até recentemente ficavam reservadas ao tratamento dado pelo Legislativo ou pelo Executivo) (...)" (Castro: 1997; p. 148). O segundo fenômeno é gerado pelo "interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar (a) procedimentos semelhantes ao processo judicial e (b) parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações (muitas vezes, o Judiciário é politicamente provocado a fornecer esses parâmetros)" (Idem). Segundo o autor, a judicialização da política – não exclusiva do Estado brasileiro – é conseqüência da ampliação da proteção dos direitos após a II Guerra Mundial e a diminuição da eficácia de políticas macroeconômicas no final dos anos 60.

Para o caso específico do Brasil, Maria Tereza Sadek e Rogério Bastos Arantes apontam para a ampliação do papel institucional do Judiciário, principalmente após a Constituição de 1988, capacitando o Poder a atuar como árbitro em um número cada vez maior de questões, não mais se restringindo meramente a aspectos de conflitos de interesses individuais, como reza o modelo clássico de liberalismo. "Dessa forma, a performance institucional dos três poderes, muito mais do

que orientada por um modelo de separação e divisão de responsabilidades, tem sido impulsionada por um sistema que estimula multi-vetos. Cada poder tem força suficiente para impedir o outro de agir, e disso não escapa o Judiciário. Ao contrário, além de constante árbitro de disputas entre os outros dois poderes, sua estrutura descentralizada e, de fato, federativa, permite-lhe paralisar políticas, proferir decisões sem uniformidade e, assim, suspender, ainda que temporariamente, medidas de impacto nacional" (Sadek & Arantes: 1994; p. 37).

Sendo o Judiciário um Poder "inerte", só agindo quando provocado por um terceiro, o MP é o agente privilegiado para tal tarefa, contribuindo de maneira decisiva para selecionar casos para a decisão dos tribunais. Ou seja, a politização do Judiciário é um fenômeno que existe independente do MP, contudo, potencializado por esse agente da própria estrutura do Estado que pode abrir inquéritos e propor ações, inclusive sobre questões de fundo civil. "Se antes, como reza a tradição liberal-democrática, normas programáticas tinham de ser invocadas pela sociedade no terreno da luta política, hoje, de acordo com a Constituição, elas podem e têm sido levadas aos Tribunais por obra principalmente do Ministério Público. Enquanto a sua execução dependia em geral da vontade do governante, mediante os incentivos e constrangimentos próprios do processo político, agora a execução pode ser cobrada do Poder Público por um órgão do próprio Estado numa instância não política de resolução de conflitos; a instância judicial" (Arantes: 1997; p. 08).

As normas programáticas às quais o autor se refere são aquelas contidas na própria Constituição e utilizadas, muitas vezes, pelos integrantes do MP para justificar suas ações civis. Assim, por exemplo, quando um promotor exige que uma determinada escola não seja fechada, ele pode estar baseando-se no princípio constitucional de que a educação é um direito social. O problema é que, como demonstra Faoro, algumas constituições – acredito que a de 1988 seja um exemplo – são como "cartas de intenções". Ou seja, as constituições *nominais* são reflexo de uma "desarmonia entre a situação de fato – a constituição social – e as normas constitucionais, tidas por prematuras, na versão conhecida da menoridade do povo. Com o tempo, pelo desenvolvimento de condições reais, a constituição viria a ser aplicada, reduzida, no presente, a um manual educativo" (Faoro: 1985; p. 11). Uma Constituição, portanto, não se resume a um conjunto de leis, mas aponta um caminho a ser seguido pelos sucessivos Governos e governantes. É como se a Carta Constitucional, neste caso, usando uma imagem do próprio autor, fosse uma roupa esperando que a tirassem do armário. A questão é, quem seria o responsável por fazer com que a roupa sirva com perfeição, transformando a Constituição nominal em *normativa*?

No modelo clássico de liberalismo há uma clara diferenciação entre Estado e sociedade civil, um funciona como limite do outro, neste sentido, a sociedade civil surge onde o Estado não ocupa espaço. É na sociedade que aparecem as demandas (*input*) que o sistema político deve procurar dar conta (*output*). E os partidos políticos formam o principal elo das demandas da sociedade para o Estado, não sendo, nesse sentido, nem membros da sociedade civil nem do Estado (Bobbio: 1995), funcionando como ponte, apresentando propostas de como transformar a "carta de intenções" em "regras de fato". E mais, selecionando, através do debate público e das eleições, quais são as prioridades, já que essa transformação não é imediata – por limitações orçamentárias, por exemplo. O Estado, por sua vez, deve, por um lado, ser contido para que as relações

econômicas, sociais e religiosas aconteçam com liberdade na esfera da sociedade e, por outro, deve ser estimulado para que forneça respostas a eventuais problemas. Esse, segundo Fábio Wanderley Reis, seria o paradoxo do liberalismo: "(...) se implantar a democracia requer a juridificação das relações sociais, segue-se que a democracia requer também inapelavelmente a construção do Estado, de um Estado que possa representar a garantia da vigência das regras correspondentes. Assim, por contraste com a formulação usual do ideal liberal, em que o Estado surge como algo a ser antes de mais nada contido em nome das 'liberdades liberais' (...), esta nova perspectiva vê no Estado algo a ser construído de maneira adequada – e o êxito do processo de construção institucional do Estado aparece como condição, mesmo para sua contenção naqueles aspectos em que tal contenção se faça necessária. Numa palavra, não é possível (...) edificar o estado de direito sem o esforço positivo de construir adequadamente o estado *tout court*" (Reis: 1988; p. 125).

A novidade criada pelos constituintes de 1987/88 é que o MP – órgão estatal – , em alguns casos, pode fazer a ligação descrita entre sociedade civil e Estado, sem a legitimidade tradicional do voto e do debate político, através do inquérito civil e da ação civil pública. Nesse sentido, não pode ser considerado um modelo liberal em sua acepção clássica, mesmo que utilizando a "técnica liberal" de defesa de direitos previstos constitucionalmente através do Poder Judiciário, mas reforça ao extremo o que busquei demonstrar ser o paradoxo do liberalismo. Embora não seja intuito deste artigo um levantamento sistemático da atuação do MP ou mesmo o estudo de casos relevantes – o ponto central, nesta parte, é muito mais a *potencialidade* da instituição de atuar como agente detentor de grandes poderes, inclusive para transferir debates tradicionalmente da esfera política para a Justiça – pode-se lembrar, nesse sentido, da tentativa de barrar a distribuição de seringas para viciados em drogas em Santos, indenização para os usuários dos trens de subúrbio na grande São Paulo, mudanças nos índices de reajuste para os mutuários do Sistema de Habitação no Mato Grosso, pedidos de liminares para obrigar a prefeitura de São Paulo abrigar crianças de rua etc. Esses temas constituem itens de políticas públicas (saúde, transporte, habitação etc.) e não são meramente jurídicos. Se o sistema de "multivetos" pode paralisar a capacidade de ação dos Poderes de Estado, o MP é mais um agente – sem a legitimidade do voto e do apoio de segmentos da sociedade – para agravar tal situação.

Mas é somente na conjunção da ação civil pública e da independência institucional que isso tem condições de ocorrer. Se o MP não tivesse a autonomia – supondo, por exemplo, que o cargo de Procurador-geral permanecesse de confiança do Executivo, ou que o promotor tivesse que obedecer recomendações hierárquicas – ações civis contra o Governo seriam praticamente inviáveis. Por outro lado, se o MP não fosse o agente privilegiado para acionar a Justiça através do poderoso mecanismo da ação civil pública, mesmo com a independência que goza hoje, seu campo de influência política seria restrito à ação penal e, conseqüentemente, limitado. Portanto, é a junção dessas características (ação civil pública e autonomia) que torna o Ministério Público uma instituição fundamental para o jogo político.

2.2 Autonomia do Ministério Público

Todos os Estados possuem um corpo de advogados, relativamente fixo, responsável pela ação penal. Diferente das ações civis, geralmente propostas ao Judiciário pelos próprios cidadãos através de advogados, a ação penal é monopólio de uma instituição estatal que pode ser denominada pelo nome genérico de Ministério

Público. Afinal, o Estado moderno, detentor do monopólio do uso legítimo da violência física, deve punir aqueles que lançam mão da violência sem sua autorização. Em outras palavras, se é o monopólio da violência que diferencia o Estado de outros agentes e instituições políticas, é também característica e particularidade desse Estado ter o direito de penalizar os cidadãos que rompem esse monopólio. E é o MP – juntamente com a polícia por um lado e o Poder Judiciário por outro – uma das instituições responsáveis por esta função.

Se esse é o ponto comum entre os Ministérios Públicos de vários países, existem variações institucionais significativas, desde a localização dessa instituição na estrutura do Estado, até sua relação com a polícia, passando por diferentes formas de seleção de seus quadros. Para os objetivos deste artigo, tratarei de salientar que existem dois modelos básicos (com uma pequena, porém importante, variação no primeiro modelo), quando isolada a variável da relação do MP com o controle político. A escolha desta variável não é sem motivos, é ela que condiciona todas as demais.

2.2.1 Ministério Público controlado politicamente

O modelo mais comum de Ministério Público é aquele em que a instituição é ligada ao Poder político *strictu-sensu* (Poder Executivo ou Legislativo, conforme o Sistema de Governo). Ou seja, o MP é um braço, como a polícia, da função executiva do Estado. Como exemplo temos o Ministério Público inglês, o francês, o alemão, o canadense, o espanhol, o Ministério Público Federal norte-americano e os Ministérios Públicos italiano e brasileiro antes de suas Constituições democráticas. A instituição é controlada pelo Ministro da Justiça, que tem o dever de dar respostas relativas à atuação do MP para a sociedade e para a classe política – tanto a situação quanto a oposição. Neste sentido, o Ministério Público baseado nesse modelo sofre o *accountability*[3] horizontal principalmente por parte do Governo e, indiretamente, o *accountability* vertical, por parte dos eleitores que escolhem o Governo. Assim, o poder político pode interferir em questões como a escolha de prioridades (crime organizado ou narcotráfico, por exemplo) ou mesmo eventualmente orientar as atuações sobre casos em particular.

Esse controle por parte do Governo pode ser exercido de maneiras distintas. Em alguns casos, como nos Estados Unidos, os promotores federais são indicados pelo grupo que controla o Poder Executivo; conseqüentemente, a mudança do Governo significa também a mudança dos quadros que compõem o MP. Nesse caso, o promotor, em todas as instâncias, exerce um cargo de confiança e é passível de demissão quando o Governo acreditar que não se está cumprindo devidamente suas obrigações.

Outra forma de controle político se dá em relação ao Ministério Público organizado, digamos assim, burocraticamente. Nesse caso, os promotores possuem certa estabilidade e os mecanismos de controle por parte do Governo são distintos do modelo norte americano. Na França, por exemplo, mesmo com a "liberdade de palavra", que garante ao promotor liberdade de atuação durante o processo, sua carreira pode ser prejudicada caso não siga as orientações passadas, já que é o

(3) Segundo O'Donnell, o *accountability* horizontal é "(...) uma rede de poderes relativamente autônomos (isto é, outras instituições) que têm a capacidade de questionar, e eventualmente punir, maneiras 'impróprias' de o cargo em questão cumprir suas responsabilidades" (O'Donnell: 1991; p. 32). Já o *accountablity* vertical é aquele realizado pela própria sociedade, através do voto, por exemplo.

Conselho Superior da Magistratura – controlado pelo Ministro da Justiça – o órgão responsável pelas promoções. A fidelidade às posições defendidas pelo Governo é mantida por este instrumento. Outra forma de controle, ainda nesta chave, é o caso espanhol. O Promotor Geral, que possui a capacidade de interferir sobre qualquer assunto tratado pela instituição, é o único indicado pelo Governo. Desta forma, é através desta indicação que torna possível o controle de toda a estrutura do MP por parte do Governo.

Portanto, o que caracteriza o modelo acima é que o MP desses países são: 1) estruturas controladas pelo Governo e, em última análise, pelos eleitores desses Governos; 2) seus agentes não exercem um cargo político, mas burocrático[4] e; 3) a ação penal não se resume meramente a uma questão técnica, mas também pode sofrer interferências do jogo político.

(4) Estou utilizando a clássica distinção de Max Weber: "O verdadeiro funcionário (...) não deve fazer política exatamente devido a sua vocação, deve administrar, antes de tudo, de forma não partidária. (...) Ele deve desempenhar sua missão *sine ira et studio,* 'sem ressentimentos e sem preconceitos'. Não deve, em conseqüência, fazer o que o homem político, seja o chefe, sejam seus seguidores, está compelido a fazer incessantemente e necessariamente, isto é, combater. Com efeito, tomar partido, lutar, apaixonar-se. A atividade deste último está subordinada a um princípio de responsabilidade totalmente estranho, e mesmo oposto, ao que norteia o funcionário". E completa: "O funcionário deve executar essa ordem como se ela correspondesse às suas próprias convicções. (...) A honra do chefe político, ao contrário, consiste justamente na responsabilidade pessoal exclusiva por tudo quanto faz, responsabilidade que ele não pode rejeitar, nem delegar" (Weber: 1972; p. 78-79). O promotor, nos casos discutidos até o momento, aproxima-se mais do burocrata (a responsabilidade de seus atos recai, em última instância, no político que controla a instituição e que seleciona as prioridades) do que do político.

Um caso pode ser classificado conjuntamente, mesmo com a segunda característica não estando presente (neste caso o promotor distancia-se do burocrata e aproxima-se do político). O Ministério Público distrital norte-americano não é ligado a nenhum Poder de Estado, entretanto, sofre *accountability* por parte dos eleitores sem a intermediação do Governo. Na maioria das cidades americanas, os promotores são eleitos diretamente pelos munícipes. Neste sentido, o *accountability* horizontal é fraco (restrito ao Judiciário que é o Poder que julga a ação) mas, em contrapartida, o *accountability* vertical é forte e direto, não passando pela "intermediação" do Ministro da Justiça e do Governo, como nos casos discutidos anteriormente. O promotor lança seu nome ao jogo político partidário e, respeitando a lógica eleitoral, deve atender interesses de seus eleitores para um eventual segundo mandato. A escolha de prioridades é, ao menos teoricamente, mais fortemente marcada por opções políticas do que no modelo anterior.

Em suma, o que permite agrupar instituições tão diferentes na sua organização como os Ministérios Públicos dos Estados Unidos, França ou Espanha é que a ação penal não é simplesmente uma questão técnica, mesmo quando exercida por burocratas, mas sofre algum tipo de controle político. Devido aos mecanismos de *accountability* descritos, o jogo político-partidário assume papel de primeira grandeza ao se analisar a aplicação da ação penal e a estrutura desses Ministérios Públicos.

2.2.2 Ministério Público não-controlado politicamente

O segundo modelo de Ministério Público é aquele que sofreu um processo de "despolitização". Ou seja, são Ministérios Públicos que, na sua construção insti-

tucional, foram retirados do controle do Governo. Ou passaram para as mãos do Judiciário (como é o caso italiano) ou tornaram-se independentes de todos os Poderes de Estado (como é o caso brasileiro). O aspecto "técnico" da acusação penal é ressaltado e a escolha de prioridades não é fruto da opção política-partidária. Em outras palavras, retira-se a instituição da influência da esfera política para uma esfera técnica ou burocrática. Não parece ser coincidência que os dois exemplos são de países que sofreram rupturas democráticas e o eventual mau uso por parte dos Governos não-democráticos "empurrou" a instituição para esta autonomia. É importante destacar também que o reforço deste aspecto técnico da acusação penal tem duas conseqüências, a primeira é o deterioramento dos mecanismos de *accountability* por parte da sociedade ou do próprio Governo. No caso italiano, onde MP e juízes formam o mesmo corpo, o caso é agravado porque a própria instituição que acusa, também julga, garantindo grandes poderes aos magistrados italianos. O caso brasileiro é distinto, pelo menos neste ponto, porque o Poder Judiciário é justamente uma das poucas formas de controle do MP. A segunda conseqüência é que essa despolitização retirou a instituição do controle do Governo mas garantiu liberdade para uma eventual politização interna da instituição. Como exemplo, basta lembrar a grande repercussão da "Operação mãos limpas" na Itália e a projeção dos promotores do caso, o grande número de magistrados que lançam seu nome na disputa eleitoral italiana ou a atuação do Ministério Público brasileiro em questões coletivas.

Portanto, o que caracteriza o modelo acima é que o MP desses países são: 1) estruturas não controladas pelo Governo, ou seja, o controle político eleitoral não existe ou pelo menos não é importante; 2) seus agentes não exercem um papel meramente burocrático, já que a responsabilidade de seus atos recai sobre eles mesmos ou sobre o MP como um todo e não no Governo, e 3) a ação penal, aparentemente, é uma questão mais técnica do que política.

Mas não é apenas esta variável "macro" que merece comentários para o caso brasileiro. Como conseqüência dessa independência institucional, há também a independência de cada promotor frente ao próprio MP. Os mecanismos de controle são excepcionais e frágeis. O princípio do "promotor natural", a efetividade no cargo após dois anos de serviços, a garantia de ampla defesa frente ao Colégio de Procuradores e ao Poder Judiciário, a inamovibilidade etc., garantem a liberdade de atuação mesmo em relação a orientações ditadas pelo Procurador-geral – que também não responde a qualquer poder hierárquico – e se transforma quase em uma opção pessoal do integrante do MP seguí-las ou não. Em outras palavras, mecanismos de defesa criados para proteger os integrantes do MP contra injunções políticas como as realizadas no passado, acabam garantindo uma independência inclusive contra o "saudável" controle entre Poderes e instituições necessário à democracia. Dessa forma, são insuficientes os mecanismos de *accountability* vertical e mesmo horizontal.

Essa liberdade, combinada com o alto grau de dificuldade de se garantir uma política institucional decidida pelo próprio MP, pode permitir que integrantes do MP atuem de forma não organizada, acentuem o individualismo, repassem informações para a imprensa ou posicionem-se publicamente sobre os mais variados assuntos. Desta forma, a atuação dos integrantes do MP, muitas vezes, não se restringe nem mesmo aos instrumentos jurídicos – que já são bastante poderosos – mas são ampliados também ao "*plano das ações políticas* ou não-jurisdicionais" que seriam as ações "*definidas pelo exercício informal (ou institucionalmente mar-*

ginal) do poder" (Castro: 1997; p. 149). Neste sentido, o papel de burocrata como um executor das decisões tomadas na esfera política é transformado e os membros da instituição detém liberdade para "tomar partido, lutar, apaixonar-se", como disse Weber em relação ao político.

Mas, mesmo sendo insuficientes, quais são esses mecanismos de *accountability*?

Há três tentativas básicas de criar-se mecanismos de *accountability* decididas pelos constituintes de 1987/88. Por um lado, o próprio Poder Judiciário. Afinal, é o MP que propõe a ação mas quem a julga são os juízes. Este mecanismo é fragilizado pela atuação acima descrita, ou seja, a liberdade do promotor ou procurador posicionar-se publicamente. Imaginemos, por exemplo, a situação de um prefeito processado pelo Ministério Público estadual. A atuação do promotor responsável pelo caso pode não se restringir ao processo junto ao Poder Judiciário. Eventualmente este promotor possui liberdade institucional para acusar o prefeito publicamente através da imprensa. Ora, para um político isto pode ser devastador. A questão é que a ação, neste exemplo, ainda não foi julgada e o prefeito é transformado em culpado perante a opinião pública por um agente do Estado.

Outro mecanismo de *accountability* é a indicação do Procurador-geral da República e os Procuradores Gerais de Justiça do Estado. O primeiro é indicado pelo Presidente da República, entre os membros de carreira, com aprovação do Senado. Já o Procurador-geral de Justiça é indicado pelo Governador do Estado a partir de uma lista tríplice votada pelos próprios promotores e procuradores do Ministério Público estadual.[5] Este mecanismo mostra-se frágil por dois motivos. Primeiro, porque, como vimos, os Procuradores Gerais são mais chefes "administrativos" do que propriamente controladores da instituição. Ou seja, pelas garantias institucionais, o Procurador-geral possui poucos mecanismos para impor uma política institucional unificada. Não pode, por exemplo, interferir sobre casos em particular. O segundo problema é que os Procuradores Gerais possuem um mandato fixo, não podendo ser destituídos por questões políticas. Em outras palavras, o Procurador-geral não exerce um cargo de confiança do Executivo e nem possui autoridade para interferir nas atuações individuais dos integrantes do Ministério Público do qual é o "chefe".

Outra possibilidade de *accountability* seria aquela desenvolvida pelo modelo francês, ou seja, o controle das promoções. Este mecanismo também é enfraquecido no caso do Ministério Público brasileiro. Os mecanismos de promoção concentram-se no "merecimento" e na "antigüidade". Neste sentido, o primeiro permite uma interferência do Colégio de Procuradores e, conseqüentemente, um eventual estímulo para a criação de uma política institucional. O segundo é praticamente independente da interferência política da instituição, garantindo a promoção de maneira quase automática depois de determinado tempo de serviço. Assim, mesmo o controle anteriormente definido como "burocrático" não é suficiente para garantir uma linha única de atuação.

É claro que estes mecanismos não são completamente estéreis. O Poder Judiciário pode absolver o acusado comprovando sua inocência. Por outro lado, somente os Procuradores Gerais podem acusar o primeiro escalão do Executivo nacional e dos estados. A dependência da indicação dos chefes dos Executivos (inclusive para um segundo mandato) pode limitar a independência do Procurador-geral, preservando a figura do Presidente e dos Governadores.

(5) A escolha direta da lista tríplice por parte dos promotores e procuradores não consta da Constituição.

Devido a estas ressalvas, seria melhor falar em "autonomia" do MP do que em "independência".[6] De qualquer maneira, os mecanismos de *accountability* são frágeis, por um lado, o horizontal quase não existe, por outro, o vertical, muitas vezes, mostra-se incapaz de limitar e controlar a atuação de promotores e procuradores. Soma-se a isto que além do monopólio da ação penal e do papel do Ministério Público brasileiro como agente privilegiado para provocar o Poder Judiciário através do poderoso mecanismo da ação civil pública, a instituição é responsável por fiscalizar atos impróprios de outros Poderes, em especial do Poder Executivo. Ou seja, se os mecanismos de *accountability* em relação ao MP são frágeis e insuficientes, a instituição detém importante papel na rede de *accountability* relativos a outras instituições. A pergunta, portanto, é quem controla os controladores?

3. A Assembléia Nacional Constituinte e o Ministério Público

O Ministério Público brasileiro, quando observado seu aspecto de independência institucional e o instrumento da ação civil pública, tornou-se não somente o caso mais extremo de *parquet* distante dos Poderes políticos quando comparado a outros países, mas também um caso único. E essas mudanças – independência frente ao Executivo, defesa dos interesses coletivos, mandato assegurado para o Procurador-geral etc. – foram garantidas a partir da Constituição de 1988. Assim, neste momento, cabe a seguinte pergunta: Por que os constituintes de 1987/88 optaram por esse modelo?

Uma das características fundamentais que distingue a feitura da atual Constituição brasileira foi justamente a grande abertura à vários grupos de pressão representando interesses diversos. Desde o princípio dos trabalhos, os constituintes organizaram-se para ouvir diversos segmentos da sociedade. A Subcomissão do Poder Judiciário e do MP, que foi responsável pelas primeiras propostas sobre o MP na Constituinte, recebeu oficialmente, além da própria Confederação Nacional do MP, representantes dos Defensores Públicos e dos Delegados de Polícia. Pode-se questionar por que o MP recebeu as maiores modificações. Ou seja, se todos fizeram *lobby*, por que foi justamente esta instituição que mais viu ampliada suas atribuições?

Minha hipótese é que a aprovação deste modelo de MP se deve a dois aspectos. Por um lado, e este é o pressuposto, pela eficiente organização da Confederação Nacional do Ministério Público que ofereceu aos constituintes uma proposta em forma de Texto Constitucional (a "Carta de Curitiba") sobre a inclusão do *parquet* na Constituição e desenvolveu um trabalho de acompanhamento junto às discussões constituintes (*lobby*) que se mostrou eficaz. Por outro, pela relativa facilidade encontrada por esse *lobby* em "vender" aos constituintes a idéia de um agente não-político – ou pelo menos, não-político partidário – responsável pela defesa de interesses da sociedade. Essa relativa facilidade se deve a um (1) aspecto conjuntural e outro (2) de características de cultura política.

1) O aspecto conjuntural refere-se à própria época em que os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte se desenvolveram – no fim de um período autoritário-militar que durou mais de 20 anos (1964-1985). A questão central para os constituintes, observando a Constitui-

(6) Comentando o caso dos Bancos Centrais, Sola, Garman e Marques (1997) escrevem: "We note, however, many make the distinction between autonomy and independence. While the latter refers to a severence from the political arena, the former indicates the ability to resist short term political pressures. Independes never realy exist in practice". Para Dahl (1982), entretanto, os termos são intercambiáveis.

ção de 1988, não era minimizar o Estado segundo os parâmetros liberais clássicos mas, sim, democratizá-lo. Essa afirmação pode ser corroborada observando-se vários aspectos como a ampliação dos direitos coletivos, mecanismos de participação direta (referendo, plebiscito, iniciativa popular), entre outros. Outra forma de reforçar esse argumento é recorrer a um dos trabalhos de Maria D'Alva Kinzo sobre o processo Constituinte (1990). Buscando classificar a atuação dos partidos políticos no período da feitura da Constituição, a autora agrupou votações de acordo com conteúdos comuns: "governismo", "conservadorismo", "democratismo",[7] "nacionalismo" e "oposição ao sistema financeiro". Trabalhando com médias e medianas, a autora chegou aos seguintes resultados:

Tabela 1 – Médias e medianas de alguns partidos/grupos políticos na Constituinte, segundo suas votações em primeiro e segundo turnos*

Partidos/ Grupo	Governismo	Conservadorismo	Democratismo	Nacionalismo	Oposição ao Sist. Finan.
Centrão	A**: 8.6 B***: 10	A: 7.9 B: 8.0	A: 4.0 B: 3.8	A: 1.7 B: 0.0	A: 1.7 B: 1.1
PFL	A: 7.9 B: 8.0	A: 7.2 B: 7.7	A: 4.8 B: 5.0	A: 2.1 B: 0.0	A: 1.4 B: 0.0
PT	A: 0.0 B: 0.0	A: 0.5 B: 0.5	A: 10.0 B: 10.0	A:10.0 B: 10.0	A: 10.0 B: 10.0
PDT	A: 2.0 B: 2.0	A: 0.4 B: 0.0	A: 9.7 B: 10.0	A: 9.6 B: 10.0	A: 9.4 B: 10.0

Fonte: Kinzo: 1990

*sem levar em conta as mudanças nos números de membros **média (0 à 10) ***mediana (0 à 10)

É interessante notar que, nos itens "Governismo", "Conservadorismo", "Nacionalismo" e "Oposição ao Sistema Financeiro", a diferença entre os partidos de esquerda e os de direita é relativamente maior do que no item "democratismo". Assim, por exemplo, o Centrão possui média 8,6 no que se refere a apoio ao Governo enquanto o PT 0,0. E isso pode ser observado em todos os itens, com exceção do apoio às medidas democratizantes, onde essa diferença é a com menor variação (de 4,0 (PFL) à 10,0 (PT)). Ou seja, mesmo o partido ou grupo político com maior resistência à medidas democratizadoras não se distancia tanto, quando comparado aos outros itens, do mais favorável a elas, indicando assim, a prevalência da tendência democratizante da Assembléia Nacional Constituinte que reflete também na construção do novo Ministério Público.

2) Segundo Amaury de Souza e Bolívar Lamounier, pode-se identificar no processo constituinte de 1987/88, "três diferentes 'estratos' de experiência histórica, três 'idades geológicas'" (Souza & Lamounier: 1990; p. 83) da cultura política brasileira que estariam presentes nos debates e, conseqüentemente, nas leis elaboradas. O primeiro aspecto seria uma "negação indiscriminada do passado". Ou seja, a identificação de que, dado que os direitos individuais da tradição liberal não foram suficientes para acabar com as de-

(7) As medidas democratizantes são as seguintes: a) Mandato de segurança coletivo; b) Democracia direta (plebiscito, referendo etc.); c) Medidas de fortalecimento do Congresso; d) Veto à intervenção das Forças Armadas em questões internas; e) Contrário à introdução da pena de morte e f) Contrário à censura artística. Mais detalhes sobre todos esses dados em Kinzo: 1990.

sigualdades existentes em nossa sociedade, somado à figura fraca ou mesmo inexistente de indivíduo, seria necessário "a revisão das premissas individualistas do direito brasileiro" (Idem; p. 87). Deste modo, além de manter as tradicionais garantias e direitos dos indivíduos, amplia-os para entidades coletivas. "A novidade maior", escreve João Gilberto Coelho a este respeito, "é a introdução da noção de 'direitos coletivos', embora no mesmo capítulo dos individuais. Esta diferenciação, se bem interpretada e desenvolvida, rompe uma tradição de ver o direito exclusivamente através do indivíduo e gera os da coletividade, autônomo, próprio e diferente. A compreensão desta nova categoria levará a revisão de códigos, legislações, procedimentos judiciais e institucionais" (Coelho: 1989; p. 27).

Como segundo aspecto, o "legado getulista" também teria seu espaço na cultura política durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte. Por um lado, o presidencialismo, com fortes traços plebiscitários, somado a uma tradição nacionalista refletida em vários pontos da Constituição de 1988, como o monopólio do petróleo, a definição de empresa nacional etc. Por outro, uma ampliação dos direitos de cidadania, principalmente nos seus aspectos trabalhistas que, pela lógica liberal, reflete uma noção paternalista de Estado. Em outras palavras, o Estado concebido como agente privilegiado, não somente do ponto de vista da iniciativa econômica, como também da construção da cidadania. É nesta chave que se apresenta a tradição em perceber a sociedade civil como fraca e incapaz de exigir o cumprimento – ou mesmo a ampliação – de seus direitos por iniciativa própria. O Estado continua a ser visto, por uma parcela significativa dos constituintes, como um agente privilegiado, inclusive, para a construção da cidadania. Neste sentido, boa parte da literatura sobre a formação do Estado brasileiro – de Sérgio Buarque de Holanda a Raymundo Faoro, passando por Victor Nunes Leal e Francisco Weffort – de uma maneira ou outra, reforça esse aspecto.[8]

Por fim, e este é o último ponto levantado pelos autores, uma posição que refletia uma alternativa à participação política exclusivamente através da representação política via partidos políticos/parlamentares. "Deu (se) ao princípio participativo

(8) Sérgio Buarque de Holanda e Raymundo Faoro buscam em suas análises o elemento de continuidade do Estado brasileiro, ou a "linha vermelha" que une vários momentos da história do Brasil. O Estado patrimonial, caracterizado por uma sobreposição do Estado em relação a sociedade – e não uma divisão como no modelo liberal –, seria esse aspecto (Holanda: 1991; Faoro: 1976). O Estado patrimonial cria suas demandas e as resolve dentro de sua própria esfera. Os mecanismos de conexão entre sociedade civil e o Estado não se dão na forma tipicamente liberal-clássica através de partidos políticos, seleção de lideranças pelo voto ou pressão popular. Aqueles que controlam o aparelho do Estado, o estamento burocrático, não deve ser confundido com elites. Afinal, escreve Faoro, todos os governos são chefiados pelas minorias. A diferença é que nos sistemas "elitistas" a seleção se dá colhendo lideranças pressionadas de baixo para cima, e não, como no modelo patrimonialista, de cima para baixo. A população, as classes sociais, longe da indignação constante, também parece adaptar-se ao modelo. No lugar de lutar por uma participação no poder, luta por fatias de proteção do Estado patrimonial. No lugar da crítica, a resignação. Victor Nunes Leal, e sua brilhante análise sobre o coronelismo, demonstra como se dava o acordo entre o poder privado e o poder público e a dependência dos governantes e dos "coronéis" em relação a esse arranjo. A população do campo, grande maioria do país predominantemente agrário, dependia totalmente dos favores desse acordo (Leal: 1978). Francisco Weffort analisa o populismo e o aspecto paternalista do arranjo político que estabelecia uma relação direta entre o governante e a população dependente, por um lado, e manipulada, por outro, principalmente no período de 1945 a 1964 (Weffort: 1989).

uma definição muito mais forte, colocando-o virtualmente em pé de igualdade com a democracia representativa. Os legisladores não apenas tornaram o princípio participativo operante nos níveis Legislativo e Judiciário, como também o adotaram como norma programática no Poder Executivo, em diversas situações administrativas específicas" (Souza & Lamounier: 1990: p. 99). Assim, o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular foram previstos pela Constituição. Em relação ao Judiciário, houve a legitimação de agentes coletivos contrariamente a uma tradição individualista-liberal. Cria-se, portanto, instrumentos onde não se faz necessário uma intermediação entre a sociedade civil e o Estado. Não de uma maneira "bonapartista" – na qual a não intermediação ocorre no sentido manipulativo do Estado em relação à sociedade – mas, em um sentido de reforço e de construção de uma cidadania não dependente.

É na articulação desses pontos que a segunda parte de minha hipótese ganha consistência, demonstrando a relativa facilidade encontrada pela Confederação Nacional do Ministério Público em "vender" seu projeto. O Ministério Público, neste sentido: 1) é um agente privilegiado da defesa dos interesses coletivos ("negação do passado"); 2) reforça o papel do Estado como agente privilegiado nas relações sociais, inclusive sob o aspecto paternalista ("legado getulista") e, 3) é um instrumento de reforço da cidadania, rompendo o modelo liberal-clássico de representação política via partidos políticos. Ou seja, este projeto foi bastante vendável justamente porque se adaptava a diferentes concepções presentes na "democrática" Assembléia Nacional Constituinte. Ele se diferencia enquanto projeto porque não se apresentava enquanto concepção de um único grupo, pelo contrário, por representar um modelo novo diferenciado, era perfeitamente justificado como necessário tanto para aquele que queria romper com o passado autoritário do país, quanto para aquele que percebe o Estado como agente ainda fundamental para a realização, inclusive, da cidadania e, finalmente, para aquele que buscava formas alternativas de participação e interferência no debate político e na defesa de interesses.

O MP, deste ponto de vista, é uma espécie de síntese dos vários aspectos que marcaram a feitura da Constituição de 1988.

3.1 As propostas apresentadas

Neste item, o objetivo é comparar os diferentes anteprojetos apresentados sobre o Ministério Público na Constituinte – oito anteprojetos pela Relatoria Geral da Assembléia Nacional Constituinte,[9] o anteprojeto da Comissão da Organização dos Poderes e Sistemas de Governo, a proposta do "Centrão" e a proposta apresentada pela Confederação Nacional do MP – e o texto final promulgado na Constituição. A idéia é demonstrar que os parlamentares reviram pontos importantes, o que reforça a minha interpretação de que houve reflexão e maturação do projeto de um agente independente dos Poderes de Estado e com a

(9) O que estou chamando de "anteprojetos do relator" é somente uma maneira de agrupar todos os projetos, substitutivos etc., colocados em discussão no plenário geral da Assembléia Nacional Constituinte. Para ser mais rigoroso, nas tabelas que serão apresentadas deveriam constar as seguintes especificações: 1) Anteprojeto de junho de 1987; 2) Projeto de julho de 1987; 3) Substitutivo do relator de agosto de 1987; 4) Substitutivo de relator (2a.) de setembro de 1987; 5) Projeto (A) de novembro de 1987; 6) Projeto (A) de dezembro de 1987; 7) Projeto (2.º turno) de julho de 1988; 8) Projeto (B) (2.º turno) de agosto de 1988. O projeto de setembro de 1988, chamado de "C", foi o aprovado por 474 votos a favor, 15 contra e 6 abstenções e transformou-se na Constituição (Bonavides & Andrade: 1989; p. 468). Portanto, onde lê-se "Constituição" nas tabelas, deve-se considerar também como o projeto de setembro.

atribuição da defesa de interesses da sociedade.

Nas tabelas 2 e 3 é possível perceber que a tendência em separar o MP do Poder Executivo ou de qualquer outro Poder de Estado é uma constante em todos os projetos. A diferença é que em alguns casos o MP constava de um Capítulo à parte (Anteprojetos de junho e julho de 1987, da Comissão de Organização dos Poderes e Sistemas de Governo e da "Carta de Curitiba) e em outros aparece como uma Seção de um Capítulo. Estes Capítulos eram chamados "Das Funções Essenciais ao Exercício dos Poderes" (Anteprojeto de agosto de 1987), "Das Funções Essenciais À Administração da Justiça" (Anteprojetos de setembro, novembro e dezembro de 1987, julho e agosto de 1988 e do "Centrão") ou "Das Funções Essenciais à Justiça (Constituição de 1988).

Tabela 2 – Localização do Ministério Público/Relatoria da Assembléia

junho de 1987	julho de 1987	agosto de 1987	setembro de 1987	novembro de 1987	dezembro de 1987	julho de 1988	agosto de 1988	Constituição de 1988
Capítulo a parte	Capítulo a parte	Incluído como Seção II no Capítulo "Das Funções Essenciais ao Exercício dos Poderes"	Incluído como Seção II no Capítulo "Das Funções Essenciais à Administração da justiça"	Idem	Idem	Incluído como Seção I no Capítulo "Das Funções Essenciais à Administração da Justiça"	Idem	Incluído como Seção I no Capítulo "Das Funções Essenciais à Justiça"

Fonte: Senado Federal

Tabela 3 – Localização do Ministério Público/ Centrão, Comissão dos Poderes e Sistemas de Governo e da "Carta de Curitiba"

Centrão	Comissão	Carta de Curitiba
Incluído no Capítulo "Das Funções Essenciais à Administração da Justiça" como Seção a parte	Incluído como Capítulo a parte	Capítulo a parte

Fonte: Senado Federal, Mazzilli: 1993

Nos anteprojetos em que o Ministério Público aparecia como Seção de um Capítulo, outros agentes da Justiça eram incluídos. Assim, nos anteprojetos de agosto a dezembro de 1987, a outra Seção era "Da Advocacia", que se dividia na Subseção das "Disposições Gerais", na Subseção "Das Procuradorias Gerais da União, dos Estados e do Distrito Federal"[10] – responsável pela defesa e consultoria jurídica do Executivo e da Administração em geral – e na Subseção "Das Defensorias Públicas". Em julho de 1988, permanecendo também em agosto do mesmo ano, o título de Procuradoria-geral foi substituído pelo definitivo "Da Advocacia Geral da União" e fundiu-se em uma única

[10] No anteprojeto da Comissão da Organização dos Poderes e Sistemas de Governo, a Procuradoria era denominada de "Procuradoria Geral da União" e incluída como Seção do Capítulo referente ao Executivo.

Seção "Da Advocacia e da Defensoria Pública" – ambos idênticos ao projeto do Centrão de janeiro de 1988 –, sendo este o adotado em definitivo pela Constituição de 1988.

A definição do MP sofreu poucas alterações ao longo do processo (tabelas 4 e 5). A que mais difere é a proposta apresentada pela Conamp através da "Carta de Curitiba" – que não inclui a função jurisdicional e os interesses sociais e individuais indisponíveis –, mas a defesa da Constituição e do interesse público. Nos anteprojetos, a única diferença é quanto à questão do regime democrático; o MP é responsável pela "defesa do regime democrático" antes de todas as outras funções (junho, julho de 1987 e no anteprojeto da Comissão da Organização dos Poderes e Sistemas de Governo) ou da "legalidade democrática" (agosto de 1987) ou, a definitiva, da "ordem jurídica" e do "regime democrático" (setembro, novembro, dezembro de 1987; julho, agosto de 1988; Constituição de 1988 e do "Centrão).

Tabela 4 – Definição do MP/ Relatoria da Assembléia

junho de 1987	"O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"
julho de 1987	Idem
agosto de 1987	"O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica da legalidade democrática, e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"
setembro de 1987	"O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"
novembro de 1987	"O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"
dezembro de 1987	Idem
julho de 1988	Idem
agosto de 1988	Idem
Constituição	Idem

Fonte: Senado Federal

Tabela 5 – Definição do MP/ Comissão da Organização dos Poderes e Sistemas de Governo, Centrão e "Carta de Curitiba"

Comissão	"O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"
Centrão	"O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"
Carta Curitiba	"O Ministério Público, instituição permanente do Estado, é responsável pela defesa do regime democrático e do interesse público, velando pela observância da Constituição e da ordem jurídica"

Fonte: Senado Federal e Mazzilli: 1993.

Se o princípio geral de um Ministério Público independente e com atribuições amplas foi aceito em todos os anteprojetos, corroborando parte de minha hipótese, falta demonstrar que os constituintes criaram mecanismos mais rigorosos de controle sobre a instituição do que aqueles propostos pela Conamp através da "Carta de Curitiba". Neste sentido, o primeiro ponto a ser observado é quanto à indicação do Procurador-geral da República e dos Procuradores Gerais de Justiça dos estados[11] (tabelas 6 e 7).

É a partir das duas tabelas a seguir que meu argumento ganha força, por um lado, a maior derrota da Conamp foi justamente no que se refere as formas de indicação e destituição dos Procuradores-gerais e, por outro, é sobre esse item que os Constituintes buscaram criar mecanismos de controle sobre a instituição. Senão vejamos:

A Conamp defendia que a indicação do Procurador-geral da República fosse feita pelo Presidente da República com aprovação do Senado Federal. Por outro lado, a destituição só seria possível em dois casos: se houvesse abuso de poder ou omissão grave. Ou seja, não se poderia propor a substituição do Procurador-geral por outros motivos, buscando garantir a não utilização de critérios exclusivamente políticos, por exemplo, para propor o afastamento do "chefe" da instituição. Outra maneira de limitar interferências de outros Poderes é que a destituição só poderia ser aprovada pelo próprio Colégio Superior do Ministério Público. Em outras palavras, garantir-se-ia o cargo contra injunções políticas e limitar-se-ia a interferência e a fiscalização por parte dos outros Poderes de Estado. Em contrapartida, a proposta promulgada garante maior liberdade ao Presidente para propor o afastamento – não listando os motivos – e exige também a participação do Poder Legislativo – deve ser aprovado pelo Senado Federal. O cargo deixa de ser de confiança do Presidente da República – e, portanto, totalmente dependente de sua exclusiva vontade, como era pela antiga Constituição –, mas controlado externamente por outros Poderes de Estado. Pela tabela 6 é possível acompanhar como estes mecanismos de controle vão evoluindo, de maneira gradativa, da mínima interferência do Executivo e do Legislativo (como era o anteprojeto de junho e julho de 1987) para o modelo final aprovado na Constituição de 1988.

Quanto ao Procurador-geral de Justiça dos estados, a proposta era menos clara. A "Carta de Curitiba" sugeria que os constituintes limitassem o mandato em dois anos, permitissem uma recondução e que o escolhido fosse integrante dos quadros do próprio MP. A destituição, por sua vez, seria somente em casos de abuso de poder ou omissão grave e decidida pelo Colégio Superior da própria instituição, sem a interferência do Governador do Estado. Dessa forma, como deixou claro o Secretário-geral da Confederação Nacional do Ministério Público (Antônio Dal Pozzo) nos debates da Subcomissão do Poder Judiciário e do MP, a estratégia era garantir mais liberdade para os MPs dos estados do que para o Federal. Nos anteprojetos de setembro, novembro e dezembro de 1987 os constituintes foram mais generosos que a própria proposta da Conamp, previa-se a eleição direta. Somente a partir do anteprojeto de julho de 1988 que o modelo da lista tríplice escolhida pelo Governador constou do texto do relator e, finalmente, da própria Constituição. Apenas a forma de seleção dos três nomes levados ao chefe do executivo estadual foi deixada em aberto para uma futura decisão.

A questão das "vedações" dos integrantes do MP em preencher cargos na administração pública e exercer atividade política-partidária é outra questão interessante para a comparação entre o que

[11] A substituição do título de Procurador-geral pelo de Promotor-geral, como queria a Conamp, não foi aceita.

Tabela 6 – Indicação e destituição do Procurador-geral/ Relatoria da Assembléia

	Junho/julho de 1987	agosto de 1987	set./nov./dez. de 1987	julho/agosto de 1988	Constituição
Escolha do Procurador-geral	Cada MP elegerá seu Procurador-geral na forma da lei entre os integrantes de carreira. Mandato de três anos com recondução	Eleição por lista tríplice, na forma da lei, entre os integrantes de carreira com mandato de 2 anos com recondução	MP Federal: Formação de lista tríplice entre os integrantes e carreira. Mandato de 2 anos, com recondução. MP Estaduais: Eleição direta entre os integrantes de carreira. Mandato de 2 anos com recondução.	MP Federal: nomeado pelo Presidente entre os integrantes de carreira, aprovação pelo Senado com 2 anos de mandato e recondução. MP Estadual: Lista tríplice, entre os integrantes da carreira, nomeação do Governador com mandato de 2 anos e recondução.	Idem
Destituição do Procurador-geral	Não é previsto a destituição	Destituição por 2/3 do Senado ou Assembléia Legislativa, conforme o caso.	Destituição por 2/3 do Senado (ou Assembléia Legislativa), por abuso de poder ou grave omissão por representação do presidente (governador), da maioria do Senado (Assembléia), ou do órgão colegiado.	MP Federal: destituição pelo Presidente com aprovação da maioria absoluta do Senado. MP Estadual: Destituição pela maioria absoluta da Assembléia Legislativa na forma da lei complementar.	Idem

Fonte: Senado Federal

Tabela 7 – Indicação e Destituição do Procurador-geral/ Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, Centrão e "Carta de Curitiba"

	Comissão	Centrão	Carta Curitiba
Escolha do Procurador-geral	Cada MP elegerá seu Procurador-geral na forma da lei entre os integrantes de carreira. Mandato de três anos com recondução	MP Federal: Nomeado pelo Presidente entre os integrantes de carreira, com aprovação do Senado com mandato correspondente ao do Presidente. MP Estadual: Indicado pelo Governador, dentre os integrantes de carreira, na forma da Lei Estadual.	MP Federal: Indicado pelo Presidente entre cidadãos maiores de 35 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, devendo ser aprovado pelo Senado Federal e servirá por tempo determinado não excedendo o período presidencial correspondente. MP Estadual: Cada MP elegerá seu Procurador-geral, na forma da lei local, para mandato de 2 anos, permitindo-se uma recondução, entre os integrantes de carreira.
Destituição do Procurador-geral	Não é previsto a destituição	MP Federal: Exoneração com autorização da maioria do Senado. MP Estadual: não previsto	MP Federal: Somente poderá ser destituído em caso de abuso de poder ou omissão grave, por deliberação de 2/3 do Colégio Superior. MP Estadual: Idem.

Fonte: Senado Federal e Mazzilli: 1993

foi proposto pela Conamp e o que ficou decidido pelos constituintes. Pela "Carta de Curitiba", previa-se a liberdade para o exercício de "cargo público eletivo" e "administrativo de excepcional relevância". Desde o princípio este ponto foi vetado pelos constituintes, revelando o temor que promotores e procuradores pudessem utilizar-se do cargo para lançar-se politicamente ou privilegiar aliados. Assim, no projeto da Comissão da Organização dos Poderes e Sistemas de Governo, como nos anteprojetos de junho e julho de 1987, os integrantes do MP passaram a ter as "mesmas vedações e gozaram das mesmas garantias, vencimentos e vantagens conferidas aos magistrados". No anteprojeto de agosto de 1987, a questão passou a ter redação bem mais explícita, vedando-se "qualquer outra função pública" e "atividade político partidária". No anteprojeto seguinte, de setembro, e também no de novembro e dezembro, previa-se a possibilidade de atividade político-partidária desde que com "prévio afastamento, na forma da lei". A partir do anteprojeto de julho de 1988, este ponto ganhou sua redação definitiva, tendo sido vedada a atividade político-partidária, "salvo exceções previstas na lei". Esta exceção foi definida no "Ato das Disposições Transitórias", prevendo-se que teriam direitos a atividades político-partidárias aqueles ingressos no MP antes de 1988. Esta exceção é bastante representativa do que se passou no período constituinte em relação ao MP, por um lado, uma sinalização por parte dos Constituintes de que não aceitariam simplesmente as propostas da Confederação Nacional do Ministério Público e que estes exerceram sua atividade de maneira crítica e reflexiva em relação à instituição que se construía; por outro lado, a concessão de pequenas vantagens, cedendo em alguns pontos à pressão da Conamp.

A relação do MP com a Polícia também foi outro ponto onde os Constituintes cederam a pressão, mas desta vez da Associação dos Delegados. Ou seja, a proposta promulgada limita a ação do MP, contrariamente àquilo que foi reivindicado pela Conamp. Pela "Carta de Curitiba", a Confederação Nacional do Ministério Público elencava como atividade privativa do MP a promoção da ação penal pública e a supervisão dos "procedimentos investigatórios, podendo requisitá-los e avocá-los". No anteprojeto da Comissão da Organização dos Poderes e Sistemas de Governo, de junho e julho de 1987 os Constituintes decidiram autorizar aos integrantes do MP a requisição de atos investigatórios, a supervisão da investigação criminal e, inclusive, efetuar a correição da Polícia – "sem prejuízo da permanente correição judicial". No anteprojeto de 1987 inicia-se a construção daquilo que seria promulgado na Carta Constitucional, direito de "requisitar a instauração de inquérito policial, determinar diligências investigatórias, podendo supervisionar a investigação criminal". Em setembro, novembro e dezembro de 1987 o relator indicava que ao MP competia o exercício do "controle externo sobre a atividade policial" e que seriam sempre fundamentadas as requisições de diligências investigatórias e instauração de inquérito policial. Pelo projeto do Centrão, de janeiro de 1988, a única diferença é que o controle externo da atividade policial seria regulada por Lei complementar – proposta aceita nos projetos finais e na própria Constituição. A partir do projeto de julho de 1988, incluindo-se aí, o de agosto e a própria Constituição, é definido o outro ponto aqui discutido como direito do MP, "requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais". Em outras palavras, os constituintes limitaram em muito o papel do Ministério Público nas investigações cri-

minais, se comparado ao que foi proposto pela Confederação Nacional da própria entidade. Mantiveram assim a "divisão do trabalho" em relação à questão penal, recusando-se a aumentar os poderes do Ministério Público nesse ponto.

Se na questão criminal o MP não recebeu as atribuições desejadas, em relação à ação civil pública – um dos pontos fundamentais para a diferenciação da instituição quando comparada a outros países – os constituintes garantiram amplos poderes ao MP, indicando seu desejo de construir uma instituição responsável pelo reforço da cidadania no que se refere à fiscalização dos agentes públicos e na garantia dos direitos coletivos. Apesar de todos os anteprojetos indicarem que outros agentes poderiam lançar mão de tal instrumento jurídico, a ação civil consta da Seção destinada ao MP e a instituição é o único agente responsável pela instauração do inquérito civil, demonstrando, portanto, seu papel de agente privilegiado frente a este procedimento. Somado a isto, o MP tornou-se um dos agentes responsáveis por "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição".

4. Conclusão

A Constituição, e o próprio processo Constituinte, como afirmam Amaury de Souza e Bolívar Lamounier, "pode ser vista, não simplesmente como uma resposta a demandas e pressões imediatas e de curto prazo, mas como um esforço coletivo para passar a limpo o país, desafiando atitudes profundamente arraigadas de hostilidade ou de ceticismo com relação ao regime democrático" (Souza & Lamounier: 1990; p. 101). Assim, ao analisar o MP, seu novo desenho institucional – e como este se deu na Assembléia Nacional Constituinte –, o objetivo não foi somente reconstruir o processo, mas entendê-lo como reflexo de um determinado "ambiente" propício para a aceitação de um agente que extrapola seu papel clássico de persecução penal. Afinal, como aponta toda a literatura sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88, grupos de pressão (*lobbies*) foram uma constante durante os trabalhos que resultaram na Carta Magna de 1988, não significando, entretanto, que todos viram suas demandas atendidas. Neste sentido – sem querer afirmar que a Confederação Nacional do Ministério Público foi a única vitoriosa – a aprovação desse modelo de Ministério Público não pode ser explicada somente como um "cochilo" por parte dos deputados e senadores constituintes. Pelo contrário, se todos fizeram pressão, mas nem todos foram tão bem sucedidos como a Confederação Nacional do Ministério Público, isso significa que a proposta tinha espaço ou "ambiente" para sua aceitação.

Assim, não foi objeto deste artigo explicar ou fazer história do *lobby* do MP; este é o pressuposto; ele ocorreu e foi bastante eficiente. A pesquisa privilegia, sobretudo, a questão, por que os constituintes aceitaram o princípio geral de um Ministério Público autônomo e responsável pela tutela de direitos coletivos?

Como apontei ao longo deste artigo, a resposta não se resume a um ponto específico, mas sim, para a conjunção de vários fatores. O primeiro é o próprio período em que todo o processo constitucional se desenvolveu. Como se sabe, a convocação da Assembléia Nacional Constituinte representava a última etapa da transição para a democracia. A Constituição "cidadã", como a chamava o Deputado Ulysses Guimarães, tinha como função enterrar o "entulho autoritário" e plantar as novas bases para a consolidação do regime democrático. Isso se reflete em vários pontos da Carta Constitucional e, sem dúvida, no processo de construção do MP como agente responsável pela defesa de interesses coletivos da sociedade e do regime democrático.

Além desse elemento "conjuntural", o MP responde a diferentes aspectos da cultura política presentes na Assembléia Nacional Constituinte, representando uma síntese do que Souza e Lamounier (1990) chamaram de "idades geológicas" da cultura política, a percepção que os direitos individuais da tradição liberal não são suficientes; a identificação do Estado como agente privilegiado na regulação da economia e da cidadania; e, finalmente, a busca de alternativas à representação política através da democracia representativa e dos partidos políticos. O MP é facilmente "vendável" como projeto pois, de certa forma, pode preencher estas diferentes concepções que balizaram a feitura da Carta Constitucional de 1988.

O MP, portanto, não é uma instituição diferenciada ou destoante do conjunto da Constituição, pelo contrário, é coerente com os aspectos relevantes apontados por toda a bibliografia sobre a Assembléia Nacional Constituinte. Em primeiro lugar pela questão dos direitos coletivos, vários autores (Souza & Lamounier: 1990; Coelho: 1989) elegem este ponto como a mudança mais importante quando comparado a outras Cartas Magnas brasileiras. Ora, o MP não é o agente privilegiado para exigir o cumprimento de tais direitos, sendo, portanto, intimamente ligado a esta novidade? Outro ponto é o papel fundamental do Judiciário para o jogo político e sua transformação em um Poder de Estado de fato (Souza & Lamounier: 1990; Sadek & Arantes: 1994; Castro: 1997). Ora, o MP não é o agente privilegiado para "provocar" o Poder Judiciário, tendo inclusive atribuições que impedem que os cidadãos ajam sem sua intermediação (intervenção em estados e municípios ou mesmo a ação penal pública)?

Se o modelo adotado de MP liga-se organicamente à estrutura da Constituição, a explicação de que os constituintes não sabiam o que estavam votando pode ser questionada. Para contestá-la, vários argumentos foram utilizados neste artigo. Entre eles, a demonstração do tipo de preocupação dos Constituintes em relação à instituição. O próprio nível de detalhes e modificações acompanhados pelos anteprojetos demonstram o longo processo de negociação e maturação das propostas.

Por outro lado, a própria localização do MP em relação aos Poderes de Estado, apesar de original, não é absolutamente atípica em uma perspectiva comparada. Como apontei na primeira parte deste artigo, a Itália, que também sofreu ruptura de sua democracia, retirou o MP do controle do Governo. Da mesma forma, o eventual (mau) controle político do regime militar brasileiro sobre o MP empurrou a instituição para a independência. Se, como apontei, isto torna a fiscalização frouxa demais por parte dos Poderes de Estado ou da própria sociedade, não significa que não haja coerência ou reflexão, significa somente que, como os próprios constituintes exigiram através das Disposições Transitórias, é necessário aprender com o tempo e eventualmente reformar os pontos falhos.

Bibliografia

ARANTES, Rogério B. *Direito e política: instituições judiciais e conflitos coletivos.* Paper apresentado na lasa México, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: Para uma teoria geral da política.* Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1995.

BONAVIDES, Paulo & ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil.* Brasília : Paz e Terra/Senado Federal, 1989.

CARNEIRO, Paulo C. P. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal.* Rio de Janeiro : Forense, 1995.

CASTRO, Marcus Faro de. "O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política". *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* 34/12, jun. 1997.

COELHO, João G. L. *A Constituição brasileira de 1988: definições e desafios* in COELHO, João G. L. & OLIVEIRA, Antônio

C. N. *A nova Constituição: avaliação do texto e perfil dos constituintes.* Rio de Janeiro : Revan, 1989.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder.* Porto Alegre : Globo, 1976.

———. *Assembléia Nacional Constituinte: A legitimidade recuperada.* São Paulo : Brasiliense, 1993.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil.* Rio de Janeiro : José Olympio, 1991.

KINZO, Maria D'Alva Gil. "O Quadro Partidário e a Constituinte" in Lamounier, Bolívar (org.). *De Geisel a Collor: O balanço da transição.* São Paulo : Idesp, 1990.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto.* São Paulo : Alfa-Ômega, 1978.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar.* São Paulo : RT, 1994.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público,* São Paulo : Saraiva, 1993.

O'DONNELL, Guillermo. "Democracia Delegativa?" *Revista Novos Estudos,* 31, out. 1991.

REIS, Fábio Wanderley. "Direitos Humanos e Sociologia do Poder". *Revista Lua Nova,* 15, out. 1988.

SADEK, Maria Tereza. *O Ministério Público e a justiça no Brasil.* São Paulo, 1997.

SADEK, Maria Tereza & ARANTES, Rogério B. "A crise do Judiciário e a visão dos juízes". *Revista USP* 21. São Paulo, mar./abr. 1997.

SOLA, Lourdes, GARMAN, Christopher & MARQUES, Moisés. *Central banking, democratic governance and political authority: The case of Brazil in a regional perspective.* Paper apresentado na IPSA (Coréia) em agosto de 1997.

SOUZA, Amaury e LAMOUNIER, Bolívar. "A feitura da nova Constituição: um reexame da cultura política brasileira", in Lamounier, Bolivar (org.). *De Geisel a Collor. O balanço da transição.* São Paulo : Idesp, 1990.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações.* São Paulo : Cultrix, 1972.

WEFFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira.* Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1980.

Documentos oficiais: Constituição Federal. Anais da Assembléia Nacional Constituinte.

8.3

AS DIFICULDADES DE COMUNICAÇÃO ENTRE OS OPERADORES DA JUSTIÇA E OS POBRES NO BRASIL: DISSONÂNCIAS ENTRE OS DISCURSOS DOS OPERADORES E AS CONCEPÇÕES DE JUSTIÇA DOS POPULARES

MARIA INÊS CAETANO FERREIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Ruídos na comunicação? – 3. Policiais na comunidade: um caso a parte? – 4. Procurando compreender – 5. Esta história já é parte da nossa História.

1. Introdução

O objetivo deste artigo é discutir as dissonâncias entre o discurso dos operadores da justiça e a concepção de justiça das classes populares. Através da análise das diferenças entre os discursos, pretende-se explicar um fato da sociedade brasileira: *a dificuldade de comunicação entre os operadores da justiça e os pobres.*

O interesse em desenvolver o tema deste artigo inspirou-se na minha convivência no fórum de Santo de Amaro, por mais de um semestre, durante o ano de 1996. Neste período, pesquisei os processos do Terceiro Tribunal do Júri e freqüentei algumas audiências do Juizado Especial de Causas Criminais, a fim de desenvolver minha dissertação de mestrado[1] em sociologia. Concomitante à pesquisa com os processos, contatei moradores da periferia de Santo Amaro, realizando várias entrevistas com populares.

(1) FERREIRA, Maria Inês C. Homicídios na periferia de Santo Amaro. *Um estudo sobre a sociabilidade e os arranjos de vida num cenário de exclusão.* Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Sociologia, USP, 1998.

O objetivo da dissertação foi estudar a questão da violência na periferia de Santo Amaro, apontada como uma das regiões mais violentas da cidade.

Durante a pesquisa, tive a oportunidade de trocar idéias com alguns operadores da justiça sobre questões relevantes do sistema de justiça no País e a dinâmica de trabalho destes profissionais. Uma das questões freqüentemente apontada é o incômodo de muitos profissionais que, vez por outra, sentem-se insatisfeitos ao perceber uma dissonância entre o seu discurso e sua prática e as expectativas da população da periferia em relação à Justiça. Este fato era observado principalmente nas audiências do Juizado Especial de Causas Criminais, devido ao contato direto do operador da justiça com a população – é necessário enfatizar que a principal demanda do fórum de Santo Amaro, na área criminal, é de moradores da periferia, raros são os casos que envolvem as classes média e alta.

O clima destas audiências geralmente era bastante acalorado, o operador ouvia as partes envolvidas nos conflitos. No início dos depoimentos, as personagens narravam normalmente suas histórias, mas conforme os argumentos se chocavam,

as partes passavam a discutir calorosamente entre si. Era comum o operador chamar a atenção das partes e lembrar que elas estavam diante de uma autoridade, o que nem sempre garantia o restabelecimento da ordem. Mais comum era, ao final da audiência, as partes se mostrarem descontentes com a proposta do operador da justiça, externando o sentimento de que, segundo o entendimento delas, não fora feita justiça.

Durante um júri em que um justiceiro era acusado por várias mortes, o promotor argumentou que alguns colegas do Primeiro Tribunal do Júri comentavam sobre a especificidade do Júri de Santo Amaro, devido a elevada freqüência de julgamentos de justiceiros. O argumento do promotor era que a existência da figura do justiceiro, a pessoa que faz a justiça com as próprias mãos, que se responsabiliza pela administração da justiça numa dada localidade, é um fenômeno que contradiz o sistema oficial de justiça. Na verdade, o promotor chamou a atenção para o fato de que o Júri de Santo Amaro se depara com casos que escapam às concepções que orientam o sistema de justiça. Segundo os valores básicos que nortearam a construção do sistema de justiça Ocidental, o Estado detém o monopólio da violência física e a administração da justiça é competência exclusiva do Estado – aliás, uma de suas principais competências, até mesmo entre aqueles que defendem o Estado mínimo. Todavia, aquele promotor se depara, cotidianamente, com casos em que a justiça é arrogada por personagens privadas, que decidem sobre o direito de vida e de morte das pessoas. A citação ao Primeiro Tribunal do Júri é elucidativa, pois a região da Capital que compete ao Primeiro Tribunal refere-se a bairros de classe média; já o Terceiro Tribunal atende a vasta periferia da zona Sul. O Primeiro Tribunal atende um público de classe média, o Terceiro atende maciçamente os pobres da zona Sul; a diferença geográfica e social do público determina o tipo de conflito. A especificidade do Terceiro Tribunal são os casos que contradizem as concepções do sistema de justiça e esta especificidade se relaciona com o fato de a clientela deste Tribunal ser prioritariamente pobre.

As diferenças nas concepções de justiça dos pobres e as orientações do sistema de justiça oficial é o tema desenvolvido e discutido neste artigo.

2. Ruídos na comunicação?

Alguns casos ilustram a dissonância entre a expectativa de justiça dos pobres e os valores da justiça oficial, orientada por princípios liberais. Um destes casos aconteceu num centro de direitos humanos, no Campo Limpo, quando um promotor criminal dava uma aula sobre direitos, sistema de justiça e funcionamento das promotorias criminais, a fim de orientar lideranças da região. Este promotor se mostrou sinceramente empenhado em se aproximar daquela população, mas por mais que ele tentasse, era possível perceber um estranhamento entre aquilo que ele falava e o que a platéia registrava. O promotor explicava sobre a possibilidade de uma pessoa denunciar anonimamente a autoria de um crime ao Ministério Público, auxiliando na investigação de um caso de difícil solução. Como se sabe, uma das causas do elevado número de arquivamento de inquéritos na periferia é a ausência de testemunhas, que se calam por temer represálias por parte do acusado. O promotor deixou claro que a denúncia anônima é seguida de investigação, a fim de se averiguar a veracidade, e a decretação de prisão é possível depois da comprovação de forte indício do envolvimento do acusado no crime.

A platéia considerou bastante positiva a possibilidade da denúncia anônima, mas discordou em não se decretar automaticamente a prisão do acusado, após a denúncia. Para algumas pessoas, a justiça deveria confiar na palavra do denun-

ciante. O promotor se esforçou em explicar que a busca da veracidade é um mecanismo legal de proteção a todos os cidadãos, contra a possibilidade de alguém vir a ser acusado por um crime que não cometeu. Mas, para muitos alunos este significado abstrato da lei era demasiado complicado. A falta de sintonia entre o promotor e os alunos expressou a dificuldade dos populares em estabelecer a relação entre o princípio abstrato da lei e a experiência concreta.

Os entraves para se compreender o caráter abstrato da lei são compreensíveis, afinal o cotidiano desta população ensina que, na maior parte das vezes, o princípio abstrato da lei permanece mesmo abstrato. Inclusive, este mesmo cotidiano, revela que os tais mecanismos de defesa citados pelo promotor suportam um particularismo, que diverge totalmente do universalismo abstrato da lei. Afinal, a justiça liberal se orienta por princípios como a igualdade, a universalidade, a liberdade, que dificilmente concretizam-se na experiência de vida dos pobres neste País – apenas um, dos semnúmero de exemplos que pode ser levantado, é o direito à educação, que apesar de universal, sabe-se que se trata de um direito não concretizado.

As audiências do Juizado Especial de Causas Criminais revelaram claramente a distância entre os valores da justiça formal e dos moradores da periferia. A agressão física foi o motivo que levou a maioria das pessoas a este juizado; entretanto, esta não era a principal reclamação das vítimas, a principal ênfase eram as agressões verbais, os xingamentos, o ataque à honra diante da família e da comunidade. Agrosso modo, as mulheres agredidas pelos companheiros reclamavam menos da agressão física do que das humilhações pelos companheiros, testemunhadas pela comunidade. Nestes casos, os operadores orientavam as vítimas a processar o agressor, em outras esferas, por calúnia e difamação, mas que ele não poderia responder tal demanda, porque a competência dele restringia-se à agressão física. As vítimas se mostravam perplexas diante de um operador que insistia num tema que para elas não era o fundamental e, em contrapartida, não podia fazer nada em relação à questão realmente relevante.

Em uma audiência, a mulher reclamou das agressões físicas cometidas pelo companheiro, mas a ênfase das reclamações eram as agressões verbais e a humilhação que ela sofreu com este homem. Os dois haviam comprado um apartamento financiado, entretanto não fora registrada a transação, porque tratava-se de um caso de contrato de "gaveta". Durante os anos que viveram juntos, a mulher dividiu as despesas das prestações com o companheiro. Todavia, o casal brigou e se separou e o companheiro se anunciou o único proprietário do imóvel, expulsou a mulher da casa e ainda distribuiu as roupas dela a terceiros. A mulher se sentiu humilhada e magoada e reclamou do operador da justiça o ressarcimento pelo prejuízo. O operador explicou que a competência dele referia-se apenas à agressão física, quanto à questão do imóvel, ela deveria encaminhar-se ao cível e buscar o ressarcimento financeiro. Mas ela não aceitou o conselho, porque a principal questão não era o dinheiro. Mesmo tendo dividido a despesa do imóvel com o companheiro durante anos, a mágoa maior era a traição da pessoa com quem compartilhou anos da sua vida, que depois humilhou-a publicamente e ainda distribuiu as suas roupas com terceiros. O conselho do operador baseou-se nos princípios da justiça liberal, norteada pelos valores do liberalismo e do mercado, em que o dinheiro é um modo de ressarcir perdas e danos. Entretanto, na lógica da mulher, o dinheiro não podia ressarcir o sentimento de traição pelo rompimento da reciprocidade que houve entre o casal. O problema é que a reivindicação desta mulher colide com os princípios da sociedade de mercado capitalista predominante no país, a justiça liberal não tem

condições de responder a este anseio e como poderia vir a ter? A questão principal não é a incapacidade de resposta do sistema de justiça, mas o tipo de reivindicação que esta mulher demanda da Justiça ou, mais diretamente, como, no nosso País, vasta parcela da população ainda reproduz valores típicos de uma sociedade tradicional – em que a honra e a imagem diante da comunidade permanecem fundamentais.

No período da pesquisa com os processos, presenciei a queixa de uma mãe, moradora do Jardim Nakamura, cujo filho foi morto pela polícia. Ela buscava a ajuda da promotoria para reclamar da morte do filho, a funcionária do Ministério Público informou que os promotores nada poderiam fazer, porque ainda não havia um processo referente à morte. A mãe perguntou para onde então poderia se dirigir, segundo ela, o objetivo não era punir o policial que matou o filho, mas pedir ao superior dele para aconselhá-lo, impedindo que ele repetisse o que fez com o filho dela. O filho se envolvera em atividades criminosas. No momento da morte, ele estava na casa da mãe, os policiais invadiram a casa, sem mandado judicial e mataram o rapaz, sem oportunidade de defesa. Os policiais agiram ilegalmente, mas esta não era a reclamação da mãe. Ela até aceitava a morte dele pela polícia, devido ao envolvimento criminal, mas não daquele jeito, dentro de casa, sem oportunidade de defesa. Em momento algum o discurso desta mãe reclamou do desrespeito aos direitos básicos dos cidadãos – como o direito à vida – mas pelo modo como a morte ocorreu. Para a indignação dos ativistas dos direitos humanos, ela não reivindicava a punição do autor da morte do filho, mas que o chefe conversasse com o policial para não agir daquele modo, evitando que outra mãe sofresse o que ela estava sofrendo.

A história desta mãe converge para o argumento apresentado, a concepção de justiça desta moradora do Jardim Nakamura diverge das noções abstratas e impessoais da lei como o universalismo, a igualdade etc. O que a mãe reivindicava era um tratamento mais atencioso e não legalista, o ponto principal da discussão não foi a quebra da lei, o desrespeito ao cidadão, mas a tentativa de negociar um tratamento em que ela fosse considerada uma pessoa.

3. Policiais na comunidade: um caso a parte?

A pesquisa com os processos penais, referentes à periferia de Santo Amaro, revelou que a defesa dos valores tradicionais – como a honra masculina, a imagem social diante dos pares, as obrigações de reciprocidade com a família e a comunidade – é tema fundamental e explica as causas de grande parte dos homicídios na região. O elevado valor dos laços comunitários e a permanência das orientações tradicionais são explicados pela condição de vida e o modo como a sociedade mais ampla integra esta população ao todo social.

Atualmente discute-se muito a questão da polícia comunitária, como uma alternativa na repressão ao crime e ao elevado índice de violência, principalmente nas periferias. No entanto, deve-se considerar que os policiais mais próximos desta população são oriundos do mesmo grupo social e compartilham o conjunto de valores predominantes. As histórias de um policial militar e outro civil, pesquisadas em dois processos penais, ilustram a complexidade da questão e apontam relevantes reflexões sobre a atuação dos policiais na periferia.

Num primeiro momento, a observação da presença dos policiais parecia oferecer um contraponto importante na pesquisa, pois diferenciava-se da maior parte do discurso analisado. O material preponderante da pesquisa sobre a violência considerou o discurso da população da periferia sobre as explicações e represen-

tações sobre a violência. O resultado foi a constatação da predominância dos valores tradicionais e comunitários, opostos aos valores da sociedade liberal de mercado. Esperava-se que os policiais representassem os valores do liberalismo na periferia, pois as agências empregadoras destes homens – a polícia militar e civil – simbolizam o monopólio da violência pelo Estado. Pensar a polícia é pensar o estado de direito, o mercado, o espaço público, enfim, o liberalismo, a igualdade, o universalismo, a liberdade etc. Só que a ação das personagens divergiu do esperado, apesar de dirigidos pelo estatuto das polícias, orientado pela cartilha do liberalismo e do legalismo, os policiais reproduziram os mesmos valores tradicionais já detectados.

O primeiro caso é o do policial militar, Jamil,[2] residente no Capão Redondo. O processo estudado era sobre a morte de um rapaz, conhecido como Baianinho, daquela região. A polícia identificou o suspeito através de denúncia anônima, todavia, o reconhecimento e a prisão do autor só foi possível devido uma história paralela entre o autor e o militar. O réu, Daniel, matou Baianinho num escadão, em frente a casa de Jamil. O réu e o policial tinham laços de parentesco, a esposa de Daniel era prima de Jamil. O militar sabia que Daniel era procurado pela polícia, pois havia sido expedido mandado de prisão.

Com a denúncia anônima, policiais da divisão de homicídios partiram à procura de Daniel, que pensou tratar-se de denúncia de Jamil. Daniel se sentiu traído pelo parente e partiu para o ataque; quando Jamil jogava dominó com os colegas na rua, em frente a sua casa, o réu surgiu gritando que iria matar um policial e atirou pedra num ônibus que passava. Jamil se sentiu provocado pela ameaça de morte e o ataque ao ônibus, tudo diante de testemunhas. A fim de recuperar sua imagem pública, Jamil prendeu o réu e o encaminhou ao Deic; a partir daí as investigações caminharam.

O processo da morte de Baianinho permitiu observar as relações do policial com a comunidade onde mora. Jamil sabia que Daniel era pessoa temida na região e procurada pela polícia, mas não agiu segundo o estatuto da polícia militar. Pois o réu era parente seu e, de acordo com as regras do seu grupo social, os laços de parentesco são sagrados e não devem ser rompidos. A importância da família entre os pobres não se refere apenas a uma questão de cultivar valores tradicionais, mas a família, para esta classe social, é o único grupo que pode ser acionado em momentos de crise. Ao contrário das classe alta e média, os pobres dificilmente têm facilidade em acessar agências estatais em tempos de necessidade. Devido ao modo como esta população está integrada ao mercado de trabalho, a dificuldade econômica é uma regra, afinal a instabilidade e o mercado informal são partes da realidade destas pessoas. Uma vez fora do mercado formal, instrumentos como seguro-desemprego, fundo de garantia, aposentadoria etc. são inacessíveis. A família é o grupo que oferta serviços normalmente oferecidos pelas agências estatais. Além da família, a comunidade também auxilia as pessoas em épocas de crise, como desemprego, doença, auxílio para cuidar de filhos pequenos etc. Jamil sabia disso e certamente observava as obrigações morais com o grupo, pois, em tempos de crise, a família, os vizinhos e os amigos poderiam darlhe mais apoio do que a corporação. Em nome desta obrigação moral, Jamil não entregou Daniel.

Todavia, a partir do momento em que o pacto foi rompido, Jamil arrogou para si o papel de policial. O pacto foi rompido por ambas as partes. Para o réu, Jamil rompera o pacto de um policial que era, ao mesmo tempo, vizinho e parente, portanto, para além de seu papel de policial, havia o cumprimento com uma regra da

(2) Todos os nomes das personagens dos processos foram trocados pela pesquisadora.

comunidade: a assistência ao companheiro da prima. No caso de Jamil, o réu rompera com o pacto de respeitar a autoridade diante do público, quando gritou que mataria um policial, atirou pedra no ônibus e matou Baianinho em frente à casa do policial. O homicídio em frente à casa por si só não causaria danos consideráveis à autoridade de Jamil, mas somadas às afrontas posteriores, teve seu valor potencializado. O desafio da autoridade de Jamil pelo réu afetou em parte a sua força como homem. Mas a autoridade de Jamil também advinha de seu papel de policial, agente público da lei, responsável pela ordem e ele chamou para si esta autoridade, concedida pela esfera pública, em defesa das regras da comunidade.

A história do militar possibilitou refletir a delicada situação dos policiais na periferia. Certamente, eles desfrutam de uma situação positiva, que é a autoridade conferida publicamente, investidos de poder, responsáveis pela ordem. Entretanto, a noção de ordem, segundo os padrões da sociedade mais ampla, pode, eventualmente, chocar-se com aquela da comunidade, o caso de Jamil foi um exemplo. A família é fundamental na vida destas pessoas, o policial tinha laços de parentesco com o réu; perigoso, criminoso ou não, ele era parente seu. Romper com os laços de família a favor dos deveres do mundo público é uma atitude delicada, porque o policial morava no bairro, convivia com aquelas pessoas. Para a sua vida não se transformar num inferno, ele tinha que desenvolver bom relacionamento com os pares. A autoridade pública de policial garantia-lhe um diferencial que era o poder entre os iguais, otimizado pela imagem positiva de um observador das regras comunitárias.

O caso do policial civil foi explicado no depoimento: "(...) era investigador do 99 DP. Conhece o réu e seus familiares. O réu lhe disse que vinha sendo molestado e agredido pela vítima por causa de uma discussão envolvendo um litro de leite, a vítima deu um soco no réu. Como policial, atuava regularmente na área, a pedido da irmã do acusado foi até um barzinho à procura da vítima para tentar apaziguar a situação/ terminar o conflito entre ambos. Não encontrou a vítima/ conhece o réu há três anos e a irmã dele há sete. Depois dos fatos, o depoente foi procurado pela esposa do réu, e com uma viatura, foi até a casa dele para que pudesse retirar seus pertences e ir embora.(...)".

Este investigador tinha relacionamento muito próximo com a vizinha da irmã do réu, que pediu o auxílio dele para solucionar o conflito. Ele se utilizou da autoridade conferida pela esfera pública para atender um pedido particular. Certamente, esta autoridade, em vez de observar o formalismo característico da legislação, que prescreve os direitos universais à igualdade, à liberdade, à defesa etc., orientou-se por interesses particulares, em que predominam as noções de desigualdade, hierarquia, dominação etc.

De qualquer modo, o investigador não localizou a vítima. Num segundo momento, quando o réu atirou na vítima, o investigador ajudou a esposa do réu a se mudar com a viatura da polícia civil. A atitude do investigador contradiz a função pública do policial, mas ele morava na comunidade, tinha laços afetivos com a parte do réu, como não cumprir com aquilo que a comunidade esperava dele? Ele mantinha relação amorosa de sete anos com a vizinha da irmã do réu, elas eram amigas e ele, de certo modo, participava desta amizade.

Sem dúvida, o papel dos policiais orienta-se pelas regras universais e formais da sociedade mais ampla, mas a ação na comunidade é influenciada pelos laços comunitários, pelas regras particulares. Portanto, o modo de apropriação do poder público de que os policiais estão investidos ajusta-se aos valores comunitários.

A ambigüidade entre a ação dos policiais na periferia e as normas oficiais que orientam o seu desempenho, tem relação direta com a dissonância entre o discurso dos operadores da justiça e os pobres, detectada no Fórum. A diferença é a adaptação dos policiais mais próximos da população e o estranhamento dos operadores no Fórum, isto ocorre porque os primeiros geralmente são oriundos daqueles mesmos grupos sociais e os últimos são de classe social diferente.

4. Procurando compreender

Uma das principais explicações para as diferenças nos valores dos operadores da justiça e da população da periferia é a experiência de modos de vida entre os grupos. O encontro entre operadores da justiça e o público da periferia nos tribunais, aproxima fisicamente pessoas de classes sociais distintas e a diferença de classe, no caso da sociedade brasileira, é preponderante na distinção de modos de vida e valores.

Numa audiência no Juizado Especial, a esposa reclamava do marido que a espancava constantemente. Ela estava grávida e já tinha um filho com o marido. O casal morava na casa dos pais do marido, ela migrara do interior da Bahia e, assim que a criança nascesse, deixaria as duas crianças com o marido, retornando sozinha para a sua cidade. Ela já estava cansada da Capital, pois a vida dela era muito dura, além dos espancamentos do marido. O operador da justiça alertou a mulher a pensar bem quanto a deixar as crianças e partir, mas ela já havia se decidido. O operador a aconselhou então a procurar se manter distante do marido enquanto a criança não nascesse, talvez manter-se isolada num cômodo, já que a proximidade do casal despertava discussões. Foi quando a moça informou que tal estratégia era impossível, porque a casa era de apenas um cômodo, onde viviam dois casais e uma criança pequena. O operador se mostrou sem graça, certamente ele não imaginava viver numa casa com apenas um cômodo para toda uma família, logo, as estratégias que ele dispunha, não funcionavam no mundo da periferia, onde a realidade social é diferente daquela da classe média.

As dissonâncias expressas nos contatos entre os operadores e os pobres revelaram a dificuldade da Justiça em responder aos anseios populares, devido às orientações tradicionais na concepção de justiça popular. Muitos estudiosos pesquisam as dificuldades de acesso à Justiça pelos populares, enfatizando os entraves burocráticos, o alto custo financeiro e outros temas; no entanto, o principal obstáculo se revela mais complexo: *as distâncias do modo de vida e de valores que orientam as diferentes classes sociais no País.* Há um hiato imenso entre os ideais formais da justiça liberal e o anseio de justiça dos populares, cuja transposição requer o enfrentamento de um grande dilema da sociedade brasileira: *a integração dos populares à sociedade do mercado liberal.* As diferenças apontadas preocupam mais do que o impedimento do acesso à Justiça; para além da dificuldade, elas insinuam a impossibilidade da integração de amplo segmento social. As concepções de justiça dos populares, exemplificadas acima, não podem ser contempladas por nenhum sistema de justiça do ocidente, porque são orientadas por um tradicionalismo estranho à sociedade liberal de mercado. Um dos aspectos perversos é que a dissonância em relação aos princípios formais da justiça obstaculiza os populares a explorar a positividade da Justiça; pois, entre as suas diversas facetas, a justiça liberal é também uma conquista de lutas e reivindicações por uma sociedade mais justa e igualitária; ela é, principalmente, um foro público, onde as diferentes classes sociais debatem e negociam interesses. Uma das explicações para a intransigência de amplos setores das classes populares, em relação aos direitos humanos, é o fato de que os "bandidos" – aqueles que fazem

dinheiro com roubo ou outras atividades criminais – terem o domínio da manipulação dos conceitos abstratos da justiça liberal. Afinal, devido às suas atividades, eles estão obrigados a conhecer e manipular as regras. Até mesmo porque as atividades dos "bandidos" são parte do mercado, os "bandidos" se integram ao mercado, os seus interesses coincidem com os do mercado capitalista. Para sobreviver, eles aprendem a manipular o mundo das leis e dos direitos como uma estratégia. Já os pobres sem envolvimento criminal permanecem, a grosso modo, ignorantes da manipulação das leis. Ironicamente, os "bandidos" manipulam os direitos humanos de um modo inacessível à grande maioria da população. Isto é claro em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, quando adultos utilizam menores em atividades criminosas, devido à imputação. Daí o discurso popular de os direitos humanos serem apenas para "bandidos", porque o universo das leis, mesmo com toda a política de defesa dos direitos humanos, permanece obscuro para os pobres sem envolvimento criminal. Pensar a diferença dos valores dos operadores da justiça e dos populares no País é pensar a brutal distância entre as classes sociais, que as elites brasileiras vêm patrocinando ao longo da história. A persistência histórica de um modelo de desenvolvimento que cria obstáculos para a integração dos populares ao mercado explica, por um lado, a dissonância com os valores liberais de justiça e, por outro, possibilita a classificação das ações e das representações dos populares como fatos pitorescos, exóticos. Todavia, os populares não são exóticos, as dissonâncias das ações e das representações entre as classes sociais neste País não indicam o exotismo dos pobres, mas as conseqüências de um modelo histórico de desenvolvimento.

A história de um justiceiro do Jardim Míriam ilustra de modo exemplar a condição de vida e de exercício de direitos desta população, que vem sendo reproduzida ao longo da nossa história. Trata-se de um dos mais famosos matadores daquela região, admirado por muitos moradores, inclusive no processo está incluído um abaixo-assinado da população da favela a favor do réu. Pode parecer exótico e uma questão de opção que alguns favelados de determinada região apoie o poder de um matador. Na realidade, este matador tinha o poder de vida e de morte sobre os moradores e este poder era legitimado, entre outras coisas, pelos contatos que ele estabelecia com duas agências estatais – a Eletropaulo e a Sabesp – e, sabe-se lá como, ele conseguiu privatizar a prestação de serviços públicos naquela favela: "Sou muito conhecido na minha favela e se alguém estava sem eletricidade, eu mesmo subia no poste, ligava a luz da pessoa e pegava o RG dele, o documento, e levava na Eletropaulo para regularizar tudo, depois de três meses, vinha a conta dele. Também, quando tinha problemas com a Sabesp, porque a Sabesp fornecia material para mim, eu tinha 150 peças e quando quebrava alguma coisa no barraco de alguém, quando quebrava o esgoto, eu ia lá, dava um jeito. Eu vinha aqui na Sabesp e falava: o barraco de fulano de tal está ligado à água, e tudo bem, dava o nome da pessoa e eles falavam: pode ficar tranqüilo que no mês que vem, vai a conta. Por isso, eu sou conhecido".

O caso deste justiceiro suscita a reflexão sobre o exercício dos direitos pelos populares. Os serviços de água, esgoto e energia são direitos do cidadão, dificilmente, nos dias de hoje, alguma facção contestaria o direito de todos os cidadãos a estes serviços. Entretanto, o processo penal revelou a não concretização de um direito e, principalmente, o modo como a população da favela obteve acesso aos serviços da Eletropaulo e da Sabesp. A prestação dos serviços efetuou-se pela mediação de uma personagem da vida privada, o matador se apropriou de modo privado de serviços públicos e os ofereceu a simpati-

zantes na favela. A concretização do direito do serviço de luz e água na favela foi, na verdade, uma doação do matador para aqueles que legitimavam a sua autoridade. Através da não concretização de direitos reconhecidos como universais, o matador impôs o seu poder particular e hierárquico. O episódio traz à luz um fenômeno relevante da sociedade brasileira: ao contrário do que comumente se coloca, o problema dos populares não se traduz na ausência de direitos, porque estes favelados dispõem de direitos como todos os cidadãos brasileiros; o aspecto principal é a não efetivação de direitos universais consolidados constitucionalmente. Perseguindo o raciocínio de Telles,[3] percebe-se as conseqüências desastrosas de um modelo social que consolida formalmente direitos universais e igualitários a todos os cidadãos do país e, ao mesmo tempo, não os efetiva, anulando o estatuto de cidadania dos pobres e os lançando à categoria de carentes. A pecha de carente – resultado de mecanismos que manipulam direitos universais e igualitários em doações particulares e hierárquicas e a história do justiceiro é apenas um exemplo – coloca o pobre num lugar social aquém das outras classes sociais, possibilitando à sociedade mais ampla classificar os populares como incapazes para o exercício dos direitos. A incapacidade, preconizada por outras classes sociais, anula os direitos dos pobres, legitimando a doação dos serviços, que é uma humilhação, pois é o reconhecimento da inferioridade dos pobres que precisam ganhar porque são incapazes de fazer valer direitos legalmente estabelecidos.

Um dos elementos fundamentais deste sofisticado mecanismo que transforma cidadãos em pobres carentes é o embaraço entre esferas pública e privada praticado no Brasil. Este embaraço possibilita a apropriação de bens e serviços públicos universais por pessoas particulares, para fins privados e hierárquicos.

O emaranhado entre bem público e poder privado no Brasil é tema de extensa literatura. Segundo Martins: "(...) a distinção entre o público e o privado nunca chegou a se constituir, na consciência popular, como distinção de direitos relativos à pessoa e ao cidadão. Ao contrário, foi distinção que permaneceu circunscrita ao patrimônio público e ao patrimônio privado (...)"(1994:21).[4]

O autor aponta que o bem público e o exercício de direitos na sociedade brasileira caracterizam-se pela marca personalista da autoridade. O desempenho do justiceiro do Jardim Míriam reproduziu o estilo privado da autoridade na administração do bem público.

A história deste matador aponta o porquê da dificuldade dos populares em compreender as concepções abstratas e impessoais do mundo das leis, pois a concretização do exercício dos direitos, legalmente estabelecidos, é a prova mais contundente da predominância do particularismo e da hierarquização.

A história de um processo é um primor na descrição das condições de trabalho da população da periferia. Edvaldo convidou Genésio para trabalhar como ajudante em uma obra em Santana, ficou combinado que Genésio receberia 6 mil cruzados. Entretanto o responsável pelo pagamento, Gomes, adoeceu, foi hospitalizado e não efetuou todo o pagamento. Genésio recebeu apenas 2 mil, os 4 mil restantes seriam quitados em outra oportunidade. Após alguns dias, Genésio procurou Edvaldo e cobrou os 4 mil. Edvaldo não se responsabilizou pela dívida e o mandou telefonar para Gomes. Genésio se recusou a ligar e exigiu que Edvaldo

(3) TELLES, Vera. *A cidadania inexistente: incivilidade e pobreza. Um estudo sobre trabalho e família na Grande São Paulo.* Tese de Doutoramento apresentada ao Departamento de Sociologia, USP, 1992.

(4) MARTINS, José de S. *Ensaios de sociologia da história lenta.* São Paulo : Hucitec, 1994. p. 21.

saldasse a dívida, porque ele o convidara para trabalhar naquela obra. Os dois discutiram e Edvaldo matou Genésio.

Esta história informou a instabilidade do trabalho, às vezes tem, às vezes não tem, e mesmo quando tem, não há certeza sobre o pagamento. As regras do mundo público não orientam o pagamento pela prestação do serviço, a contratação da mão-de-obra e a solução para eventuais conflitos. Aquilo que, a princípio, era um tema da Justiça do Trabalho, transformou-se em tema da Justiça Penal, por se tratar de uma população não integrada às regras públicas da Justiça do Trabalho.

Para os que não participam do mercado formal de trabalho, são várias as conseqüências negativas. O mercado informal está próximo do "estado de natureza", uma situação "impermeável à regulamentação estatal", aqueles que "não existem para efeito legal" (Telles; idem). O trabalhador sem registro não dispõe de proteção estatal, o que contribui para torná-lo dependente do patrão e aquilo que seriam os direitos trabalhistas são percebidos como "favores" do patrão (Durhan).[5]

Durhan observa também a dificuldade de inserção dos populares no mercado formal – organizado de forma burocrática – por exigir habilidades em manejar regras impessoais, além de uma série de documentos (carteira de identidade, carteira profissional, certificado de reservista, título de eleitor etc.) nem sempre disponíveis pelo grupo. Observa-se, em diversas passagens dos processos, a falta de habilidade dos populares em manejar as regras impessoais da sociedade mais ampla. Em um dos casos, uma mãe descobriu que não havia adotado legalmente a filha somente quando a moça morreu. Lourdes foi morta pelo companheiro, Moisés, e a mãe, dona Maria, declarou que: "(...) é mãe de criação de Lourdes/ assumiu a tutela perante o juízo de infância e da Adolescência da Vara de Santo Amaro/ somente agora é que a depoente toma conhecimento pela autoridade policial/ somente tinha tutela da menor/ documento assinado quando ela ainda contava com um ano de idade por desconhecer é que não recorreu à adoção". Quando o irmão de Moisés informou a dona Maria, da morte de Lourdes, ele mentiu que Moisés estava preso pelo período de um mês. Dona Maria acreditou na versão e não se preocupou em checar a informação, ela não atentava para a necessidade de contatar o mundo das leis a fim de esclarecer a morte da filha. Deve-se considerar que esta não foi a primeira experiência de dona Maria com a justiça penal, pois um de seus filhos já estivera na Casa de Detenção por roubo, o filho mais jovem também tinha passagens pela Febem. Portanto, o mundo da lei, de alguma forma, estava próximo de dona Maria, mas o manejo das regras abstratas e impessoais parecia fugir à sua compreensão.

O modo como os populares manipulam as regras impessoais, principalmente no relacionamento com a polícia, desvenda a capacidade de reelaboração dos valores abstratos às necessidades cotidianas, é o que se observa no depoimento da esposa e do sogro da vítima (Rogério), morta pelo vizinho. O vizinho foi chamado para apartar uma violenta briga de Rogério com a esposa; antes do embate trágico entre vizinhos, a família tentou a conciliação pela polícia, os testemunhos indicaram como a esposa e o pai reelaboraram as atribuições da polícia judiciária:

Esposa da vítima: "Quando chegamos lá, eles perguntaram o que tinha acontecido, eu falei, nisso Rogério teve uma desavença com o carcereiro, perguntaram se ele usava droga, eu falei que não, aí inclusive eu falei assim para não deixar o Rogério preso, que eu só queria que passasse o efeito, eu já tinha visto ele embriagado, mas nunca daquele jeito, ele falou que iam deixar ele lá até passar o efeito e depois soltar".

(5) DURHAN, Eunice R. *A caminho da cidade. A vida rural e a migração para São Paulo.* São Paulo : Perspectiva, 1973.

Sogro da vítima. "O delegado perguntou o que queria que fizesse com ele, eu falei: 'Não faz nada não, dá uns conselhos para ele'."

Obviamente a competência da polícia judiciária não é "aconselhar" os cidadãos e nem curar os efeitos do alcoolismo. Como resultado do emaranhado de competências e funções, Rogério foi vítima de espancamento dentro do distrito policial, fato que só agravou a história, porque devido à surra que levou dos policiais, ele retornou à casa disposto a se vingar e terminou vítima de homicídio pelo seu vizinho.

Este mesmo processo informou que as orientações para os negócios diferem daquelas adotadas pelas classes média e alta. Comumente as locações são intermediadas por figuras públicas, a fim de garantir o exercício dos direitos de ambas as partes; entretanto, o sogro, citado acima, alugou um cômodo para o vizinho – autor da morte de Rogério – a locação do imóvel seguiu orientações mais pessoais do que supõe o mercado imobiliário:

Sogro: "(...) proprietário do imóvel em que o declarante residia e sua filha, casada com Rogério. Nos fundos tem um salão, também de propriedade do declarante e que estava alugado para pessoa que conhecia pelo prenome Renato, porém tal aluguel foi efetuado verbalmente, sem qualquer tipo de contrato/ residia no local há três meses, sem saber seu nome completo, filiação, nem onde trabalhava".

O predomínio das estratégias pessoais relaciona-se com a pouca familiaridade desta população com as regras formais e com os valores do mercado. A experiência nas relações de trabalho poderia ser uma oportunidade de disseminação dos conceitos do mercado, do direito e da cidadania. Todavia a experiência de relação de trabalho desta população não se caracteriza pela formalidade e impessoalidade que distinguem o mercado liberal-capitalista; pelo contrário, o modelo de relação de trabalho experimentado pelos populares evidencia o universo dos arranjos pessoais e particulares.

O predomínio das estratégias pessoais explica-se também pelo fato desta população viver numa situação de precariedade e instabilidade, em que as crises são freqüentes; por estar desintegrada do mercado, as soluções para o enfrentamento das crises não advêm da prestação de serviços de agências estatais, onde prevalecem as orientações impessoais. No caso, as soluções provêm do mundo da intimidade – a família, os amigos etc. – orientado pela pessoalidade.

O mesmo modelo de desenvolvimento que impede a integração dos populares ao mercado, que contribui para o predomínio de orientações pessoais e informais – contrárias ao formalismo do mercado – possibilita um sistema de representações sociais em que as responsabilidades pelas crises e fracassos são atribuídas aos indivíduos, como resultados de escolhas mal feitas ou falta de dedicação e empenho, ao invés de conseqüência de um modelo social contraditório. Como afirma Telles (idem) a responsabilidade pública se dissolve e os problemas sociais tornam-se uma questão de sorte e azar individual.

A história de um entrevistado, de Parelheiros, ilustra como as tragédias da vida se transformam num jogo de sorte e azar: "Quando vem na João Dias, sentido bairro – cidade, tem aquela entrada que entra na Barão do Rio Branco, pra vir pra Santo Amaro/ Eu tô atravessando direto ali com o farol verde, vem um ônibus clandestino com tudo/ Ele tava bêbado, eu tinha largado o serviço e ia pra casa do meu filho, ver ele. Largou o ônibus e fugiu, foi embora. Eu, já era 3 e meia da tarde, eu acordei 2 hs da madrugada, já tava operado. Não, pra mim tava bom, até, eu trabalhando, eu saio daqui 20 pras 4 da manhã, chego 10, 11 horas da noite. Eu trabalhando, tava tudo bem. Mas eu me machuquei, agora não tô aguentando trabalhar".

Este homem era açougueiro e depois do acidente não pode mais trabalhar com o corte de carne, pois perdeu o movimento do braço que maneja o facão. Fora do mercado formal, a sobrevivência se tornou de sua própria responsabilidade, por estar desintegrado do universo dos homens assistidos pela previdência. Porque mora na periferia, ao atravessar a rua, foi atropelado por um ônibus clandestino, que presta serviço nos bairros não atendidos pelas empresas reconhecidas pela agência estatal competente. Bairros longínquos, de difícil acesso, onde ocorrem muitos assaltos e por isso representam prejuízo para os donos das empresas legalizadas. Se o entrevistado fosse atropelado por um ônibus de uma empresa legalizada, ele poderia processar a empresa e o motorista pelos danos sofridos. Os ônibus clandestinos estão fora das regras estabelecidas para empresas legalizadas, não há controle sobre os prejuízos que eles podem causar à população. Os ônibus clandestinos não participam das regras formais e impessoais do mundo público, portanto, o entrevistado foi obrigado a encontrar soluções entre os familiares. A história deste entrevistado é apenas um dos milhares de exemplos que explicam as resistências à disseminação dos valores abstratos e impessoais da sociedade de mercado na periferia.

5. Esta história já é parte da nossa História

Uma frustração para o pesquisador é a evidência de que as investigações, acerca da condição de vida na periferia, atualmente sugere uma realidade social já apontada por historiadores, ao retratar períodos longínquos da nossa história. Wissenbach,[6] por exemplo, relata que, na passagem do século XIX para o XX, a ampliação de oportunidades de trabalho para os populares não se deu no mercado formal, e sim na economia informal, no setor de serviços, como as vendas de ambulantes nas ruas e os pequenos negócios de fundo de quintal. As informações dos historiadores trazem à memória a realidade observada hoje na periferia e provoca a sensação de lugar-comum.

Obviamente os aspectos similiares observados ao longo da história, devem ser considerados como ressonâncias de fenômenos sociais e compreendidos a partir das transformações inegáveis que o país experimenta ao longo dos séculos. Telles aponta (idem) que o Brasil se fez moderno, deixou "para trás o velho Brasil patriarcal", com novos atores, valores e demandas que "romperam com os limites da 'ordem regulada' estruturada nos anos 30". Por isso, a persistência de alguns fenômenos não pode ser considerada como mera recorrência, a fim de se evitar análises simplistas.

Sevcenko[7] oferece indicações à compreensão destas ressonâncias ao analisar as transformações ocorridas no País, na passagem do século XIX para o XX, quando as elites buscaram superar as heranças sociais do período escravocrata, através da implementação de práticas modernizadoras. Segundo o autor, por meio de reformas institucionais influenciadas por padrões das nações civilizadas, acreditou-se que o País também alcançaria a civilização. Mas investir apenas nas instituições – no sistema jurídico, por exemplo, – não é suficiente para promover a integração dos populares à civilização; como revelou a pesquisa com os processos.

Martins (idem) indica sérios obstáculos as transformações significativas e efetivas

(6) WISSENBACH, Maria Cristina C. Da escravidão à liberdade: dimensões de uma privacidade possível. In: Sevcenko, N. (org.) *História da vida privada no Brasil.* São Paulo : Companhia das Letras, 1998, v. 3, p. 131-214.

(7) SEVCENKO, N. Introdução. In: Sevcenko, N. (org.) *História da vida privada no Brasil,* v. 3, São Paulo : Companhia das Letras, 1998, p. 47-48.

na sociedade brasileira, que possibilitariam a emergência de uma nova ordem social. O autor atenta para a capacidade de cooptação das elites nacionais, que captam as demandas sociais, integrando-as e dispersando a possibilidade de rupturas fundamentais no modelo. Nesta estratégia, as modernas instituições são importantes instrumentos que neutralizam o aspecto transformador das demandas sociais, caracterizando um sofisticado modelo de dominação patrimonial que não se contrapõe à dominação racional-legal; pelo contrário, "nutre-se dela e a contamina". Martins acentua as ambigüidades da sociedade brasileira, em que a "modernização se dá no marco da tradição, o progresso ocorre no marco da ordem", por isso os senhores de escravos efetuaram o fim da escravidão, o príncipe herdeiro decretou a independência e os fazendeiros patrocinaram a industrialização. O raciocínio de Martins auxilia na compreensão de uma realidade capaz de abrigar um sistema de justiça moderno e uma população com concepções tradicionais de justiça.

Os populares convivem numa sociedade de mercado, à espera da integração, a exemplo do que ocorreu com os estratos médios. Enquanto a promessa não se realiza, a comunidade e a família ocupam posição de destaque, por auxiliá-los no enfrentamento das crises típicas de uma realidade de exclusão social. Só que o predomínio da comunidade e dos valores tradicionais obstaculiza a emergência do indivíduo capitalista, à medida que a defesa dos interesses individuais trai as obrigações morais com a comunidade. A não emergência do indivíduo contribui para reproduzir um quadro em que ampla parcela da população enfrenta sérias dificuldade em se adaptar ao sistema de valores do mercado liberal individual. Portanto a chave para compreender as dissonâncias no diálogo entre os operadores da justiça e os pobres não reside propriamente na Justiça, mas num modelo de desenvolvimento que, às vésperas do terceiro milênio, ainda não universalizou a integração dos populares à sociedade de mercado.

9. ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

9.1

RITUAIS E MARTÍRIOS DA PENA DE MORTE

RENÉ ARIEL DOTTI

SUMÁRIO: 1. A expressão simbólica – 2. A pena de assistir uma execução – 3. Técnicas de execução – 4. A classificação dos tipos de morte – 5. O discurso do cadafalso – 6. Os procedimentos e os rituais – 7. Os cortejos da execução – 8. A negação da sepultura – 9. A morte por fuzilamento – 10. O confronto entre o carrasco e o condenado: a morte e a vida (I) – 11. O confronto entre o carrasco e o condenado: a morte e a vida (II) – 12. O confronto entre o carrasco e o condenado: a morte e a vida (III) – 13. A execução de Maria Stuart – 14. A infeliz Margarida – 15. As vítimas do Comitê de Salvação Pública – 16. O depoimento de Enrico Ferri – 17. O direito de morrer a própria morte.

1. A expressão simbólica

Os rituais determinados pela lei ou pelos costumes na execução da pena de morte e os martírios impostos ao condenado constituíram, ao longo dos anos, um repertório de expressões simbólicas com o propósito de esconjurar o crime e infamar o seu autor. O sofrimento físico daquele que deveria morrer em nome da lei e em favor da comunidade se alternava conforme a classificação adotada para o tipo de morte. Como observa Foucault, o suplício assume, então, uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante. Ele a restaura manifestando-a em todo o seu brilho. "A execução pública, por rápida e cotidiana que seja, se insere em toda a série dos grandes rituais do poder eclipsado e restaurado (coroação, entrada do rei numa cidade conquistada, submissão dos súditos revoltados): por cima do crime que desprezou o soberano, ela exibe aos olhos de todos uma força invencível. Sua finalidade é menos de estabelecer um equilíbrio que de fazer funcionar, até um extremo, a dissimetria entre o súdito que ousou violar a lei e o soberano todo-poderoso que faz valer sua força".[1]

2. A pena de assistir uma execução

Escrevendo sobre o fastígio e a decadência da pena de morte, Ruiz Funes alude à publicidade das execuções como uma modalidade de pena propriamente dita e assim acolhida pelo Código espanhol de 1822: a pena de ver executar uma sentença de morte,[2] na suposição de que o espetáculo pudesse exercer efeito intimidativo junto à população visando à prevenção de novos crimes.

Também no século passado, uma lei francesa determinava que as execuções fossem públicas. Elas tinham lugar na praça compreendida entre a *Grande Roquette*, onde ficavam detidos os adultos, enquanto a *Petit Roquette* era a casa de correção para menores.

(1) FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* Trad. de Raquel Ramalhete. Petrópolis : Vozes, 1998, p. 42.

(2) FUNES, Mariano Ruiz. *Actualidad de la venganza.* Buenos Aires : Losada, 1944, p. 112.

3. Técnicas de execução

A história das técnicas de execução revela múltiplos aspectos em maior ou menor forma de publicidade e escalas de sofrimento. A mais antiga, segundo os historiadores, foi a do *abandono às feras* ilustrada pela passagem de Daniel na cova dos leões. Largamente utilizada na Roma Imperial, essa forma de execução funcionava até mesmo como expressão lúdica da *panem et circenses* (pão e espetáculos de circo). A *degola* consistia em secionar a garganta do condenado. A *eventração* ou *evisceração* significava abrir, com um instrumento cortante, a parede abdominal para a saída das vísceras.[3] O *enfossamento* implicava em se jogar o condenado a uma fossa, cobrindo-o com terra ou outro material, provocando-se a morte por asfixia. Na *damnatio ad bestias,* o condenado era jogado às feras e se por alguma razão escapasse vivo, era trespassado pela espada. Em Roma, a pena mais tradicional para os escravos era a *crucificação*, somente abolida por Constantino.[4]

Outras modalidades, tanto do passado como do presente, podem ser referidas: *a)* a *empalação*, que consistia em espetar o condenado em uma estaca, pelo ânus, deixando-o assim até a morte; *b)* o *esmagamento,* que implicava em usar de corpos ou instrumentos de pressão que culminavam por quebrar os ossos e destruir órgãos do corpo humano; *c)* o *esfolamento*, que submetia a vítima à perda da pele, a arranhaduras e à perda das carnes, através de variados instrumentos, entre eles, as *garras de gato*, também chamado *cosquilleador español*, uma espécie de ancinho e com dimensão aproximada dos dedos humanos; *d)* a *roda*, que era o suplício imposto à vítima amarrada numa espécie de cruz, em forma de um x, quebrando-lhe os membros com uma maça[5] para, em seguida, atar o corpo a uma roda que se fazia girar. Foi o suplício imposto ao luterano Juan Calas; *e)* a *queima pela fogueira*, que tanto foi utilizada durante a inquisição e vitimou a heroina francesa, Joana D'Arc (1412-1431), acusada de heresia e feitiçaria; *f)* a *decapitação*, pelo machado ou pela guilhotina utilizados para decepar a cabeça, separando-a do corpo; *g)* o *enforcamento*, consistente na asfixia completa, produzida pela constrição do pescoço através de um laço na extremidade de uma corda cuja outra ponta é fixada em um ponto de suspensão, tendo como força constritiva o próprio peso do corpo. A forca era o instrumento de execução da pena capital prevista no Código Criminal do Império (art. 38); *h)* o *fuzilamento*, largamente utilizado pelos mais diversos sistemas penais militares, é o meio previsto pelo Código Penal Militar (art. 56) para executar os condenados à morte pela prática, em tempo de guerra, de determinados crimes, como as hipóteses de favorecimento ao inimigo (traição, espionagem, motim e revolta etc.) (arts. 355 e segs.) e de crimes contra a pessoa (arts. 400 e segs.); *i)* a *cadeira elétrica*, etapa evoluída entre as diversas modalidades de matar em nome do poder político,[6] consiste na utilização de carga elétrica de alta voltagem dirigida à cadeira com alto espaldar e na qual são presos a cabeça, os braços e as pernas do condenado, através de tiras de

(3) O *hara-kiri* (cortando o ventre) identifica uma modalidade japonesa de suicídio, que consiste em rasgar o ventre com a faca ou o sabre.

(4) Constantino I, O Grande (274-306 d.C). O seu nome é sinônimo de protetor da religião cristã.

(5) *Maça,* no caso, era uma arma de ferro ou outro material, com uma extremidade esférica provida de pontas aguçadas.

(6) Uma lei de 04.06.1888, assinada pelo Governador de Nova York, David B. Hill, determinou a substituição do enforcamento pela eletrocussão. ELLIOT, Robert G. e BEATTY, Albert R., *387!! Matei-os por ordem.* Trad. de *Agent of death,* por Alfredo Ferreira, Rio de Janeiro : Vecchi, p. 17.

couro. A corrente atravessa o corpo pelos eletrodos colocados na cabeça, nas costas e nos membros; *j)* a *câmara de gás*, utilizada em alguns estados americanos do norte, foi o meio empregado para a execução de Caryl Chessman (1921-1960), condenado por um júri de Los Angeles à pena capital, sob a acusação de ter praticado crimes de estupro e roubo. O carrasco, atendendo a um sinal do diretor do presídio, movimenta a alavanca que solta as cápsulas de cianureto que começam a cair no recipiente de ácido sulfúrico e a câmara se enche rapidamente do gás venenoso; *k)* a *injeção letal*, que consiste em introduzir na veia do condenado uma substância que, atuando quimicamente, produz a morte. Trata-se de um novo invento, concebido institucionalmente nos anos 70 para tornar menos traumático o *homicídio legal*.

4. A classificação dos tipos de morte

Segundo as ordenações filipinas, as modalidades de execução da pena capital[7] eram a seguintes: *a) morte cruel*: a vida era tirada lentamente, em meio a suplícios. Competia ao juiz a escolha do meio mais cruel; em algumas hipóteses a lei determinava a forma do suplício; *b) morte atroz*: caracterizava-se pelo acréscimo de certas circunstâncias agravantes tais como o confisco de bens, a queima do cadáver ou seu esquartejamento e a proscrição da memória; *c) morte simples*: limitava-se à supressão da vida, sem outros acréscimos, executada através da degola ou do enforcamento, este reservado para as classes baixas pelo seu caráter infamante.

Anota Augusto Thompson que a expressão "morra morte natural para sempre" que a primeira vista parece um despautério, visto não ser admissível uma *morte provisória*, era uma fórmula através da qual o legislador indicava a *morte atroz*, distinta da *morte simples* (identificada pela expressão *morte natural)*. O condenado a *morte natural simples* teria o seu cadáver levado ao cemitério para o sepultamento; o condenado a morrer *morte natural para sempre* tinha o seu cadáver insepulto, despindo-se seus ossos da carne que apodrecia.[8]

Uma demonstração eloqüente dos rituais e martírios foi narrada na *Gazeta dos Tribunais de Lisboa*, de 13.09.1843: Os juizes que em suas sentenças condenavam o delinqüente à pena capital pela expressão de *morte natural*, ordenavam que o enforcamento seria no pelourinho e o cadáver era levado pela Confraria da Misericórdia e sepultado no cemitério. Quando, porém, a sentença aplicava a *morte natural para sempre*, "o padecente ia à forca da cidade, onde morria, e ficava pendente até cair podre sobre o solo do patíbulo, insepulto, despindo-se seus ossos da carne, que os vestia".[9]

5. O discurso do cadafalso

O *discurso do cadafalso* sempre foi utilizado, ao longo da história da execução da pena de morte, como um meio de intimidação coletiva. O condenado, momentos antes da execução, abominava o seu crime. O rito previa que ele proclamasse a sua culpa, reconhecendo-a publicamente: de viva voz, pelo cartaz que exibia e pelas declarações que era obrigado a fazer. Lembra Foucault que no momento da execução "parece que lhe deixavam além disso tomar a palavra, não para

(7) Da *morte física* se distingue a chamada *morte civil* que marginalizava o condenado dos direitos inerentes à cidadania. Ora se aplicava autonomamente, ora como acessória da pena de deportação, relegação, banimento e prisão perpétua.

(8) *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo : RT, 1976, p. 86.

(9) ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código filipino*, 1870. cit. por Augusto Thompson. Op. cit. nota 167, à p. 86.

clamar a sua inocência, mas para atestar o seu crime e a justiça de sua condenação".[10] Tal discurso é característico de uma moral tradicionalmente encontrada em folhetins, nos pasquins e na literatura popular, para não ser tido como apócrifo. Mas a existência desse gênero, a que se designa por *últimas palavras de um condenado*, é muito significativa. A justiça precisava que sua vítima autenticasse, de algum modo, o suplício que sofria. Pedia-se ao criminoso que consagrasse, ele mesmo, sua própria punição proclamando o horror de seus crimes. Faziam-no confessar, assim como ocorreu com Jean-Dominique Langlade, três vezes assassino: "Escutai todos minha ação horrível, infame e lamentável, cometida na cidade de Avignon, onde minha lembrança é execrável, ao violar sem humanidade os direitos sagrados da amizade".[11]

Pode-se afirmar, sem exagero, que uma das formas larvadas do *discurso do cadafalso* foi explorada pelos órgãos de repressão política no Brasil dos anos 70 quando se extorquiam de muitos acusados a declaração pública da rejeição da ideologia contrária aos interesses do regime dominante. O repúdio às convicções políticas e filosóficas e todo um rosário de confissões compunham um singular quadro do *mea culpa* em troca da liberação do suspeito, de sua exclusão das investigações e, em muitos casos, da redução da pena ou da própria absolvição nas auditorias militares, competentes para o julgamento dos crimes políticos.

6. Os procedimentos e os rituais

O Código Criminal do Império (1830), assim descrevia os procedimentos e os ritos sobre a pena capital: "*Art. 38.* A pena de morte será dada na forca.[12] *Art. 39.* Esta pena, depois que se tiver tornado irrevogável a sentença, será executada no dia seguinte ao da intimação, a qual nunca se fará na véspera de domingo, dia santo ou de festa nacional; *Art. 40.* O réo, com o seu vestido ordinário, e preso, será conduzido pelas ruas mais publicas até a forca, acompanhado do Juiz Criminal do lugar onde estiver, com o seu Escrivão, e da força militar que se requisitar. Ao acompanhamento precederá o Porteiro, lendo em voz alta a sentença que se for executar. *Art. 41.* O Juiz Criminal, que acompanhar, presidirá a execução até que se ultime; e o seu Escrivão passará certidão de todo este acto, a qual se ajuntará ao processo respectivo. *Art. 42.* Os corpos dos enforcados serão entregues a seus parentes ou amigos, se os pedirem aos Juizes que presidirem a execução; mas não poderão enterrá-los com pompa, sob pena de prisão por um *mez* a um *anno*. *Art. 43.* Na mulher prenhe não se executará a pena de morte, nem mesmo ella será julgada, em caso de a merecer, senão quarenta dias depois do parto".[13]

7. Os cortejos da execução

O povo, estimulado ou compelido a acompanhar o cortejo da condenação até o local do sacrifício, chegava a participar do espetáculo assumindo importante papel na encenação dos rituais e na representação do quadro em que a morte triunfa sobre a vida.

Esse quadro é retratado nos versos de João Cabral de Mello Neto e que foram ditos pela "gente das calçadas", no último dia de vida de Joaquim do Amor Divino

(10) FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* cit., p. 54.

(11) Idem, ibidem.

(12) Um aviso de 17.06.1835, estabelecia que a forca "será levantada, quando seja necessario, para não estar continuamente às vistas do publico." PAULA PESSOA, V. A. de. *Código criminal do imperio do Brazil.* Rio de Janeiro : Livraria Popular, 1877, p. 83. (Respeitada a ortografia do texto original).

(13) Respeitada a ortografia do texto original.

Rabelo, o Frei Caneca.[14] Ele era membro da Ordem dos Carmelitas, orador sacro, poeta e escritor brasileiro, autor de *Itinerário do Ceará* e de numerosos sermões e artigos. Atuou no movimento revolucionário de Pernambuco de 1817, pelo que sofreu quatro anos de prisão. Em 1824 entrou também na revolução que viria a proclamar a Confederação do Equador pelo patriota Manuel de Carvalho Paes de Andrade, juntando sob sua bandeira as Províncias de Pernambuco, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba e Alagoas. Preso novamente e condenado à morte, foi fuzilado com mais onze camaradas de luta. Os versos, singelos e profundos, contam o martírio: "Por que essa corda no pescoço,/ como se ele fosse uma rês?/ Por que na corda vai tão manso, / segue o caminho, assim cortês? / A corda não serve de nada, / não o arrasta nem o detém. / É para mostrar que esse homem / já foi homem, era uma vez".[15]

8. A negação da sepultura

Ao condenado Joaquim José da Silva Xavier, tendo por alcunha *O Tiradentes*, o mártir da inconfidência mineira, não se reconheceu o direito à sepultura como se constata pelo seguinte trecho da sentença : "(...) seja conduzido pelas ruas públicas ao lugar da forca e *nella morra* morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em o lugar mais público della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes, pelo caminho de Minas no sitio de Varginha e das Sebolas aonde o Réu teve as suas infames praticas, e os mais nos sitios nos sitios [*sic*] de maiores povoações até que o tempo também os consuma (...)."[16]

A certidão, passada por Francisco Luis Alvares da Rocha, Desembargador dos Agravos da Relação da cidade do Rio de Janeiro e Escrivão da Commissão [*sic*] expedida contra os Réus da Conjuração formada em Minas Gerais, tem o seguinte texto: "Certifico que o Réu Joaquim José da Silva Xavier foi levado ao lugar da forca levantada no Campo de São Domingos, e nella padeceu de morte natural, e lhe foi cortada a cabeça, e o corpo dividido em quatro quartos; e de como assim passou na verdade lavrei a presente certidão, e dou minha fé. Rio de Janeiro, vinte e um de Abril de mil setecentos e noventa e dois".[17]

Muito embora o Código Civil brasileiro declare que a existência da pessoa natural termina com a morte (art. 10) e o Código Civil português estabeleça que a personalidade cessa com a morte (art. 68, 1), os costumes sociais e religiosos proíbem qualquer tipo de ofensa ao sentimento de respeito devido aos mortos.

Destaca-se, nesse panorama, o *direito à sepultura.* O CP criminaliza as condutas de: *a)* impedir ou perturbar enterro ou cerimônia religiosa; *b)* violar ou profanar sepultura ou uma funerária; *c)* destruir, subtrair, ou ocultar cadáver ou parte dele; *d)* vilipendiar cadáver ou suas cinzas (arts. 209 a 212). E a Lei 9.434, de 04.02.1997, dispondo sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, também declara delituosa a remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou *cadáver*, em

(14) Frei Caneca, como se tornou conhecido Joaquim do Amor Divino Rabelo (1779-1825).

(15) *Auto do frade.* Rio de Janeiro, 1984, p. 26.

(16) Acórdão em Relação Extraordinaria do Rio de Janeiro, 18.04.1792, em *Autos de devassa da inconfidencia mineira.* Vol. VII, Rio de Janeiro : Ministério da Educação e Cultura, Biblioteca Nacional, 1938, p. 194. (Respeitada a ortografia do texto original).

(17) *Autos de devassa da inconfidencia mineira.* Op. cit., p. 242. (Respeitada a ortografia do texto original).

desacordo com as suas disposições (art. 14). A pena aplicável é a reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa. A sanção é especialmente aumentada se a infração é cometida mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe.

O passado e o presente se reúnem neste momento através dos versos de dois *Cantos* de um dos inconfidentes: Cláudio Manuel da Costa, advogado, jurista e poeta. Ele saúda Vila Rica, a capital de Minas Gerais: "Cantemos, Musa, a fundação primeira / Da Capital das Minas, onde inteira / Se guarda ainda, e vive inda a memória / Que enche de aplauso de Albuquerque a história. (...) Enfim serás cantada, Vila Rica. / Teu nome impresso nas memórias fica; / Terás a glória de ter dado o berço / A quem te faz girar pelo Universo".[18]

9. A morte por fuzilamento

Dispõe o art. 707 do Código de Processo Penal Militar (Dec.-lei 1.002, de 21.10.1969): "O militar que tiver de ser fuzilado sairá da prisão com uniforme comum e sem insígnias, e terá os olhos vendados, salvo se o recusar, no momento em que tiver de receber as descargas. As vozes de fogo serão substituídas por sinais. § 1.º O civil ou assemelhado[19] será executado nas mesmas condições, devendo deixar a prisão decentemente vestido. § 2.º Será permitido ao condenado receber socorro espiritual. § 3.º A pena de morte só será executada sete dias após a comunicação ao Presidente da República, salvo se imposta em zona de operações de guerra e o exigir o interesse da ordem e da disciplina."

E o art. 708 estabelece que da execução da pena capital lavrar-se-á ata circunstanciada que, assinada pelo executor e duas testemunhas, será remetida ao comandante-chefe, para ser publicada em boletim.

10. O confronto entre o carrasco e o condenado: a morte e a vida (I)

Com notável sensibilidade e profunda lucidez, Foucault narra o suplício que se realiza num grandioso cerimonial de triunfo e que comporta, como núcleo dramático em seu monótono desenrolar, uma "cena de confronto de inimigos": é a ação imediata e direta do verdugo sobre o corpo do condenado. "Ação codificada, é claro, pois o costume, e muitas vezes de maneira explícita, a sentença, prescrevem os principais episódios. Esta ação, no entanto, conserva alguma coisa da batalha. O executor não é simplesmente aquele que aplica a lei, mas o que exibe a força; é o agente de uma violência aplicada à violência do crime, para dominá-la. Desse crime ele é o adversário material e físico. Adversário ora digno de piedade, ora encarniçado. Damhoudère se queixava, bem como muitos contemporâneos seus, de que os carrascos praticavam 'toda espécie de crueldade para com os pacientes malfeitores, maltratrando-os, com empurrões e pontapés e matando-os como se tivessem animais sob suas mãos'. E durante muito tempo esse hábito persistirá. Há alguma coisa de desafio e de justa [*sic*] na cerimônia do suplício. Se o carrasco triunfa, se consegue fazer saltar com um golpe a cabeça que lhe mandaram abater, ele a mostra ao povo, põe-na no chão e saúda em seguida o público que o ovaciona muito, batendo palmas. Ao contrário, se ele fracassa, se não consegue matar como devia, é passível de punição. Foi o caso

(18) *Canto I* (início), e *Canto X* (final), em *A poesia dos inconfidentes – Poesias completas de Cláudio Manuel da Costa, Tomás Antônio Gonzaga e Alvarenga Peixoto*. Rio de Janeiro : Nova Aguillar, 1996, p. 337-446.

(19) Código Penal Militar, art. 21. "Considera-se assemelhado o servidor, efetivo ou não, dos Ministérios da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, submetido a preceito de disciplina militar, em virtude de lei ou regulamento."

do carrasco de Damiens, que, como não soubesse esquartejá-lo de acordo com as regras, teve que cortá-lo com a faca; confiscaram, em proveito dos pobres, os cavalos do suplício que lhe tinham sido prometidos. Alguns anos mais tarde, o carrasco de Avignon fizera sofrer demais os três bandidos, aliás temíveis, que devia enforcar; os espectadores se aborreceram; denunciaram-no; para puni-lo e também para subtraí-lo à vindita popular, é preso. E, por trás dessa punição do carrasco inábil, encontramos uma tradição, ainda bem próxima: ela dizia que o condenado seria perdoado se a execução fracassasse. Era um costume estabelecido em certas regiões. Muitas vezes o povo esperava que tal tradição fosse aplicada, e às vezes protegia um condenado que dessa maneira acabava escapando à morte. Para fazer desaparecer tanto o costume quanto a expectativa, foi preciso lembrar o adágio: 'a força não perde a sua presa'; foi necessário o cuidado de introduzir nas sentenças capitais instruções explícitas: 'pendurado e estrangulado até a morte', 'até a extinção da vida' E juristas como Serpillon ou Blakstone insistem, em pleno século XVIII, no fato de que o fracasso do carrasco não deve significar que o condenado salvou a vida".[20]

11. O confronto entre o carrasco e o condenado: a morte e a vida (II)

"Eu era apenas um eletricista a serviço do Governo, um homem cuja obrigação era trabalhar em uma usina de eletricidade.

Era costume naquele tempo aplicar mais de um choque elétrico. O primeiro tinha uma duração de dois ou três minutos, depois do que os doutores ascultavam com os seus estetoscópios para verificar se o coração ainda batia. Seguia-se imediatamente uma segunda aplicação de corrente durante cerca de um minuto. Os doutores tornavam a auscultar, e geralmente declaravam o homem morto. Entretanto, aplicava-se ainda outro choque de meio minuto para ter a certeza de que tôda a vida ficava extinta. Algumas vezes eram necessários cinco ou seis choques para paralizar a ação do coração. No caso de Middleton, quatro foram suficientes.

Decorrido um espaço de tempo que me pareceu uma eternidade, o quarto toque se fez ouvir – e por fim o quinto. Parei o motor e enxuguei o suor da testa. Tudo tinha corrido satisfatoriamente na usina, e eu esperava que não tivesse havido qualquer contratempo na câmara de morte. Depois de mudar os induzidos, subi à casa de morte, onde Davis estava empacotando os elétrodos e os médicos cuidavam da autópsia. Perguntei a Davis como tinha corrido a coisa.

'Tudo correu muito bem', replicou êle. "Nada aconteceu de anormal. O pobre rapaz enfrentou a coisa como um homem, e não disse uma palavra".[21]

12. O confronto entre o carrasco e o condenado: a morte e a vida (III)

Também em nosso País um episódio trágico bem poderá ilustrar o confronto que se pode estabelecer entre a força do verdugo e a resistência do corpo da vítima.

A partir de 1855, a pena de morte foi, de fato, proscrita do sistema criminal, quando um clamoroso erro judiciário levou à forca o fazendeiro Manuel Mota Coqueiro, no município de Macaé, Estado do Rio de Janeiro. No ano de 1852 ele foi acusado como mandante do assassinato de uma família inteira de colonos (pai, mãe e cinco filhos), por escravos seus que mutilaram as vítimas e incendiaram a casa. Tudo indicava que Mota Coqueiro era o mandante em face de suspeitas e indícios alimentados por autoridades locais e adversários políticos.

(20) FOUCAULT, Michel. Op. cit. p. 44-45.

(21) Narrativa do carrasco Robert G. Elliot na obra *387!! Matei-os por ordem.* Op. cit., p. 40-41. (Respeitada a ortografia do texto original).

Segundo a acusação, o crime fora motivado pela vingança à suposta oposição ao amor ilícito que Mota Coqueiro manteria com uma das filhas do colono, de rara beleza. A repercussão do crime levou o povo a designar o acusado como a *Fera de Macabu.* Levado a julgamento por duas vezes foi por duas vezes condenado à morte,[22] perdendo os recursos em instância superior, inclusive a graça implorada a Dom Pedro II. Três anos mais tarde, num 05.08.1855, foi enforcado. Pouco tempo depois da execução descobre-se que o fazendeiro tinha sido vítima de um terrível erro judiciário. O Imperador, um humanista de formação e caráter, profundamente abalado decidiu, a partir de então, comutar sistematicamente as penas de morte aplicadas pelo Júri, como refere o Desembargador V. A. de Paula Pessoa, em texto do século passado: "Em minha vida de magistrado, só vi uma tal pena applicada duas vezes, sendo commutada em galés[23] perpetuas a um desses infelizes e tenho notado sempre da parte do Jury a maior repugnancia por ella, mesmo nos casos de crimes os mais graves, e uma pena não póde ser efficaz, sem a certeza de que o Juiz a applicará sem hesitação. Para nós, por esse motivo, e pelo empenho com que o Poder Moderador[24] a commuta, seria natural aboli-la; mesmo porque, hoje, ella quasi só existe na Lei".[25]

Como se verifica, embora Portugal seja considerado como primeiro país que, no ano de 1867, tenha abolido em definitivo a pena capital,[26] o Brasil já o havia feito, de maneira informal. Narram os historiadores que Dom Pedro II, após o assassinato oficial de Mota Coqueiro, não quis mais correr riscos: decidiu favoravelmente todas as petições de graça que recebeu para beneficiar homens livres ou libertos, e a partir da década dos sessenta, estendeu esse favor aos escravos, mesmo quando acusados de crimes os mais graves.

O sofrimento vivido por Mota Coqueiro e as circunstâncias dolorosas de sua execução, foram narrados pelo jornalista Carlos Marchi em primorosa obra de minuciosa reconstituição histórica e magnífico estilo literário. Vale transcrever:

"Eram duas horas da tarde, pontualmente. O escrivão de execuções, seguin-

(22) O Código do Processo Criminal do Império (Lei de 29.11.1832) previa que em caso de condenação à pena de morte pelo júri, o réu podia protestar por novo julgamento (art. 308). A regra se manteve com a reforma determinada pela Lei 261, de 03.12.1841, com a seguinte redação: "O réo, a quem, por sentença do Jury, fôr imposta a pena de morte, ou de galés perpetuas, poderá protestar por julgamento em novo Jury; fazendo este protesto dentro de oito dias depois de lhe ser notificada a sentença, ou publicada na sua presença" (art. 462). (Respeitada a ortografia do texto original).

(23) Código Criminal do Império, art. 44. "A pena de galés sujeitará os réos a andarem com calçeta no pé e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos publicos da Provincia onde tiver sido commetido o delicto, á disposição do Governo". (Respeitada a ortografia do texto original).

(24) "O poder moderador é a chave de tôda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que, incessantemente vele sôbre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos". (*Constituição do Império do Brasil* 25.03.1824, art. 98). (Respeitada a ortografia do texto original).

(25) *Codigo criminal do Imperio do Brazil.* Op. cit., 1877, p. 87-88. (Respeitada a ortografia do texto original; as notas de rodapé são minhas).

(26) Vide, a propósito, a coletânea *Pena de morte*, editada pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no Colóquio Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal, 11-16.09.1967, que publica as comunicações de Nélson Hungria, Heleno Cláudio Fragoso, Miguel Reale e Paulo José da Costa Júnior.

do os meneios de cabeça do juiz, perguntou a Coqueiro por sua última vontade; com a fisionomia visivelmente conturbada, ele ignorou a multidão apinhada à frente da forca e selecionou, uma a uma, como se quisesse fotografá-las com as retinas para revelar o daguerreótipo no inferno, as figuras do juiz Lima e Castro, do escrivão Torquato, do delegado Pacheco, do subdelegado Oliveira, do padre Leitão, do alferes Villar, do capitão Castrioto, um por um. Com voz trêmula, gritou o mais que pôde outra coisa em resposta, para que o maior número de pessoas possível o ouvisse:

'– Eu sou inocente. Minha maldição é que esta cidade vai pagar cem anos de atraso pelo que me faz.'

O fazendeiro recusou o copo de vinho que um subalterno veio oferecer-lhe, como era tradição nas raras execuções de pessoas de extrato social mais elevado. O carrasco não esperou: arrebatou o copo, levantou um pouco o capuz negro e tomou tudo de uma só talagada. Cuspiu para o lado, baixou o capuz e olhou para o juiz, que assentiu com um ominoso olhar e um breve meneio de cabeça; pegou no braço direito de Coqueiro e o tangeu no sentido da escada. Coqueiro parecia congelado. Como não conseguisse esboçar os passos derradeiros, foi levemente empurrado por dois soldados, cada um deles segurando num braço; logo reuniu forças para reequilibrar-se e subiu, com passo trôpego, porém continuado, os treze degraus que levaram à morte. Que pensamentos o atropelariam nos últimos momentos? Sua expressão turva parecia traduzir resignação, o conselho do padre Leitão – paciência para bem-morrer.

Quando chegou ao alto, as caixas de guerra começaram a rufar e aquele foi o último ruído que Manoel da Motta Coqueiro ouviu na vida, além de sua respiração arfante e as palpitações descompassadas do coração, que já lhe saltava pela boca. O capuz lhe foi colocado na cabeça, ajeitado de forma rude pelo carrasco; sentiu quando o homem ajeitava a corda do lado esquerdo do pescoço, ajustando o laço pouco abaixo da orelha, como mandavam os ensinamentos dos carrascos portugueses. Seus pensamentos nervosos foram bruscamente cortados pela abertura do alçapão.

O corpo projetou-se no espaço vazio e ficou balançando de um lado para outro, como um metrônomo invertido, mas o pescoço não quebrou. O carrasco percebeu isso e ainda hesitou por uns segundos. Depois, num gesto felino e estúpido, resolveu repetir uma ação que aprendera alguns anos antes, numa execução em Minas Gerais, inventada pela criatividade macabra do conhecido carrasco cearense Pareça: pendurou-se à trave superior, escalou-a para a frente, até chegar no ponto de onde a corda pendia; agarrou-se a ela, postou seus dois pés imensos sobre os ombros de Coqueiro e começou um balanceio macabro, jogando seu peso sobre aquele corpo inerte e imobilizado, semiescondido no buraco do estrado de madeira; demorou uma eternidade até que se ouvisse um estalo formidável que atravessou o silêncio repugnado da multidão – e a coluna se rompeu. O carrasco soltou bruscamente a corda e desceu pesadamente sobre o assoalho de tábuas do cadafalso. Se alguém olhasse no sentido contrário ao dos assistentes – da forca para a multidão –, certamente veria um milhar de fisionomias conturbadas, hipnotizadas pela visão macabra daquela cabeça coberta pelo capuz, brotando alguns centímetros acima do alçapão e jazendo torta para o lado esquerdo. Na ponta da corda, o corpo de Coqueiro se contraía em espasmos terminais.

Os tremores e contrações continuaram ainda por intermináveis quinze minutos, cada vez menos freqüentes e menos violentos. Quando o corpo girava cento e oitenta graus, tangido pelo vento, como um trapezista inerme, era possível ver os dedos das mãos contraindo-se levemente

sob as pesadas algemas. Logo vieram os estertores, os espasmos mínimos. Era a morte final que chegava. Natural e para todo o sempre".[27]

13. A execução de Maria Stuart

Os sofrimentos físicos e morais de que padeceu Maria Stuart[28] têm sido narrados pelos mais diversos historiadores e nos mais diversos estilos. Após ter ficado viúva (1560), regressou à Escócia onde lutou contra a reforma e as intrigas da rainha da Inglaterra, Isabel.[29] O seu casamento com Bothwell, assassino de seu segundo marido – Henrique Stuart, *Lord Darnley* – provocou uma insurreição, obrigando-a abdicar (1568). Fugiu para a Inglaterra onde foi presa por ordem de Isabel que, ao cabo de dezoito anos de cárcere, mandou executá-la.

Os procedimentos e os rituais que antecederam a morte trágica de Maria Stuart foram narrados por Henri Robert em detalhes. O texto a seguir reproduz, com pequenas alterações quanto à forma, as páginas de sua obra clássica.[30]

O mandado de execução estava assinado e revestido do selo real. No dia 07.02.1587, à tarde, os mensageiros da morte se apresentaram em Fotheringhay e pediram para serem recebidos pela rainha da Escócia. Ela estava deitada, doente, quando lhe anunciaram a visita. Ao ouvir a leitura do mandado não manifestou espanto. Era como se tivessem anunciado a hora de sua libertação. "Toda a minha vida – disse – não foi senão um rosário de infelicidades e estou muito satisfeita porque Deus determinou libertar-me de tantos males e aflições pelas mãos de meus inimigos."

Apesar do infortúnio e da enfermidade, ainda teve tempo e forças para declarar a sua inocência, jurando sobre o Evangelho que não havia conspirado para matar a prima Isabel, e pediu para que o capelão viesse à sua presença. Porém os emissários tinham ordens de Isabel para negar esse derradeiro conforto espiritual. Propuseram, em substituição, um pastor por ela recusado apesar da insistência. Em seguida Maria Stuart perguntou qual seria a hora da execução. "Amanhã, às oito horas da manhã", balbuciou o Conde de Shrewsbury.

Queixou-se de que a tivessem prevenido tão tarde e pediu papel para fazer o testamento e indagou se a rainha Isabel permitiria que seu corpo repousasse em terra francesa, quer na Abadia de Saint-Denis, perto do rei Francisco II, quer em Reims, ao lado de sua mãe. Os dois condes responderam que a prima lhe recusava até essa última satisfação. Em seguida se retiraram.

Sempre admirável em sua serenidade, Maria Stuart ocupou-se em regularizar, com seus servidores, algumas últimas tarefas. Bondosa, distribuiu alguns objetos como lembrança, acrescentando para cada um palavras cuja doçura lhes arrancava lágrimas. Jantou mais cedo que de costume e comeu pouco. Depois relembrou os últimos esforços do Conde de Kent para decidi-la a receber um pastor e converter-se ao protestantismo.

Repetiu a frase que ele lhe havia dirigido ao deixá-la e que se gravara na memória: "Vossa vida teria sido a morte de nossa religião, e vossa morte ser-lhe-á a vida."

"– Oh! como estou contente com estas palavras!", acrescentou ela. Eis enfim, a verdade que se tornou clara e resplandecente.

(27) MARCHI, Carlos. *Fera de macabu.* Rio de Janeiro : Record, 1998, p. 284-286.

(28) Maria Stuart (1542-1587), rainha da Escócia e depois rainha da França, pelo seu casamento com Francisco II.

(29) Rainha da Inglaterra (1533-1603), soberana enérgica e autoritária, apoiou com ardor o protestantismo.

(30) *Os grandes processos da História.* v. 1. Trad. de J. L. Costa Neves e Lino Vallandro. Porto Alegre : Editora Globo, 1959, p. 56-65.

Redigiu, em seguida, um longo testamento, depois uma carta a seu cunhado Henrique III, rei de França, para suplicar-lhe que zelasse por seu filho e recomendar-lhe seus servidores. Em seguida deitou-se inteiramente vestida sobre a cama e pediu para Joana Kennedy ler algumas páginas da *Vida dos santos*, sugerindo que a escolha recaísse na vida de um deles que tivesse sido, em princípio, um grande pecador.

Com uma calma e uma presença de espírito extraordinárias, pensava também nos menores detalhes. Lembrou-se que seria necessário um lenço para lhe cobrir os olhos no último momento. Mandou então, buscar um dos mais belos que possuía, bordado a ouro, e o pôs de parte para o dia seguinte. Com as mãos juntas sobre o peito e os olhos baixos, recolheu-se e absorveu-se na oração, guardando a imobilidade de uma estátua deitada sobre um túmulo. Sua bela fronte, de uma alvura de mármore, parecia ter-se revestido já da majestade da morte.

Uma calma divina lhe suavizava os traços tão puros, uma inexprimível serenidade estampava-se em seu rosto.

Segundo o relato de Joana Kennedy, que ficara sentada à sua cabeceira, e que a guardou toda a noite em companhia dos outros servidores consternados e silenciosos, ela parecia rir para os anjos. No entanto, estava chegando do pátio o ruído dos cavaleiros que vinham garantir a ordem pública durante a execução. Pela vastidão do castelo ecoavam as marteladas surdas que completavam os últimos preparativos do suplício.

Quando à janela surgiu pálida a madrugada, a rainha, que não dormira, saiu de sua meditação, e, como um relógio batesse, fez notar às suas damas que só lhe restavam duas horas de vida. Encarregou Bourgoing de ler-lhes seu testamento e confiou-lhe para que o remetesse ao Duque de Guise, a quem nomeara como seu testamenteiro. Foi então ajoelhar-se no seu oratório e recomeçou a orar.

Pouco depois bateram rudemente à porta. Era o magistrado que lhe vinha anunciar já haver soado a hora da execução.

"– Vamos! – disse simplesmente a rainha, levantando-se."

E seguiu o juiz, pedindo-lhe auxílio para caminhar. Como pretendessem deter seus servidores à porta da sala da execução, pediu licença para que a acompanhassem até o fim, e em nome de suas damas prometeu que saberiam conter a emoção.

Atravessou a sala com a natural majestade de sempre, passeando um olhar calmo pela assistência. Tendo-lhe Sir Amyas Paulet oferecido seu auxílio para subir os degraus, ela lhe disse com jovialidade: "– Obrigada por vossa cortesia, Sir Amyas; será o último trabalho que vos darei e o mais agradável serviço que jamais me tereis prestado".

Depois sentou-se numa cadeira baixa coberta de preto, que lhe era destinada, tendo ao lado os Condes de Kent e de Shrewsbury, e à sua frente os dois carrascos. Mais uma vez pediu para ver seu confessor. Porém, apresentaram-lhe o pastor decano de Peterborough, que começou a exortá-la a preparar-se para a morte, com uma eloqüência rude e veemente.

"– Senhor deão – disse-lhe docemente a rainha – não preciso de vós; bem podeis calar-vos, se quiserdes, e sair daqui."

Como ele insistisse e a perseguisse impiedosamente com suas palavras, ela lhe repetiu ainda por duas vezes que podia retirar-se, pois estava resolvida a não ouvi-lo.

Entrementes, pusera-se a orar em voz alta com grande fervor. A assistência, presa de emoção, ouviu-a silenciosamente.

O carrasco aproximou-se para despi-la. Ela sorriu e lhe disse: "– Deixai-me. Entendo disto melhor do que vós, e jamais tive semelhantes criados de quarto." E auxiliada por Joana Kennedy, que chorava, tirou o véu, o gibão e a gargantilha.

Os dois carrascos, de joelhos diante dela, pediram-lhe então, segundo o costume inglês, que lhes perdoasse pela sua morte.

"– Perdôo de todo o coração – disse – pois espero que haveis de dar fim a todos os meus tormentos".

Permanecia, entretanto, sentada e com a cabeça ereta, pois esperava ser decapitada à espada, segundo era privilégio da nobreza. Todavia, fizeram-na ajoelhar, com a cabeça sobre o cepo, e o carrasco ergueu o machado.

Maria Stuart rezava sempre. Escutaram sua voz pura que dizia, no silêncio infinito: – *in te, Domine, speravi* (Senhor, depositei em vós toda a minha esperança!).

A multidão chorava. O Conde de Shrewsbury levantou o bastão, sinalizando para que carrasco vibrasse o golpe, e, ao mesmo tempo, virou o rosto com horror, cobrindo os olhos com a mão.

O carrasco, sem dúvida dominado pela emoção, feriu com braço pouco firme.

A cabeça só caiu ao terceiro golpe. Então o carrasco apanhou-a e levantou-a para a multidão, exclamando, segundo o costume: "*God save the queen Elisabeth!*"

"– Assim morram todos os seus inimigos! – acrescentou o deão de Peterborough".

Não se escutava, na sala, como ferida de estupor pela impressão confusa de uma grande iniqüidade, senão os soluços mal contidos dos servidores de Maria.

Somente o implacável e fanático Conde de Kent pôde achar ainda a triste presença de espírito para responder: *Amen!*

Assim acabou, aos quarenta e quatro anos, na serenidade de uma morte admirável, Maria Stuart, rainha efêmera da França e da Escócia, cuja existência movimentada acendera, alternadamente, tantas paixões e tantos ódios.

Não era, sem dúvida, nem a feiticeira fatal, a bruxa digna da fogueira que nela quiseram ver os seus irredutíveis inimigos, nem a santa imaculada e a mártir angélica em que a quiseram transformar seus admiradores fervorosos. Era uma mulher do século XVI, uma contemporânea de Shakespeare, violenta, ambiciosa e apaixonada. Pertencia a uma época que não estava muito distante a de Maquiavel.

Mulher maravilhosamente dotada pela natureza, duma inteligência viva, flexível e profunda, acessível a todas as idéias, capaz de todos os esforços, apenas lhe faltou, para saber dirigir sua vida, essa ponderação de caráter, essa firmeza de princípios e essa vontade perseverante, sem as quais as qualidades mais brilhantes só poderiam ficar estéreis.

Sensível a todas as influências, vibrando a todos os sentimentos, não soube escolher o seu caminho e mostrou-se inconstante, mudando ao sabor dos ambientes por que sucessivamente passou.

Mas se não soube viver, soube, ao menos, sofrer e morrer!

A nobre causa pela qual tão heroicamente sacrificou a vida cobre com sua grande sombra os seus erros e as suas faltas.

Porque sofreu estoicamente por sua fé, porque encarnou, para um povo inteiro e durante 19 anos, a causa do catolicismo oprimido e perseguido, porque sua condenação foi a mais flagrante das negações da justiça e o mais odioso dos abusos de poder, e porque preferiu aceitar uma morte imerecida a renunciar à menor parcela dos seus direitos e das suas convicções, viverá eternamente na história como a vítima tocante do fanatismo e da injustiça.

Com sua experiência de sensível advogado e primoroso pesquisador, Henri Robert tem conclusão muito precisa a respeito de Maria Stuart:

"Mas para nós, franceses, ela é alguma coisa mais, e devemos guardar afeição mais profunda à sua memória, como à recordação de alguém que tivesse pertencido um pouco à nossa família.

Essas qualidades tão brilhantes, essa inteligência tão viva, essa sedução e essa

graça que eram seu encanto e que contribuíram para sua perda, foi em parte no gênio da nossa raça, e neste doce solo de França que ela as absorveu.

Não podemos evocar sua imagem sem recordar ao mesmo tempo o amor profundo que tinha por nossa pátria, quando, encostada ao timão da galera que a conduzia, e com os olhos cheios de lágrimas, essa rainha de 19 anos repetia obstinadamente o melancólico: 'Adeus, França! Creio que nunca mais te verei!' que, pela voz de Brantôme, atravessou os séculos.

Não podemos esquecer que quando, depois das tormentas desta vida, sua alma se recolheu a fim de alçar-se nas asas da fé à serenidade da morte próxima, foi para a França que se dirigiram seu último pensamento e seu último voto, testemunhando assim a continuidade de seu afeto à nossa pátria, por uma tocante volta ao passado que ligava o início e o fim de sua existência.

Sabemos que nunca mais, viva ou morta, ela tornou a ver a França.

A cruel Isabel que não lhe respeitou o desejo supremo, como não lhe respeitara a liberdade e a vida".[31]

Os restos mortais de Maria Stuart não ficaram nem em Saint-Denis nem em Reims, onde havia desejado e pedido que os depositassem. Repousa em Westminster, na capela de Henrique VII, onde, por uma singular e irônica combinação do acaso, seu túmulo está situado muito próximo ao de Isabel.

A morte passou por cima das disputas humanas.

14. A infeliz Margarida

Margarida, personagem de *Fausto*, de Goethe, era uma rapariga do povo, alma pura e inocente. Foi seduzida e depois abandonada por Fausto. A fatalidade a arrasta à loucura e ao crime, tornando-a causadora involuntária da morte de seu irmão Valentim e responsável pelo afogamento de seu próprio filho. Condenada à morte, obtém o perdão do céu. No momento da execução, olhando para o agente de sua morte, teve forças para indagar: "Quem te deu, ó Carrasco esse poder sobre mim?"

15. As vítimas do Comitê de Salvação Pública

O Comitê de Salvação Pública (*Comité de Salut Public*), foi um organismo criado na França revolucionária pela Convenção de 06.04.1793, com o objetivo de exercer o Poder Executivo da República. Tornou-se um governo autoritário e ditatorial, com nove membros em sua fase inicial. Aquele número foi ampliado para doze, todos iguais e solidários, eleitos por um mês com a possibilidade de reeleição. De abril a julho de 1793, o *Comité* foi dirigido por Danton.[32] Ele considerava o terror como um meio provisório de governo. No dia seguinte à batalha de Valmy, a grande vitória dos franceses (1792) que deteve a invasão prussiana e reforçou o prestígio da revolução, proclamou que para vencer era preciso *audácia,* ainda *audácia* e sempre *audácia.* Com a eliminação de Danton, o seu ex-camarada e detrator Robespierre,[33] um obscuro ex-

(31) HENRI, Robert. Op. cit., p. 64-65.

(32) Jorge Jacques Danton (1759-1794), um dos líderes da Convenção francesa, tornou-se célebre pela sua vigorosa eloquência. Foi advogado do rei até 1791, fundador do Clube dos franciscanos, ministro da justiça e um dos maiores estadistas revolucionários. Acusado de moderantismo pelo seu antigo amigo Robespierre, ciumento de sua popularidade, foi guilhotinado.

(33) Maximiliano Maria Isidoro de Robespierre (1758-1794). Ele foi a alma do Comitê de Salvação Pública e o mais temido agente do terror daquele período autoritário do governo. Queria estabelecer o reinado da Virtude

advogado de Arrás, chegou a ser o senhor absoluto da França. Os parisienses o cognominaram de "O incorruptível".

De setembro de 1793 a julho de 1794, um mesmo grupo, reiteradamente mantido no poder, manipulou o terror oficial em nome da República. A política geral era dirigida por Robespierre, Couthon[34] e Saint Just,[35] enquanto a política interna era coordenada por Billaud-Varenne e Collot d'Herbois e os assuntos de guerra eram comandados por Carnot.[36] A história registra que o *Comité* desapareceu, juntamente com a Convenção, em 1795. Aquele período foi marcado por uma grande sucessão de manifestações e jornadas revolucionárias, provocadas pela má política social, pelo regime de terror e pela coalisão dos membros da Convenção Nacional[37] que se sentiam ameaçados por Robespierre.

e se distinguia por uma notável pureza da costumes. Morreu também no cadafalso para o qual enviara tantas vítimas.

(34) Georges Couthon (1755-1794), foi presidente do tribunal de Clermont-Ferrand e deputado. Reprimiu a insurreição de Lyon e fez votar a lei de 22 de prairial, que organizou o grande terror. Foi, juntamente, com Robespierre, guilhotinado.

(35) Luís Antonio de Saint Just (1767-1794), em 1792 foi eleito Deputado à Convenção Nacional. Influenciou seus pares, no sentido de aprovar a condenação à morte de Luís XVI, após a leitura do relatório de seus contatos com os soldados republicanos na Alsácia. Também com Robespierre foi preso e morreu no cadafalso.

(36) Lázaro Nicolau Margarida Carnot (1753-1823), foi político e militar, responsável pela organização dos exércitos republicanos. Em 1793 entrou para o *Comité de Salut Public* embora condenasse os métodos de seus companheiros. Com a queda de Robespierre foi deportado para a Guiana, mas fugiu para a Alemanha. Foi nomeado, por Napoleão Ministro da Guerra. Após a Restauração dos Bourbons, foi proscrito por Luís XVIII e residiu, até a sua morte, em Magdeburgo (Alemanha).

(37) *Convention Nationale,* assembléia constituinte francesa, eleita por sufrágio universal em dois turnos. Sucedeu à Assembléia Legislativa (01.10.1791 – 20.09.1792), fundou a primeira República e governou a França de 21.09.1792 a 26.10.1795.

Danton foi processado, julgado, condenado e executado juntamente com outros companheiros de ideais e de lutas, entre eles, Desmoulins, que combateu a aristocracia através de folhetins, incitando o povo à revolução.[38] O processo a que eles responderam se caracterizou pelos atentados à liberdade de defesa e pelo juízo temerário. As audiências se realizaram no Palácio da Justiça, na antiga sala da Corte de Cassação. Os quesitos apresentados ao júri, de redação muito simples, bem ao estilo da época, sintetizavam a natureza política da acusação.

O primeiro indagava: "Cidadãos jurados, houve uma conspiração tendente a restabelecer a Monarquia, a destruir a representação nacional e o Governo da República?"

O segundo perguntava se os Deputados da Convenção: Lacroix, Desmoulins, Philippeau, Hérault de Séchelles e Westermann, eram culpados de terem tomado parte na aludida conspiração.

O historiador e *batônnier* Henri Robert narra em sua obra[39] que para desacreditar aos olhos do público aquele grupo de patriotas, o tribunal havia colocado junto a eles, no banco dos réus, outras pessoas, acusadas de crimes comuns e infamantes. Danton fez questão de estabelecer a distinção e protestou energicamente contra aquele malicioso expediente. No interrogatório, quando foi perguntado a respeito da qualificação, respondeu: "Chamo-me Danton. Revolucionário, representante do povo. Minha residência? Dentro em breve, o nada! Depois, o Panteão da história".[40]

(38) Camile Desmoulins (1760-1794), jornalista e escritor, pedia mais moderação nos atos revolucionários.

(39) *Os grandes processos da história.* Op. cit., v. 1, p. 262.

(40) HENRI, Robert. Op. e loc. cit.

O povo acorria em massa para assistir ao espetáculo dos debates. As palavras de Danton eram repetidas de boca em boca, em toda a extensão daquela fremente maré humana. A potência da voz de Danton era tal que, pela janela aberta do tribunal, os seus brados eram claramente ouvidos do outro lado do Sena. "Dir-se-iam rugidos dum leão preso na armadilha. Pulverizava com suas apóstrofes indignadas os inconsistentes protestos da acusação".[41]

A performance de Danton durante o julgamento foi extraordinária e o povo ia demonstrando a sua simpatia pela causa dos réus. Após o primeiro dia de debates, o procurador Fouquier-Tinville e o presidente Hermann dirigiram-se ao Comitê de Salvação Pública para relatar as dificuldades que estavam já divisando para obter a condenação. Receberam instruções para não mais responder a Danton, de manter o silêncio possível na Corte e de encerrar os debates após o terceiro dia, fazendo com que o júri se declarasse suficientemente esclarecido.

A manobra foi duramente contestada por Danton que pretendia ser acareado com testemunhas que o acusavam em sua ausência, além de ouvir os depoimentos de outras pessoas. Novamente se criaram incidentes que eram imediatamente levados ao conhecimento do *Comité*. A solução foi encontrada por Saint-Just. Viu ele, na desesperada e vigorosa defesa dos acusados a "prova certa" de sua culpabilidade e tachou a resistência como atitude de rebeldia contra a lei. Por sua proposta a Convenção Nacional aprovou, por unanimidade de votos, um decreto pelo qual o tribunal podia excluir dos debates os acusados que "faltassem com o respeito à justiça ou que provocassem distúrbios".

Com a aplicação do decreto que impedia o exercício da defesa e a colheita de provas, o júri, no quarto dia de trabalho, já na abertura dos debates se declarava suficientemente instruído. Houve um grande clamor principalmente quando Danton protestou: "Mas, nenhuma prova foi apresentada. Nenhuma testemunha foi ouvida!" E, antes de deixar a sala, proferiu um último grito profético: "Antes de três meses, o povo reduzirá a pedaços os meus inimigos".[42]

A execução iria acontecer em 05.04.1794, um daqueles dias radiosos de primavera em que a calma luminosa do cair da tarde era um contraste brutal com os rumores das ruas. Um bando infame de indivíduos pagos pelo *Comité* para fazer a voz do povo e a chamada *claque da guilhotina*, seguia a carreta que transportava Danton e Desmoulins. Este respondia às injúrias, esforçando-se para tentar convencê-los: "Enganam-te povo! São os teus servidores, os teus amigos que são imolados! Era eu que em 89 te chamava às armas pela liberdade! Fui eu que lancei o primeiro grito pela República! Meu crime, meu único crime, é ter derramado lágrimas." Na veemência de sua gesticulação, chegou a rasgar a camisa em pedaços. Foi mais uma vez Danton quem o socorreu: "Fica tranqüilo e deixa essa canalha."[43]

Chegando ao pé do cadafalso, Danton quis abraçar Hérault de Séchelles, outro condenado que devia ir antes dele. O carrasco o impediu. "Imbecil! – disse o imortal revolucionário – impedirás que as nossas cabeças se beijem no cesto?"

E Desmoulins, numa frase que reunia um tom teatral e um sentimento de melancolia, exclamou antes de morrer: "Aí está, pois, como devia acabar o primeiro apóstolo da liberdade!"[44]

As trágicas mortes de Jorge Jacques Danton e Camile Desmoulins viriam re-

(41) HENRI, Robert. Op. cit., p. 263.

(42) Conta Robert Henri que o grande mártir errou por pouco, pois foi quatro meses depois que Saint-Just, Fouquier-Tinville e Robespierre pagaram a sua dívida de sangue à Revolução. (Op. cit., p. 267-268).

(43) Op. cit., p. 268-269.

(44) Op. cit., p. 269.

velar ao mundo e aos pósteros a profunda contradição entre *processo errado* e a *descoberta da verdade*,[45] quando se rememoram os lances de cerceamento de defesa e outras práticas condenáveis sob a perspectiva do processo penal de um Estado Democrático de Direito. E também revelam a extraordinária lição de coragem e resistência que animou os condenados durante os momentos que precederam a sua execução.

Reação semelhante foi manifestada pela jovem Lucília Desmoulins, também condenada pelo tribunal revolucionário por suposta conspiração. Ao ouvir a sentença conseguiu forças para dizer: "Dentro de algumas horas irei, pois, rever o meu Camilo!" Escreveu, então, à sua mãe, singelas palavras e emoção profunda e pura: "Boa noite querida mamãe. Uma lágrima escapa de meus olhos: é para ti. Vou dormir na calma da inocência".

Conta Henri Robert que diante do cadafalso, aquela criança loura, que ainda não tinha 24 anos, manteve a calma e a postura de uma romana. Assim, o mesmo suplício reuniu na morte, com alguns dias de intervalo, os seres jovens, vibrantes e sinceros que tanto se amaram na vida.[46]

É importante rever um trecho do *posfácio* escrito por Henri Robert quando nos diz que a violência gera mais violência e que a desordem não traz senão mais desordem e, que, na competição que se prolonga até um dia fatal de uma reação implacável, as suas primeiras vítimas são, justamente, os seus primeiros apóstolos. E arremata: "Saibamos, pois, guardar a lembrança e compreender a lição da trágica aventura do infeliz Camilo Desmoulins – que, por ter pensado encontrar num dia de anarquia a felicidade do povo, fez cair sobre ele tantas calamidades; que anelava mais humanidade e trouxe o terror; que desejava mais liberdade e teve a lei dos suspeitos, e com ela duzentas mil detenções arbitrárias; que reclamava mais justiça e teve as condenações iníquas do tribunal revolucionário; e que, finalmente, implorando mais clemência, acabou, ele próprio na guilhotina".[47]

16. O depoimento de Enrico Ferri

Em uma das mais importantes obras clássicas vertida especificamente para o tema – *Os criminosos na arte e na literatura* – Ferri presta um singular e emocionado depoimento acerca da dupla execução que assistiu em Paris. Tratava-se do *sacrifício legal* de Allorto (26 anos) e Sellier (30 anos), considerados verdadeiros protótipos de delinqüentes. Às duas horas da madrugada – conta Ferri – chegaram na *Grande Roquette*,[48] escoltados por gendarmes a cavalo, os dois pesados carros negros que traziam a guilhotina desmontada e "Monsieur de Paris" e os seus ajudantes, que vinham de sobrecasaca e chapéu alto. Era a primeira distração oferecida à multidão, compondo uma cena fantástica. "Na bella noute polvilhada de estrellas, ao passar de uma brisa reconfortante, o transporte e a montagem das peças da guilhotina parecem particularmente lugubres. Esse

(45) "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 o preço mas *processualmente válida*" (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra : Coimbra, 1981, p. 193-194. (Grifos do original).

(46) Op. cit., p. 270.

(47) Op. cit., p. 275.

(48) Prisão de criminosos adultos e onde, na parte externa próximo de uma grande porta, ficava o palco para o sacrifício.

serviço é feito em silencio e sem outro ruido que não seja o de algumas pancadas de martello. Com intervallos irregulares, veem-se os ajudantes ao clarão de uma lanterna que não ajunta muita luz aos pallidos reflexos do gaz sobre a machina funebre".[49]

As providências para a preparação dos condenados e da cerimônia fatídica são expostos pelo imortal criminalista: "Ainda um detalhe, pois não quero omittir nenhum. No chão, mesmo debaixo do cutello, está um cesto sem tampa. Durante um instante dizia-me o inspector, o segundo dos condemnados verá ahi a cabêça cortada do seu cumplice".[50]

Outros detalhes do espetáculo de terror são contados pelo criminalista:

"Eis-nos na sala onde se vae proceder á *toilette* d'Allorto. Sentam-no n'uma cadeira, ligam-lhe as mãos atraz das costas, põem-lhe correntes nos pés para o impedir de dar grandes passos, e rasgam-lhe a camisola até quasi a altura das espaduas.

Depois de terem desempenhado muito depressa e em silencio a sua missão, os ajudantes deitam sobre as costas de Allorto o seu proprio casaco e conduzem-no em seguida a uma sala visinha, em face do corredor d'onde sahirá d'ahi a pouco Sellier.

Allorto passou ahi alguns minutos. Bebeu avidamente uns trez calices de licor offerecidos pelo lazarista, fitando-nos sempre com os seus olhos já vitreos. Em vão se esforçava por cuspir: um movimento convulsivo agitava os seus labios. Vi-o muitas vezes appoiar a bocca, com um gesto de automato, sobre um crucifixo que o padre lhe estendia e ouvi-o dizer: 'Sim, sou catholico, creio em Deus'.

Vamos então accordar Sellier, depois de termos atravessado, na ponta dos pés, dois ou trez corredores.

Estava já a pé e, salvo a sua pallidez livida, tinha um ar bastante indifferente. Responde ao director que o aconselha a ter coragem: 'Coragem? Não falta!' e pede de beber.

É um homem alto e forte, de um aspecto verdadeiramente formidavel: pescoço de tou cara grosseira, bochechas salientes, grandes orelhas.

Depois de ter tomado *cognac*, veste-se sem precisar de ajuda e pede um cigarro: o director não tem cigarros.

Foi preciso insistir para o obrigar a calçar-se: 'Não vale a pena,' dizia elle. Pediu para ficar só um instante com o abbade Faure e encaminhou-se depois, com o seu passo habitual, para uma sala visinha d'aquella em que estava Allorto, para o seu quarto de *toilette*. Pediu de beber e disse: 'Oh, não terei medo: sei o que isto é!'

Nessa hora suprema a até ao seu ultimo momento, Sellier pareceu apoderado pela idéa fixa de se mostrar valente, afim de deixar na multidão, como Pranzini, uma reputação d'homem corajoso.

Todas as suas palavras e todos os seus actos eram calculados com este fim: o pedido do cigarro e o seu frequente sorriso cynico eram com certeza meios de atingir esse *desideratum*. Essa conducta contrastava com a agonia espasmodica de Allorto e impressionava-nos mênos.

Não se chêga por um esforço de vontade a esta insensibilidade physica e moral, que forma um dos caracteristicos especiaes de certos criminosos e explica a fria ferocidade dos seus crimes e a indiferença com que elles supportam as feridas e as operações cirurgicas muito dolorosas para outros. Esta *disvulnerabilidade*, como lhe chama Moriz Benedikt, explica a coragem apparente de certos bandidos, cujos actos de bravura provêem d'um mobil physiologico e psychologico completamente opposto ao que impelle um martyr d'um honesto e grande ideal a morrer heroicamente na guerra ou no cadafalso.

(49) FERRI, Enrico. *Os criminosos na arte e na literatura*. Trad. portuguesa, 2. ed. 1902, p. 141-142. (Observada a ortografia do texto original).

(50) Op. cit., p. 143.

A *toilette* de Sellier termina sem incidentes e o carrasco e os seus ajudantes vão de novo têr com Allorto.

Levantam-no, sustêem-no (...) Elle põe-se a caminho, movendo-se inconscientemente, como um automato, bambaleando a cabeça.

O ar mais fresco do corredor parece comtudo reanimal-o um pouco: caminha agora só, arrastando as pernas em pequenas passadas (...). A sua cara, á luz do dia, parece verde. Estava já mais morto do que vivo.

A porta abre-se e n'uma rapida serie de horriveis emoções eu apercêbo Allorto estendido sobre a prancha, o golpe surdo do cutelo, um cadaver com as pernas agitadas n'um movimento convulsivo e o gesto dos ajudantes que deitam o corpo no cesto grande e abaixam a tampa d'este.

Tinha levado alcool. Bebi alguns golos para me acalmar um pouco e (...) vi Deibler limpar o cutelo com uma esponja antes de o içar de novo no alto d'aquella machina infame!

Esse detalhe desagradou-me mais do que tudo e fez-me sentir mais intimamente o horror d'esse brutal, d'esse estupido meio de 'fazer justiça'.

Não posso nem quero discutir aqui a pena de morte, mas ella não é certamente toleravel n'uma sociedade civilisada. Como se pode considerar exemplar a decapitação em publico?!

Voltamos para buscar Sellier que se levanta, nos encara a todos e se encaminha, sem querer ser amparado, com um ar indifferente.

Encontrava-me, não sei como, perto d'ele no momento em que se abriu a porta e ouvi-o dizer em voz alta ao chefe dos guardas:

'Sae-se do hotel dos feijões com inimigos bem apanhados'.

E estava em frente da guilhotina! Olhou-a e, depois de têr lançado um golpe de vista circular em torno de si, abraçou o padre desejando-lhe 'felicidades!' (...).

Pela segunda vez ouvi o golpe do cutelo e logo em seguida vi as duas cabeças exangues dos suppliciados que eram mudadas do cesto pequêno para o grande. A anemia cerebral, instantanea e completa, tinha sem duvida extinguido immediatamente todo o clarão de consciencia.

Atravessei a fila dos agentes de policia e furtei-me, aturdido e enervado, a esse barbaro espectaculo, de que sempre me recordarei como sendo o maior sacrificio feito aos meus estudos sobre o crime, essa forma tão dolorosa da miseria humana."[51]

17. O direito de morrer a própria morte

Tudo o quanto se viu, nessa rápida amostragem sobre os rituais e os martírios da pena de morte – e o mais que existe na história e na literatura – pode ser resumido em uma frase que se levanta contra a pena capital: *o direito de morrer a própria morte*. Ela foi magistralmente cunhada pelo médico e poeta português Miguel Torga, por ocasião de seu discurso de abertura do colóquio promovido em 1967 pela Universidade de Coimbra, que reuniu penalistas de todo o mundo para comemorar o centenário de abolição da pena de morte em Portugal. Disse ele que comparecia ao evento em dupla condição. São suas estas palavras: "O poeta representará, como puder, o ardor indignado e fraterno de quantos, de Villon a Victor Hugo, de Gil Vicente a Guerra Junqueiro, protestaram contra o iníquo pesadelo, e contribuíram para a sua extinção ou repulsa na consciência universal; o médico simbolizará com igual modéstia, a interminável falange daqueles que foram sempre, e são ainda, em todas as sociedades, os inimigos jurados e

(51) Op. cit., p. 153-157.

activos de qualquer forma de aniquilamento humano."[52]

Os trechos finais da oração de Miguel Torga constituem um texto filosófico e literário de profunda repercussão no espírito de todos quantos ainda se mostram partidários da pena capital. Vale transcrever:

"Nesta maldita hora de campos de concentração, de câmaras de gás, de bombas atômicas, de guerras sinistras, de massacres expeditivos. Apelo ao respeito devido à nossa já dramática condição de mortais. A tragédia do homem, cadáver adiado, como lhe chamou Fernando Pessoa, não necessita dum remate extemporâneo no palco. É tensa bastante para dispensar um fim artificial, gizado por magarefas, megalómanos, potentados, racismos e ortodoxias. Por isso, humanos que somos, exijamos de forma inequívoca que seja dado a todos os povos um código de humanidade. Um código que garanta a cada cidadão o direito de morrer a sua própria morte".[53]

(52) Em *Pena de morte.* cit., p. 1.

(53) *Idem,* ibidem, p. 5.

10. JURISPRUDÊNCIA

10.1 Jurisprudência Comentada

10.1.1

BRIAN DE PALMA DOUTRINANDO

ADAUTO SUANNES

Muitos leitores talvez não identifiquem o nome do personagem que aparece no título destas considerações. Faço-lhes a apresentação: discípulo e admirador confesso de Alfred Hitchcock, costuma incluir em seus filmes referências a trabalhos alheios, principalmente os realizados por seu mestre. Desde "Carrie, a estranha" (cuja cena final, um achado cinematográfico, nos faz pular da cadeira) passando por "Dublê de Corpo" (onde ele usa e abusa dos recursos hitchcockianos de fazer parecer o que não é), até "Os Intocáveis", lá estão referências que o cinéfilo se diverte em tentar encontrar, em um jogo muito ao gosto do cineasta inglês, que fazia questão de dar uma passada pelos filmes que dirigia, apenas para provocar o espectador e aguçar sua expectativa.

Pois quero falar justamente do último filme referido (cuja antológica cena da escadaria, por sinal, foi inspirada no "Encouraçado Potenkim", de mestre Eisenstein). Se o leitor está lembrado, preso Al Capone pelos "intocáveis" agentes do governo, será submetido a julgamento pelo *petit jury*. Capone (magistral interpretação de Robert de Niro) está calmo, sorridente, na certeza da absolvição. Eis que o chefe dos agentes do governo descobre com um capanga que havia sido morto uma lista que indica que todos os jurados haviam sido subornados. Daí o ar vitorioso do gângster.

Que fazer?

Levado o problema ao juiz presidente do júri, ele encontra a solução: consulta o colega da sala ao lado e trocam de jurados. Assim, os jurados que estavam aqui vão julgar o réu da sala de lá, enquanto os jurados da sala de lá virão julgar o réu da sala de cá. Capone protesta no filme e eu, quando assisti pela primeira vez, protestei de cá. Claro que se tratava de uma "licença poética", dessas que muitos diretores encontram e que acabam por desagradar os técnicos no assunto, como supõe seja o signatário destes comentários.

Como a confirmar o dito de que a vida copia a arte, eis que me cai nas mãos um julgado onde exatamente aquela questão é abordada, por sinal com grande propriedade. Como o TJ/SP julgaria mestre De Palma?

Em homenagem ao ilustre advogado da PAJ que levantou a questão, faço ares de mistério, qual Hitchcock, assumo o descaramento de Brian de Palma e faço minhas as palavras do ilustre advogado, incluindo-as neste texto.

RAZÕES DE APELAÇÃO

Pelo apelante: C. R. da S.

Apelada: Justiça Pública

Processo n.: 1.378/95 – 1.ª Vara do Júri da Capital

Egrégio Tribunal, Colenda Câmara:

1. O recorrente, qualificado nos autos, foi denunciado, pronunciado e submetido a julgamento no Egrégio Primeiro Tribunal do Júri da Capital, sendo então condenado, como incurso no art. 121, § 2.º, inc. I, combinado com arts. 14, inc. II e 29 do CP, à pena de dez anos e oito meses de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado.

2. Segundo a acusação, o apelante desferiu tiros contra A. V. de S., no interior da residência desta, movido por vingança, que seria consistente em "acerto de contas com a vítima", eis que esta teria contratato o recorrente para matar o co-réu A. A. dos S. (denúncia – f. 2) e, como paga dessa empreitada, teria a vítima prometido favores sexuais ao apelante.

3. Todavia, ao acatarem na íntegra o libelo-crime acusatório, especialmente quando reconheceram configurada a qualificadora do motivo torpe, os Senhores Jurados proferiram decisão *manifestamente contrária à prova dos autos*, razão pela qual se interpõe o presente recurso, para pleitear a anulação do julgamento ou para afastamento da qualificadora e redução da pena aplicada.

PRELIMINARMENTE

4. Conforme é cediço – nosso sistema jurídico, ao mesmo tempo em que não admite os denominados Tribunais de Exceção, consagra o princípio do Juiz Natural, significando que não há Juiz ou Juízos de improviso. Toda pessoa que haja de ser julgada, terá direito de conhecer *previamente* seu julgador, que *só poderá estar investido na função específica que lhe é destinada, se houver regularidade de investidura, conforme regras legais previamente estabelecidas.*

5. No que concerne à instituição do *Júri*, a lei, principalmente o Código de Processo Penal, contém dispositivos que, combinados, estabelecem de forma extremamente clara os requisitos para a composição do Conselho Julgador, *em cada sessão,* vale dizer – para a constituição desse Juízo Natural, previamente conhecidos pelas partes.

6. Tais preceitos são de ordem pública, de modo que às partes não é dado sobre eles transigir.

7. O art. 442 do CPP é preciso quanto ao número de Jurados:

a) 21 (vinte e um), para cada sessão;

b) 15 (quinze), para a formação do "quorum";

c) 7 (sete), para a formação do Conselho.

8. No caso dos presentes autos, registra a *Ata* de f. 373 que, por ocasião da *instalação da sessão,* à chamada *nominal* dos Senhores Jurados, não compareceram os 21 jurados convocados, por prévio edital e por intimação pessoal, para aquela sessão. Tampouco compareceram os 15 necessários para a instalação dos trabalhos.

9. *Somente* 13 *(treze) estavam presentes,* diante do que se optou por adotar procedimento irregular, que vem sendo usualmente repetido, qual seja o de "emprestar" Jurados de outro Plenário, vale dizer, de outro grupo ou Conselho de 21 Jurados, convocados em data distinta e para julgamento de outro acusado.

10. *In hoc casu,* no irregular procedimento, *dois jurados* foram providenciados *na hora,* não constando da Lista de Jurados convocada para a sessão (f. 363 e 373). Sorteado, então, o Conselho, dele fizeram parte, não havendo elementos para possível recusa peremptória ou justificada, os Jurados E. M. S. M. e G. P., que não faziam parte dos 21 Jurados originalmente sorteados para esse específico julgamento, tendo ambas sido sorteadas para compor o Conselho, operando-se recusa da última.

11. Isso impediu o prévio e indispensável conhecimento por parte da defesa, para que pudesse eventualmente oferecer

suas recusas, peremptórias ou em razão de possíveis suspeições ou impedimentos.

12. Não se argumente com o atendimento de questão de interesse administrativo-judicial, que não tem o condão de derrogar normas e princípios sobranceiros, os quais, pela rigidez de seu conteúdo, visam elidir antecipadamente toda e qualquer obscuridade quanto à disciplina dos julgamentos, atendendo, inclusive, a primado constitucional, amparado na ética de se garantir em todos os julgamentos igualdade de tratamento.

13. É igualmente inválido e desfundado o argumento de que não se registrou nulidade porque os Jurados "emprestados" pertencem à mesma 1.ª Vara do Júri da Capital. Ora, é sabido que tal Vara possui *oito plenários,* o que pode, em tese, registrar *no mesmo dia* a presença de até 168 Jurados. A lei é clara e taxativa ao determinar a *convocação* de 21 Jurados. Desse rol há de se extrair:

a) número adequado, imaginado pelo legislador, para que, computadas eventuais ausências, se obtenha a presença de 15 Jurados, que permitam a instalação dos trabalhos;

b) número adequado para que as partes, defensor e Ministério Público, tenham prévio conhecimento, *em tempo hábil,* de quem são os Juízes Naturais, para se valerem do recurso *legal* das recusas possíveis.

14. É elementar, pois, e resulta de estrita interpretação da lei processual, que *dentre os 21 Jurados pré convocados* deva dar-se a formação do Conselho Julgador. E não dentre 168, como resultaria absurdo, acatado o argumento aqui contestado.

15. Assim, registrou-se *nulidade absoluta* no presente caso, cumprindo seu reconhecimento pelo Tribunal, disso resultando que se *anule* o julgamento, outro se tornando exigível em conseqüência.

(...)

São Paulo, 26 de março de 1998.

Pedro Antonio de Avellar, Procurador do Estado.

ApCrim 245.821-3/5 – 5.ª Câm. Crim. – TJSP – Rel. Denser de Sá – j. 22.10.1998.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Apelação Criminal* 245.821-3/5, da Comarca de São Paulo, em que é apelante C. R. da S. ou C. R. da S., sendo apelada Justiça Pública:

Acordam, em 5.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, dar provimento para anular o julgamento, mantida a prisão do apelante.

Trata-se de apelação interposta por indivíduo condenado por tentativa de homicídio qualificado a dez anos e oito meses de reclusão, a serem cumpridos integralmente em regime fechado.

Apelou o condenado suscitando preliminares de nulidade e, no mérito, buscando a realização de novo julgamento, por ser a decisão apelada manifestamente contrária ao conjunto probatório.

Após as contra-razões, a douta Procuradoria de Justiça opinou pela rejeição da matéria preliminar e manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

A primeira preliminar de nulidade tem inteira procedência.

É que no dia e hora designados para o julgamento, feita a chamada nominal, dos vinte e um jurados convocados, por edital e por intimação pessoal, somente treze jurados compareceram.

Nos termos da lei processual não havia *quorum* para a instalação da sessão, eis que o Código de Processo Penal exige a presença de pelo menos quinze jurados (art. 442).

Cabia ao magistrado, portanto, diante da ausência de *quorum*, convocar nova sessão para o dia útil imediato, como determina o dispositivo acima mencionado.

Entretanto, contrariando a lei o ilustre juiz convocou dois outros jurados que não faziam parte dos vinte e um adredemente selecionados, mas pertenciam a outros plenários do 1.º Tribunal do Júri.

Dos dois jurados convocados irregularmente, um foi recusado e outro acabou por compor o Conselho de Sentença.

Como salientou o apelante, "isso impediu o prévio e indispensável conhecimento por parte da defesa, para que pudesse eventualmente oferecer suas recusas, peremptórias ou em razão de possíveis suspeições ou impedimentos".

É irrelevante que os dois jurados convocados pertençam à mesma 1.ª Vara do Júri.

O que importa é que eles haviam sido sorteados para outro julgamento. Não constavam da lista de vinte e um jurados selecionados para o julgamento do apelante.

Houve flagrante prejuízo para a defesa, com a violação do princípio constitucional do Juiz Natural, a configurar nulidade absoluta, que ora Apelação Criminal 245.821-3/5 – São Paulo fica declarada.

O fato de não ter havido qualquer reclamação durante a sessão de julgamento é dispiciendo, por se tratar de nulidade absoluta.

Pelo exposto, acolhem a primeira preliminar, dando provimento ao apelo para anular o julgamento, mantida a prisão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Gomes de Amorim (Presidente) e Dante Busana, com declaração de voto em separado.

São Paulo, 22 de outubro de 1998 – Denser de Sá, Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO-VENCEDOR

1. Por irregular a constituição do órgão julgador também anulo o Júri.

2. Como cediço, o Conselho de Sentença deve ser composto por sete jurados escolhidos por sorteio entre os vinte e um anteriormente sorteados para a sessão (arts. 427 e 428 do CPP), que só se instalará se ao menos quinze deles comparecerem (art. 442).

Nesta capital, onde há cinco Varas do Júri, com tantos plenários quantos necessários (arts. 1.º e 2.º da Resolução 15 do Órgão Especial desta Corte, de 03.12.1986), cada uma tem seu Corpo de Jurados, composto por até 1.250 membros (art. 3.º).

Assim, a 1.ª Vara do Juri – Zona Centro, como as demais, retira desse Corpo de Jurados, mediante sorteio para a sessão de cada um de seus oito plenários, vinte e um jurados. Foi o que se fez para o julgamento do apelante, no Plenário B.

Só treze jurados atenderam ao chamamento, o que impedia a instalação da sessão (art. 442 do CPP). Assim não entendeu o magistrado, porém, que mandou chamar duas juradas sorteadas para outro plenário e com elas completou o número legal. Uma delas acabou compondo o Conselho de Sentença.

Com surpresa para as partes, privadas do conhecimento antecipado de quais pessoas poderiam integrar o órgão julgador, constitui-se este com jurada estranha à "urna dos vinte e um", ou "urna pequena", e, portanto, não legitimada a compor o Conselho de Sentença daquele Plenário.

Infringiu-se a lei processual e a garantia constitucional do juiz natural, o que importa em nulidade absoluta, não condicionada a alegação oportuna e prova de prejuízo.

Comentando o art. 2.º do Dec.-lei 167, de 05.01.1938, onde se lia que "o Tribunal do Júri compõe-se de um juiz de direito, que é o seu presidente, e vinte e um jurados, sorteados dentre os alistados, sete dos quais constituirão o conselho de sentença em cada sessão de julgamento", escreveu Edgar de Moura Bittencourt: "nulo é o julgamento (...) em que serve como jurado, no conselho julgador uma pessoa cujo nome não consta do edital de convocação do júri, nem da lista suplementar" (*A instituição do júri*, Saraiva, 1939, p. 25-26.).

A lição continua atual.

Dante Busana.

10. JURISPRUDÊNCIA

10.1.2

A FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL: COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

CARMEN SILVIA DE MORAES BARROS

PENA. Individualização. Atenuante. Fixação abaixo do mínimo legal.

Ementa: O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5.º, XLVI) materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima, enfim, considerar todas as circunstâncias do delito. A cominação, estabelecendo grau mínimo e grau máximo, visa a esse fim, conferindo ao juiz, conforme o critério do art. 68, CP, fixar a pena in concreto. A lei trabalha com o gênero. Da espécie, cuida o magistrado. Só assim, ter-se-á Direito dinâmico e sensível à realidade, impossível de, formalmente, ser descrita em todos os pormenores. Imposição ainda da justiça do caso concreto, buscando realizar o direito justo. Na espécie sub judice, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Reconhecida, ainda, a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d). Todavia, desconsiderada porque não poderá ser reduzida. Essa conclusão significaria desprezar a circunstância. Em outros termos, não repercutir na sanção aplicada. Ofensa ao princípio e ao disposto no art. 59, CP, que determina ponderar todas as circunstâncias do crime.

REsp. 151.837/MG – 6.ª T. – STJ – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – j. 28.05.1998.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 6.ª Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, face ao empate, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Anselmo Santiago. Votou com o Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro o Sr. Min. Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Min. William Patterson.

Brasília, 28 de maio de 1998 (data do julgamento) – Min. Anselmo Santiago, Presidente; Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Relator para Acórdão.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Fernando Gonçalves:* João Bosco de Carvalho foi condenado à pena de cinco anos e seis meses de reclusão e três meses de detenção, pela prática de homicídio tentado e lesão corporal, respectivamente, incidindo, quanto ao primeiro delito, a minorante da confissão espontânea.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decretou extinta pela prescrição a sanção aplicada às lesões corporais e reduziu a pena imposta à tentativa, fixando-a em três anos e onze meses de reclusão.

Daí o presente recurso especial, interposto com fulcro na alínea *c* do permissivo constitucional, no qual o Ministério Público aduz dissídio jurisprudencial no tocante à impossibilidade da circunstância atenuante reduzir a pena aquém do limite mínimo cominado ao crime em espécie.

Apresentadas as contra-razões e admitido na origem, ascenderam os autos a esta Corte.

VOTO-VENCIDO – *O Exmo. Sr. Min. Fernando Gonçalves* (Relator): O recurso merece provimento.

Conquanto a aplicação da circunstância atenuante seja de caráter obrigatório, não deve importar em fixação em *quantum* aquém do mínimo legal cominado à pena privativa de liberdade.

Neste sentido, decidiu esta Corte, quando do julgamento do REsp. 146.056, da lavra do Min. Felix Fischer, in *DJU* 10.11.1997, *verbis:*

"Penal. Art. 12, da Lei 6.368/76. Consumação e tentativa. Aplicação da pena privativa de liberdade. Limite de incidência das atenuantes reconhecidas.

I. Se o agente, trazendo consigo ou transportando a droga, é detido quando pretendia exportá-la, o delito previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 está consumado, sendo irrelevante, em sede de tipificação, a tentativa de exportação.

II. A majorante do art. 18, inc. I, da Lei de tóxicos alcança as hipóteses de 'trazer consigo' ou do 'transporte da droga' visto que se considerou demonstrado o 'tráfico com o exterior'.

III. As atenuantes (no caso, as do art. 65, inc. I e art. 65, inc. III, letra *d*, do CP) nunca podem levar a pena privativa de liberdade para nível aquém do mínimo legal que é, até aí, a reprovação mínima estabelecida no tipo legal. Recurso conhecido e desprovido."

A propósito, vale transcrever, ainda, decisão proferida pelo Pretório Excelso, *litteris:* "Circunstância atenuante. Observância. Pena-base fixada no mínimo legal. Efeito. A 'observância obrigatória de circunstância atenuante pressupõe a fixação da pena acima do mínimo previsto para o tipo'" (STF – HC 69.328-08 – Rel. Marco Aurélio – *DJU*, de 05.06.1992, p. 8430).

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia 6.ª Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro-relator conhecendo do recurso e lhe dando provimento, no que foi acompanhado pelo Sr. Min. Anselmo Santiago, pediu vista o Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Aguarda o Sr. Min. Vicente Leal.

Ausente, por motivo de licença, o Sr. Min. William Patterson.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 03 de março de 1998.

VOTO-VISTA – *O Exmo. Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro* (Relator): Debate-se nestes autos, a tese de aplicação da pena abaixo do mínimo legal.

Esta Turma aceitou a tese no REsp. 68.120/MG, cuja a ementa traduz o conteúdo do julgado:

"REsp. Penal. Pena. Individualização. Atenuante. Fixação abaixo do mínimo legal. O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5.º, XLVI) materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima, enfim, considerar todas as circunstâncias do delito. A cominação, estabelecendo grau mínimo e grau máximo, visa a esse fim, conferindo ao juiz, conforme o critério do art. 68, CP, fixar a pena *in concreto*. A lei trabalha com o gênero. Da espécie, cuida o magistrado. Só assim, ter-se-á Direito dinâmico e sensível à realidade, impossível de, formalmente, ser descrita em todos os pormenores. Imposição ainda da justiça do caso concreto, buscando realizar o direito justo. Na espécie *sub judice*, a *pena-base* foi fixada no mínimo legal. Reconhecida, ainda, a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, *d*). Todavia, desconsiderada porque não poderá ser reduzida. Essa conclusão significaria desprezar a circunstância. Em outros termos, não repercutir na sanção aplicada. Ofensa ao princípio e ao disposto no art. 59, CP, que determina ponderar todas as circunstâncias do crime."

O v. acórdão, Relator o eminente Des. José Arthur, registra na fundamentação: "Motivos inexistiam para que a pena-base viesse a ser fixada em patamar elevado. O MM. Sentenciante estabeleceu para o crime de lesões corporais a pena mínima. As circunstâncias estão a indicar que o mesmo critério deveria pautar a apenação relacionada ao outro crime." (f. 165).

E mais. "Cuidando-se do réu primário e sem antecedentes criminais, fixo-lhe a pena-base em seis (6) anos de reclusão que, diminuída em um terço (1/3) pela forma tentada, resulta em quatro (4) anos. O Júri aceitou como atenuante a confissão e, em respeito à sua soberania, desconto um mês, tornando a pena em concreto e definitiva em três (3) anos e onze (11) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto." (f. 165/166).

Se assim não agisse o E. Tribunal ter-se-ia o desprezo da atenuante, reconhecido pelo Júri.

Em face do caso *sub judice*, ajustando-se ao precedente desta Turma, *data venia*, não conheço do Recurso Especial.

Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia 6.ª Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, o Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro não conheceu do recurso, tendo sido acompanhado pelo Sr. Min. Vicente Leal. Face ao empate prevalece a decisão mais favorável ao recorrido. Assim, a Turma não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, que lavrara o

acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Anselmo Santiago.

Votou com o Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro o Sr. Min. Vicente Leal.

Ausente, por motivo de licença, o Sr. Min. William Patterson.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 28 de maio de 1998.

COMENTÁRIOS

Trata o acórdão da possibilidade da fixação da pena abaixo do mínimo legal previsto para o crime. O Min. Vicente Cernicchiaro, fundamenta a admissibilidade na necessária análise de todas as circunstâncias do crime, como determina o art. 59 do CP. Anota que o desprezo de circunstância atenuante reconhecida implicaria em ofensa ao princípio da individualização da pena e do disposto no art. 59 do Código Penal.

De fato, o Código Penal de 1984 adota no art. 59 critério definido a ser utilizado pelo juiz ao determinar a medida da pena e segundo o qual cada pessoa tem o direito de ver na pena que lhe foi imposta a medida de sua culpabilidade.

O art. 59 do CP estabelece que a culpabilidade é a base da individualização da pena ao determinar que o juiz, atentando à culpabilidade, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação do crime, a pena aplicável, sua quantidade, bem como o regime inicial de cumprimento e a substituição.

Nessa declaração se reconhece o princípio da culpabilidade e se assinala que deverá haver proporcionalidade entre fato e culpabilidade individual.

Admite-se, ainda, a graduação da culpabilidade, avaliadas as circunstâncias judiciais – os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, a personalidade, antecedentes e conduta social do agente, bem como o comportamento da vítima. Deve o juiz, no ato individualizador – ao fazer seu juízo de valor – considerar também o provável efeito da pena na vida futura e na liberdade do réu.

Rechaçadas foram as teorias absolutas da pena que entendem a compensação da culpabilidade como um fim em si mesmo. Portanto, ao individualizar a pena, o juiz deve ter em mente a preocupação de que a sanção deverá, primordialmente, servir para não arrancar o condenado das condições sociais seguras, evitando ser fator de dessocialização. Cabe ao juiz evitar a aplicação da pena privativa de liberdade que favorece a reincidência e a estigmatização e, para os casos em que for inevitável sua imposição, aplicá-la no mínimo possível.

Dessa forma, quando o art. 59 do CP fala que para fixar a pena o juiz deverá atentar à personalidade e aos antecedentes do agente, está fazendo referência direta à necessidade da análise da culpabilidade individual. Ressalte-se que essa referência diz respeito à culpabilidade exteriorizada naquele fato concreto, pois no estado de direito o fato se resume a um fragmento estritamente delimitado da vida do autor e não pode implicar em uma liquidação geral de contas e a pena não poderá ser aumentada por razões que não dizem respeito à culpabilidade exteriorizada no fato[1] e, a contrário senso, poderá ser diminuída aquém do mínimo legal em razão da culpabilidade individualizada.

(1) Daí afirmar Zaffaroni que "a culpabilidade do fato não pode explicar a agravação pela reincidência nem nenhuma outra que pretenda fundar-se em uma condenação anterior (...)" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La culpabilidad en el siglo XXI. *Revista Debate Penal.* San Marcos, 1993, p. 38.).

Cabe ao juiz para individualizar adequadamente a pena analisar a culpabilidade, as circunstâncias legais e por último as causas de aumento e diminuição. A pena só estará corretamente individualizada se todas essas circunstâncias foram corretamente relevadas.

Observe-se, também, que ao individualizar a pena, o juiz, à parte a observação dos critérios estabelecidos no Código Penal, está vinculado aos princípios do estado de direito.

Por sua inegável carga garantística, o princípio da individualização da pena é irrenunciável. Dos princípios constitucionais resulta de forma imediata que toda e qualquer forma de exercício do poder deverá estar voltada para sua gradual efetivação e que toda forma de arbitrariedade e violência do poder é ilegítima.[2]

Para que as garantias constitucionais sejam efetivadas é necessário que tenham real operatividade e que cumpram a função de tutela da dignidade da pessoa humana. Assim não bastam bonitos discursos ou boas leis, é necessário que as decisões judiciais – quer de conhecimento, quer executórias – estendam esses princípios até as máximas possibilidades de realização. Os juízes estão vinculados aos princípios constitucionais e não podem contrariá-los através de suas decisões.

Sob essa ótica, a individualização da pena implica em atenta observação do art. 59 do CP, tendo em vista a livre realização personalidade do sentenciado e sua não-dessocialização – evitando-se que a pena, em razão de suas conseqüências danosas, acrescente um *plus* de castigo que ultrapassa a medida da culpabilidade pelo fato. Para tanto, ao se aplicar e ao se executar penas há que se ter presente que o crime tem suas origens em causas culturais, sociais e psicológicas e que os custos das penas devem ser inferiores às vantagens que proporcionam. Não se pode tampouco perder de vista que o sistema penal seleciona pessoas arbitrariamente – há muitas outras pessoas que fizeram o mesmo que o selecionado e não foram e nem serão criminalizadas.[3]

A culpabilidade pelo ato não pode prescindir de sua realidade fundamentadora: a pessoa. É através da análise da culpabilidade que o juiz estabelece o máximo de pena compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa e de garantia do livre desenvolvimento de sua personalidade. Se os fins da pena, como teorias que indicam a missão que tem a pena pública, são um meio adequado para concretizar o juízo de culpabilidade, pois ao dar sentido à pena podem também dá-lo ao juízo de culpabilidade, ao estabelecer a medida da pena, o juiz deverá ter em consideração que em razão da seletividade do poder e dos fins de

(2) "Os discursos jurídicos penais mais perigosos (por genocidas) não são os que mostram e expressam uma antropologia aberrante, senão os que a ocultam sob disfarces humanistas; os primeiros são facilmente neutralizáveis, os segundos se amparam em sua nebulosidade e em sua permanente mudança de nível de discurso, que impede todo diálogo" (ZAFFARONI. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal.* 2. ed. Santa Fé de Bogotá : Temis, 1993, p. 174).

(3) ZAFFARONI. *En busca de las penas perdidas...*, op. cit., p. 203. Transcreva-se as palavras do próprio autor: "A seleção que leva a cabo o poder punitivo implica, em certa medida, o fracasso do autor na empresa em que a imensa maioria tem êxito, é dizer, em permanecer no anonimato do universo em que se acham todos os demais que cometem delitos". Ainda a esse respeito, afirma Elias Neumann: "Todos, e não sempre os mesmos, deveríamos ir por um tempo à prisão. Ninguém está isento de culpa penal" e prossegue afirmando que os presos deveriam ser chamados de "tecnicamente delinqüentes", por serem, num sistema seletivo, os que caíram sob a égide da polícia, logo da justiça e da administração carcerária, "porque bem se sabe que nos presídios 'não estão todos os que são'". (*Prisión abierta.* Buenos Aires : Depalma, 1984, p. 20-21).

não dessocialização e de controle da violência interventiva estatal que tem a pena no direito penal de garantias, a medida da pena deverá ser a menor possível.

Considerada a pessoa individual, o princípio da legalidade é garantia de estabelecimento do limite máximo da pena e, como conseqüência, a aplicação de uma pena abaixo do mínimo não afeta o princípio da legalidade. "Nesse sentido, cremos que a culpabilidade do fato constitui um elemento utilíssimo para corrigir as tendências terroristas do legislador penal".[4]

Assim, adotados os princípios da individualização da pena e da culpabilidade não se pode mais falar em impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal – qualquer vedação nesse sentido é inconstitucional. Assim não fosse, e a aplicação da pena poderia seguir critérios exclusivamente matemáticos. No entanto, a análise do caso individual, em razão de sua complexidade e diversidade, obsta a culpabilidade vinculada a limites mínimos. Portanto, cabe ao juiz, relevando as circunstâncias do caso concreto: grau de exposição do agente à criminalidade,[5] suas condições pessoais, a situação particular em que levou a cabo a prática delitiva, forma de execução e conseqüências do crime, comportamento da vítima, estabelecer a medida de pena compatível com a culpabilidade vista sob a ótica do direito penal mínimo.

(4) ZAFFARONI. La culpabilidad en el siglo XXI. Op. cit., p. 42. Também contra a previsão de limite mínimo para as penas, Ferrajoli assim se coloca: (...) "em meu entender, ao menos para as penas privativas de liberdade não está justificada a estipulação de um mínimo legal: seria oportuno, em outras palavras, confiar ao poder eqüitativo do juiz a seleção da pena abaixo do máximo estabelecido pela lei, sem vinculá-lo a um limite mínimo ou vinculando o a um limite mínimo muito baixo". (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal.* Trad. Perfecto Andrés Ibanés, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mahino, Juan Terradilhas Basaco, Racio Cantarero Bandrés. Madrid : Trotta, 1997, p. 400).

(5) Chamado por Zaffaroni de grau de vulnerabilidade, implica em menor pena quanto maior seja a situação de vulnerabilidade para o crime vivenciada pelo autor e isso porque quanto mais limitada se encontre a pessoa em razão de sua posição vulnerável, menor autonomia terá para a realização do injusto e, assim, o estado de maior vulnerabilidade deverá gerar um baixo nível de culpabilidade pela vulnerabilidade. Segundo Zaffaroni, a culpabilidade pela vulnerabilidade não implica em exclusão da análise dos demais elementos da culpabilidade, mas tem a vantagem de servir de limite máximo à violência tolerada da atividade judicial. (*En busca de las penas perdidas...*, op. cit., p. 217 *et seq.*).

11. LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

11.1

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO RELATÓRIO FINAL DA CPI DO CRIME ORGANIZADO

Este Relatório Final conterá as seguintes partes:

- Formação, objeto, composição, estrutura e funcionamento da CPI;
- O que é crime organizado no entendimento da CPI;
- Formas, manifestações, desenvolvimento do crime organizado em São Paulo;
- Ação policial e ação fiscal sobre o crime organizado;
- Propostas legislativas e para as instituições públicas ;
- Sugestões para uma nova CPI;
- Encaminhamentos do Relatório Final;
- Anexo I – Resumo e comentário dos principais fatos investigados pela CPI, e
- Anexo II – Outros fatos investigados pela CPI.

PARTE 1
FORMAÇÃO, OBJETO, COMPOSIÇÃO, ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DA CPI

A) FORMAÇÃO

A CPI do crime organizado começou a funcionar em 10.04.1995. Tinha um prazo de 90 dias para concluir seus trabalhos. É comum, na Assembléia Legislativa de São Paulo, que as CPIs sejam requeridas com prazo curto, e assim aprovadas pelo plenário dos deputados. Depois, através de novo ou novos requerimentos ao plenário, elas podem prolongar o seu tempo de vida. A Assembléia tem assim condições de avaliar seu funcionamento. Todos os poderes da CPI pertencem à Assembléia, que os exerce através dela, e que é representada nela por deputados escolhidos conforme a proporcionalidade dos partidos no Legislativo.

Esta CPI teve a mais longa duração na Assembléia, beirando quatro anos de atividades. Foi prorrogada 14 vezes. Tornou-se uma espécie de comissão permanente, o que estaria em contradição com o caráter temporário das comissões de inquérito. No entanto, esta temporariedade se manifestou pela necessidade de periódica aprovação de seu prosseguimento no plenário e ao cessar necessariamente, por determinação regimental, na conclusão da legislatura.

B) OBJETO

A CPI do crime organizado, oficialmente, tem um nome mais longo: "Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembléia Legislativa de São Paulo, constituída com a finalidade de investigar o desenvolvimento do crime organizado no Estado, nas suas diversas formas e manifestações, e apurar as razões de seu incremento, inclusive as que se devem à corrupção de agentes públicos que dele participam ou lhe dão proteção".

O nome e a definição da CPI dá por existente uma categoria de crime não citado e nem definido no nosso Direito Penal: o crime organizado. Por isso houve duas polêmicas, enfrentadas logo no início e persistentes até o seu final: o que é crime organizado? Ele existe em São Paulo?

Este Relatório Final, com seus anexos, precisará dar conta, entre outros, dos seguintes resultados do longo período de investigações:

O que a CPI entende por crime organizado?

A CPI concluiu ou não pela existência de crime organizado no Estado de São Paulo?

Quais são as diversas formas e manifestações deste crime no Estado?

Qual é o desenvolvimento que vem tendo este tipo de crime?

Comprovou-se a corrupção de agentes públicos e a participação deles neste crime?

A CPI deve, pela própria definição constitucional deste instrumento, pesquisar fato ou fatos

determinados. A Assembléia Legislativa de São Paulo, ao aprovar a CPI, entendeu o significado da palavra 'fato' em seu sentido conceitual largo e não em seu sentido estrito. Entendeu, por conseqüência, a expressão 'fato determinado' como um gênero de acontecimentos, determinado em relação a outros gêneros. A Assembléia de São Paulo não inovou nisso. Em sua tradição e na de outros parlamentos do País, há vários outros exemplos desta amplitude na interpretação do Texto Constitucional. A Câmara Federal teve, nesta década, uma 'CPI do Narcotráfico', distinguindo como objeto de investigação este gênero de atividade criminosa, povoado de fatos e assumindo várias espécies, de outros gêneros em que se exerce o crime.

A doutrina jurídica brasileira prefere o entendimento de que as CPIs devem tratar de fato ou fatos individuais e não fatos genericamente enunciados. No entanto, conforme se encontra em muitos doutrinadores do direito brasileiro, a finalidade das CPIs, inseridas na prerrogativa fiscalizadora do Poder Legislativo, além de apurar fatos administrativos, econômicos, financeiros, sociais, penais e de levantar indícios, provas, autoria, busca obter elementos para a elaboração legislativa, para sugerir medidas aos outros poderes, e, para encaminhar suas conclusões ao Ministério Público, se for o caso.

A CPI do Crime Organizado, como se pode ver neste Relatório Final e em seus relatórios parciais já publicados, conseguiu atender a estas finalidades dentro do seu campo definido de investigação.

C) COMPOSIÇÃO, ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO

A CPI foi composta por 13 deputados. Em face de seu longo tempo de existência, sofreu alterações na composição, definida por indicação dos respectivos líderes, conforme a proporcionalidade das representações partidárias.

Em face das diversas espécies reconhecidas no gênero 'crime organizado', a CPI optou por se concentrar em três modalidades importantes de crime: o furto e roubo de veículos, o tráfico de entorpecentes e o roubo de cargas.

Foram ouvidas no total 141 pessoas: autoridades da área de segurança pública, sobretudo policiais; especialistas, pesquisadores; testemunhas e suspeitos. Seus depoimentos encontram-se integralmente nas atas da Comissão.

A CPI foi dividida em grupos de trabalho para investigar casos exemplares para os temas propostos. Esta medida permitiu multiplicar as investigações, dividir tarefas, deslocar-se para vários pontos do Estado.

A CPI organizou mais de 10 atividades de investigação em locais prévia e sigilosamente observados pela sua assistência policial. Estas atividades foram feitas em conjunto com forças especialmente designadas pela Polícia Militar, Polícia Civil e Secretaria da Fazenda. Tiveram, como resultado imediato, 29 prisões em flagrante, apreensão de mercadorias ilícitas e de documentos e autuação do Fisco. As investigações posteriores da CPI ou da Polícia Civil e a atuação do Ministério Público resultaram em processos na Justiça e em várias condenações.

Por cautela e por atenção ao Poder Judiciário, estas atividades externas eram de prévio conhecimento de seu Departamento de Inquéritos Policiais da Capital, ou órgão correspondente em outras cidades. Os 'poderes de investigação próprios das autoridades judiciais' foram usados com muita parcimônia pela CPI, para evitar demandas judiciais que levassem a atrasar, paralisar ou prejudicar as atividades.

A CPI costumava, como regra, primeiro convidar os depoentes ao comparecimento. Caso não atendessem, convocava-os, e, se não comparecessem, determinava sua condução coercitiva por força policial. Nas ações externas, a Polícia Civil, que participava da ação antecipadamente anunciada ao Poder Judiciário, ia munida do devido mandado de busca e apreensão. Posteriormente, a CPI fundamentadamente se socorria do Poder Judiciário para obter as informações bancárias, telefônicas e fiscais dos suspeitos.

O Ministério Público, através do seu Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado (Gaeco), que funciona junto à Procuradoria Geral de Justiça, era informado constantemente dos resultados da CPI. Sempre que se encerrava uma investigação, com indícios ou provas, era elaborado um relatório parcial, imediatamente enviado com todos os documentos probatórios e transcrição dos depoimentos ao Ministério Público. Dos 12 relatórios parciais feitos, seis foram enviados ao Ministério Público, por terem sido considerados adequados e fundamentados para sua ação.

A existência de uma CPI desta natureza na Assembléia, levou a que, em três momentos, ela investigasse assassinatos: foi o caso da morte e

agressões na Favela Naval, em Diadema (depois houve uma CPI específica para isso); o caso do assassinato do Secretário das Finanças de Guarulhos; e o caso do assassinato do Vereador Gilmar Arena, em Suzano.

PARTE 2
O QUE É CRIME ORGANIZADO NO ENTENDIMENTO DA CPI

O conceito de crime organizado tem sido discutido, em todos os países, por especialistas em direito, em criminologia, em sociologia, por policiais e por políticos. Esta CPI, formada de deputados representando a Assembléia Legislativa de São Paulo, teve esta missão de expressar o grau atual de entendimento dos políticos que a compõem sobre o tema e tirar conclusões práticas deste entendimento. Para isso se dedicou à investigação dos crimes e das organizações criminosas, e abriu seus ouvidos às opiniões de especialistas da Polícia, do Ministério Público e do Judiciário.

Não existe no Brasil definição legal sobre o que seja crime organizado. Não há em nosso sistema jurídico este tipo de crime. O que mais se aproxima dele é o tipo 'quadrilha ou bando' definido no art. 288 de nosso Código Penal.

Mas, em 1995, foi sancionada a Lei 9.034 que introduz a expressão 'organizações criminosas', e trata dos meios operacionais de prevenção e repressão delas. No entanto, ela não define o que significa esta expressão, continuando pois a prevalecer a definição de quadrilha ou bando conforme o Código Penal: "Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes". A doutrina jurídica e a jurisprudência deixaram claro que este tipo penal pressupõe a permanência do vínculo associativo, como já disse o jurista Nelson Hungria: "reunião estável ou permanente (o que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes".

Quando da tramitação da Lei 9.034 no Congresso Nacional, iniciada em 1990, a Câmara dos Deputados chegou a aprovar um novo conceito de organização criminosa que se acrescentava aos já consagrados de quadrilha ou bando: "organização que se serve das estruturas ou é estruturada ao modo de sociedades, associações, fundações, empresas, grupo de empresas, unidades ou forças militares, órgãos, entidades ou serviços públicos, concebidas, qualquer que seja o princípio, pretexto, motivação ou causa, para cometer crimes ou alcançar objetivos cuja realização implica a prática de ilícitos penais". O texto aprovado, ainda denominava de crime organizado a participação em, ou a cooperação com, quadrilhas, bandos e tais organizações criminosas. Ele foi depois modificado no Senado e não constou do texto final aprovado.

Os deputados federais destacavam no novo conceito a estrutura complexa da organização (semelhante a fundações, empresas, unidades militares e órgãos públicos).

O jurista Luiz Flávio Gomes, em livro sobre o tema, criticou, por insuficiente e pouco claro, o texto então proposto pelos deputados. Ele sugere que seja entendida como organização criminosa a associação ilícita que reunir ao menos três das seguintes características: previsão de acumulação de riqueza indevida; hierarquia estrutural; planejamento empresarial; uso de meios tecnológicos sofisticados; recrutamento de pessoas; divisão funcional das atividades; conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agentes do poder público; ampla oferta de prestações sociais; divisão territorial das atividades ilícitas; alto poder de intimidação; real capacidade para a fraude difusa; conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa.

Como se vê, a construção do conceito de crime organizado ou de organização criminosa é deveras complexa.

Por isso, o conhecido jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, deu recentemente este título a um artigo seu: "Crime Organizado: uma categorização frustrada". Mesmo com este negativismo ele dá pistas interessantes, como esta: "Frank Hagan revisou definições do crime organizado compulsando 13 autores, tendo observado consenso entre eles nos seguintes pontos: a) implica uma empresa permanente, que opera racionalmente para obter benefícios mediante atividades ilícitas; b) sustenta sua ação mediante violência real ou suposta; c) envolve corrupção de funcionários públicos".

Tentando simplificar o conceito, o jurista alemão, Wienfried Hassemer, considera que um conceito útil de crime organizado precisa isolar um potencial de ameaça qualitativamente novo. Este potencial ele vê na usurpação ou infiltração de instâncias centrais da ordem estatal, procedido por organizações criminosas. Ele diz ainda que: "Somente quando seja possível influenciar criminosamente a definição, a elucidação ou o julgamento de violações penais é que a estrutura criminosa ter-se-á

estabilizado. Neste momento confundem-se os limites entre criminalidade e combate à criminalidade que constituem um estado de direito".

Nas ciências sociais também há vários estudos sobre o entendimento do que é o crime organizado. O cientista social Guaracy Mingardi, em sua tese de doutorado sobre o tema, apresentada na USP em 1996, distingue o modelo tradicional, que teria entre nós uma forma aproximada no jogo do bicho, e o modelo empresarial, mais comum no País. Para ele o modelo tradicional possui sistema de clientela (com lealdade e obrigação), impõe a lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas, controla pela força de determinado território, cultiva o conceito de honra, além de outras características também existentes no modelo empresarial: hierarquia própria, planejamento empresarial, divisão de trabalho, previsão de lucros, uso da violência ou da intimidação e proteção de setores do Estado.

Para lembrar a diversidade do crime organizado, o cientista Willian Chambliss escreveu um livro sobre o crime organizado estatal (pirataria, assassinatos por apoio ou com ordem superior, venda ilegal de armas, terrorismo etc.).

Antes de passarmos a nossas conclusões a respeito do entendimento sobre o crime organizado em São Paulo, vejamos opiniões que demonstram entre nós a disparidade de entendimento e de pontos de partida.

Em relatório parcial desta CPI, feito em fevereiro de 1996, assim resumimos os debates sobre o assunto ocorridos nela: "A quase totalidade das autoridades e especialistas ouvidos concorda com a denominação de crime organizado para as atividades relacionadas com o roubo e furto de veículos, roubo de cargas e tráfico de entorpecentes. Todos concordam, porém, que o estágio em que se encontra o crime organizado em São Paulo tem sua especificidade, que o distingue do estágio alcançado em vários outros países, ou até, dentro do País, das características do tráfico de entorpecentes no Rio de Janeiro. Discordou do emprego desta denominação para São Paulo apenas o delegado geral da Polícia Civil, Antonio Carlos de Castro Machado, que, usando o conceito de crime organizado tirado do modelo da máfia, com líderes consolidados, hierarquia rígida, influência nos três poderes de governo, afirmou não existir crime organizado em São Paulo, existindo apenas quadrilhas".

Reafirmando a linha de pensamento do delegado geral, o delegado Carlos Antônio Guimarães de Sequeira, em tese sobre o crime organizado, apresentada em 1996, conclui: "Inexistem no País, com base local, até o momento atual, organizações criminosas ao estilo mafioso; (...) Há quadrilhas fortemente estruturadas no jogo do bicho, roubo de cargas, furto e roubo de veículos, roubo a bancos, homicídios em série, tráfico ilícito de entorpecentes, baseadas no Brasil, com potencial de se transformarem em organizações criminosas no sentido internacional do termo".

O problema dos delegados citados está em que circunscrevem o conceito de crime organizado a um modelo concreto: a máfia (italiana ou americana).

Porém, aqueles que, nos depoimentos à CPI, consideraram existir aqui formas de crime organizado, reconheceram haver uma especificidade local destas organizações, mas que não é suficientemente resolvida no tipo legal de quadrilha ou bando. Concordaram todos que há necessidade de um entendimento mais claro da nova qualidade adquirida por estas associações criminosas para a prevenção e repressão delas e que há necessidade deste entendimento expressar-se numa adequação legislativa, como veio sendo tentado na última década no Congresso Nacional.

O secretário de Segurança Pública, José Afonso da Silva, que dirigiu a Secretaria nos quatro últimos anos, foi indagado na CPI sobre a divergência entre os chefes das duas polícias: o delegado geral, que discordava da existência em São Paulo do crime organizado; e o comandante geral da Polícia Militar, coronel Claudionor Lisboa, que afirmava sua existência, e considerava como suas características, organização empresarial, estrutura definida, hierarquia própria, objetivos específicos, aliciamento de pessoas importantes, armamento pesado, planejamento e sofisticação dos meios empregados.

As concepções do secretário de Segurança foram conformes com o pensamento predominante de que existe crime organizado em São Paulo. Citou o jogo do bicho como organização criminosa que não se limita à contravenção, lançando mão da corrupção, assassinato e exploração de outras atividades criminosas, inclusive o tráfico de entorpecentes. Valeu-se ainda de monografias sobre o crime organizado feitos em 1994 e 1995 pelos tenentes-coronéis da PM paulista, Antônio Galvão Leal de Queiroz e Josué Álvares Pintor, que concluem pela sua existência em São Paulo. A partir destes estudos concluiu que existem algumas organizações mafiosas chinesas e japonesas circunscritas às comunidades

asiáticas em São Paulo, e que se pode falar no crime organizado no roubo de cargas. Quanto ao tráfico de drogas, o secretário afirma: "O narcotráfico é um empreendimento que caracteriza crime organizado, embora o sistema de microdistribuição do crack não aparenta essa característica".

A partir das investigações da CPI, podemos identificar como especificidade local das organizações criminosas mais desenvolvidas, por nós observadas, as seguintes:

– elas têm a forma de empresa, com sede visível, registro nos órgãos públicos, relações com o fisco, hierarquia estável, custos e lucros previsíveis, atividades e negócios legais simultâneos às atividades e negócios ilícitos;

– elas se articulam ou associam-se com outras organizações semelhantes;

– elas utilizam a violência e a ameaça como meio, quando necessário em alguma fase de suas atividades;

– elas contam com a participação de agentes públicos ou os influenciam corrompendo-os.

Consideramos o conceito de quadrilha ou bando insuficiente para dar conta destas características. Enquanto as instituições públicas de todo tipo restarem estáticas nele, ficarão cada vez mais despreparadas para o controle destes fenômenos. Quanto mais o tempo passar com esta indefinição, mais a sociedade e o Estado perderão em capacidade para deter estas organizações criminosas. Será natural então que, mais à vontade, estas organizações se desenvolvam, e algumas delas, seguindo a vocação de empresa, absorvam as concorrentes pela concentração de capitais e de poder, no seu ramo de atividade ilícita, ou se expandam para outras atividades ilícitas. E, mais fortes, façam crescer a sua influência sobre a sociedade e o Estado.

A organização do jogo do bicho, enraizada social e institucionalmente, pode servir como alerta. O Estado ao definir o jogo como ilegal, criou o estímulo para organizações ilícitas. Ao defini-lo como contravenção e não como crime, portanto um ilícito de menor poder ofensivo e com menor pena, facilitou o seu desenvolvimento. Ainda, ao definir o tipo de quadrilha ou bando como associação para o cometimento de crimes, excluiu dele, portanto, o jogo do bicho. Esta sucessão de erros de tipificação e de conceituação permitiram a criação de organizações que passaram a cometer sistematicamente o crime de corrupção de agentes públicos, de ameaça aos concorrentes, e em alguns casos, os crimes de homicídio, de narcotráfico, e mais outros. Todos de difícil desvendamento e prova. Geraram-se, assim, organizações poderosas, com influência nas cúpulas das polícias, no Poder Executivo, no Poder Legislativo e no Poder Judiciário. Até hoje o Estado brasileiro não conseguiu desfazer este nó em que se amarrou.

Por isso, observadas as devidas diferenças em relação ao exemplo anterior, o Estado brasileiro deve se orientar por um novo conceito e um novo tipo de associação criminosa, para sua mais eficiente intervenção fiscal, econômica, social, policial e judicial. Não pode assistir ao desenvolvimento de organizações ilegais, ancorado em tipos e conceitos insuficientes para atender à sua gravidade. O Poder Legislativo de São Paulo precisa deste novo conceito para orientar, autorizar ou sugerir a intervenção do Executivo. E, sobretudo, o Poder Legislativo Federal necessita deste novo conceito para fazer a necessária atualização das leis, que permita um resultado mais eficaz à ação do Ministério Público e do Poder Judiciário.

PARTE 3
FORMAS, MANIFESTAÇÕES, DESENVOLVIMENTO DO CRIME ORGANIZADO EM SÃO PAULO

A CPI só pôde se dedicar a alguns casos exemplares em algumas áreas do crime organizado, para que pudesse fazer uma investigação de maior consistência. Mas é preciso delinear um panorama maior das formas e manifestações que assume o crime organizado no Estado de São Paulo, e de tudo aquilo que, embora não chegando a ser crime organizado, se relaciona com aquelas formas e manifestações. A amplitude do tema não permite, porém, a pretensão de enumerá-las todas aqui. Deixamos de fora, por exemplo, aquelas formas que podem ser chamadas de crime organizado estatal. Trataremos evidentemente de modo mais desenvolvido aquelas três formas que investigamos: o furto e roubo de veículos; o roubo de cargas e o tráfico de drogas.

A) ORGANIZAÇÃO E ECONOMIA DO TRÁFICO DE DROGAS ILEGAIS

A população tem um contato maior com o microtráfico que se espalha nos pontos de tráfico espalhados nos bairros e favelas das cidades de todo o Estado, as chamadas 'bocas'. Estes pon-

tos de venda de maconha, cocaína e crack, podem ser bares, esquinas, barracos e casas, com número variado de integrantes e de consumidores. Normalmente, os microtraficantes são também consumidores, que vendem a droga para pagar o seu uso, e obter algum ganho para outras necessidades. As crianças e adolescentes são muito usadas como mão-de-obra no microtráfico. Os consumidores são jovens e adultos de todas as classes sociais. A vizinhança do ponto pode aquilatar isso observando o aspecto das pessoas e os meios de locomoção: há os que vêm comprar a droga a pé ou de bicicleta, vestidos modestamente, há os que vêm com carros e vestes típicas das classes médias e ricas.

A vida da vizinhança é muito perturbada pelos pontos de drogas. Há o temor de que os filhos adotem o vício. Há o temor de furtos e roubos dos viciados para poderem comprar a droga. Há o medo da violência decorrente de brigas de traficantes, de confrontos com a polícia, de cobrança de dívidas dos usuários. Há, também, o temor de represálias no caso de denúncia feita aos órgãos de segurança pública.

O dono do ponto de drogas, também habitualmente reconhecido pela população, pode ser chamado de pequeno traficante. Existem pequenos traficantes que não têm seu próprio ponto, mas abastecem alguns pontos. O pequeno traficante normalmente tem um outro negócio lícito ou tolerado como fachada (bar, borracharia, mecânica, lava-rápido, barraca de camelô etc). Ele é o distribuidor para os micros, que não têm dinheiro, nem conhecimento para atuação solo.

O pequeno traficante pode ser definido como o chefe de uma quadrilha, onde a hierarquia não é rígida, mas se exerce pela liderança pessoal e relação comercial. Se não levarmos em conta as suas relações com o sistema formado pelo tráfico, esta organização ficará muito bem definida no conceito penal de quadrilha ou bando: associação de quatro ou mais pessoas para cometer crimes.

O perfil mais comum do pequeno traficante paulista, segundo levantamentos do Departamento de Narcóticos da Polícia Civil é de homem, branco, brasileiro, paulista, com escolaridade de primeiro grau ao menos, solteiro, profissionalizado, com alguma fachada de atividade legal. Quando casado, a mulher pode ser auxiliar ou substituta de sua atividade criminosa no caso de sua ausência por prisão ou viagem.

O pequeno traficante pode comprar diretamente a droga de distribuidores no Mato Grosso do Sul ou no Mato Grosso. Raramente atravessa a fronteira. Mais uma vez, se manifesta sua autonomia como chefe de organização em quadrilha ou bando. Ele também pode, e isto é o mais comum, adquirir a droga de um distribuidor em sua própria cidade ou em alguma outra cidade do Estado de São Paulo.

A evolução de pequeno para médio traficante pode ocorrer com quem começa no tráfico para complementar a renda, depois o transforma em seu negócio principal e depois o amplia. Há muitos donos de ponto que não têm contato direto com o usuário, e criam, por isso, uma estrutura de gerentes para a venda. A subida da categoria de pequeno para médio pode ser rápida, em face da alta lucratividade do negócio. Depende da capacidade mercantil, da astúcia e do conhecimento da rede de distribuição e das fontes de abastecimento.

O traficante médio tem contatos nas fontes atacadistas e com as pequenas organizações de vendedores, e faz o papel de intermediário, comprando no atacado, transportando a droga e distribuindo-a aos pequenos. Para isso eles têm que constituir uma organização, que vista isoladamente, também pode estar contida no conceito de quadrilha ou bando, mas, que vista no conjunto da rede comercial, já constitui crime organizado. Os traficantes médios mais cautelosos até procuram agir de um modo mais solitário, organizando em torno de si um mínimo de pessoas de confiança. Eles procuram terceirizar o serviço de transporte da droga, contratando um ou alguns intermediários. Estes têm responsabilidade de indenizar a mercadoria que foi paga caso não chegue a quem a encomendou. As fontes de abastecimento dos médios traficantes paulistas situam-se principalmente no Mato Grosso do Sul, no Mato Grosso, na Bolívia ou no Paraguai. Mas há também fontes de abastecimento junto a grandes traficantes no Estado de São Paulo.

Os grandes traficantes trabalham simultaneamente com negócios legais de médio ou grande porte (fazendas, revendedoras de veículos, hotéis, restaurantes, aeroclubes etc.) e têm atividades políticas ou boas relações com pessoas que exercem cargos públicos eletivos ou não. Há muitas histórias sobre eles, mas sua atividade criminosa concreta é pouco conhecida, e, pode-se dizer, quase nunca provada.

As fronteiras brasileiras dos Estados do Paraná, Mato Grosso do Sul e Mato Grosso com o Paraguai e a Bolívia, embora extensas, constituem um gargalo para o tráfico, como se fosse o pescoço de

uma garrafa. No pescoço estão os grandes e médios traficantes com contatos internacionais. Ele vai se abrindo para o mercado interno onde estão as centenas de pequenos traficantes paulistas e os milhares de microtraficantes.

Não basta por isso que as instituições públicas trabalhem apenas com a definição pela negativa sobre este sistema paulista de tráfico ('não é máfia', 'não é o sistema carioca'), nem que trabalhem com a definição do CP de 1940 ('são quadrilhas ou bandos'). É preciso que assumam uma visão da qualidade real do sistema, para tirar as conseqüências de como controlá-lo.

O vínculo que compõe o atual sistema paulista de tráfico é o vínculo do mercado. Trata-se de um vínculo entre quadrilhas, que têm informações umas sobre as outras, trocam informações, transacionam entre si a droga quando falta mercadoria. Os mais informados na comunidade dos traficantes sabem quem é quem, quem são os concorrentes, em que região atuam, quem são os atacadistas daquela parte do estado. Outros sabem quem são as fontes em outros estados ou nos países vizinhos. Não se trata, é verdade, de uma ou algumas macro organizações em forma de pirâmide, com hierarquia que fosse do grande chefe, aos chefes médios e pequenos, e concluísse na ampla base dos vendedores de bairro, de favela ou de porta de escola.

O sistema paulista atual do tráfico de entorpecentes é constituído, portanto, de inúmeras organizações separadas de grandes e médios atacadistas da droga e de pequenos e micro distribuidores para o consumo final. Estas organizações relacionam-se entre si, do atacado para o varejo, do atacado para o atacado e do varejo para o varejo.

Os traficantes mais bem sucedidos trabalham simultaneamente com negócios legais. Em outros casos, dissimulam sua atividade com fachada legal ou tolerada. O microtráfico trabalha apenas com a clandestinidade. Os grandes ou médios traficantes mantêm relações com agentes públicos, quando eles mesmos não o são. Têm portanto influência política e influência nas instituições do Estado e da sociedade (meios de comunicação, poder econômico etc.).

O estudo de muitos casos feito por esta CPI mostra também que as organizações de tráfico têm conseguido corromper muitos integrantes das forças policiais.

A violência real e a ameaça são essenciais para o sistema de tráfico, tanto para assegurar os pagamentos nos negócios, como para proteger os pontos de venda, ou, eventualmente, o controle sobre uma região.

A necessidade de recursos para aquisição da droga relaciona esta atividade também com outras atividades criminosas: o roubo e furto de veículos, os assaltos a banco, o roubo de cargas etc.

Por tudo isso, a CPI considera que, para o controle e repressão ao tráfico de entorpecentes é essencial entender a sua natureza de crime organizado, com as especificidades observadas.

A Polícia Civil, através do seu departamento especializado, o Denarc para a Capital e para tarefas maiores no Estado, e as Dises nas seccionais da Grande São Paulo e do Interior, consegue acesso no máximo a uma parte dos médios traficantes. Os grandes lhes são inacessíveis pela dificuldade de penetrar em seus negócios legais e pelas dificuldades do poder político, do poder econômico e do poder dos meios de informação, que eles têm ou influenciam. O campo de atuação da Polícia Civil fica então predominantemente entre os micro e pequenos traficantes.

A Polícia Militar, por sua atividade ostensiva e de patrulhamento, chega normalmente apenas aos microtraficantes.

É necessário qualidade nova no trabalho policial, sob pena de controlar ou combater o tráfico apenas pelas bordas, sem penetrar em seu núcleo mais poderoso. É deste núcleo que pode vir a evolução para um reforço do sistema, que se tomará então cada vez mais difícil de controlar e reprimir.

Os grandes movimentos de mudança nas últimas décadas foram marcados pelo crescente consumo da cocaína, em detrimento da maconha, e, mais recentemente, pela introdução do crack, que facilitou o acesso à droga pelas camadas mais pobres da sociedade. Os movimentos mais recentes, apenas precursores, pois ainda não generalizados, são caracterizados pela comercialização de drogas sintéticas, que podem explodir no uso caso sejam cortadas as fontes da cocaína.

Com a cocaína e o crack é que foi se formando o sistema atual do tráfico. É possível que ele avance numa perspectiva de monopolização por regiões, caso iniciativas neste sentido sejam tomadas. A CPI não conseguiu detectar ainda um movimento real neste sentido. Predomina entre as organizações criminosas um antagonismo que muitas vezes explode em violência e que outras fica controlado, e uma liberdade de novos territórios nas grandes e médias cidades. Os assassinatos relacionados ao tráfico são de regra execução de devedores inadimplentes ou resultado de conflitos entre microtraficantes.

Não há evidentemente uma avaliação precisa de quantas pessoas se dedicam ao tráfico de drogas e de qual o volume de dinheiro diretamente envolvido neste comércio ilegal.

A CPI não investigou o tráfico internacional de drogas que usa o Estado de São Paulo como rota, por ter considerado melhor dedicar seus esforços ao entendimento do tráfico local que afeta mais a população do Estado. Verificou-se, no entanto, a precariedade de efetivos da Polícia Federal, que têm a atribuição legal de combater este tipo de tráfico. E constatou também que não há intercâmbio oficial entre a Polícia Estadual paulista e a Polícia Federal. Há apenas trocas de informação ocasionais.

B) ORGANIZAÇÃO E ECONOMIA DO FURTO E ROUBO DE VEÍCULOS

Qualquer que seja o destino do veículo furtado ou roubado, uma das pontas do sistema está naqueles que simplificadamente são chamados de ladrões, e que na gíria paulista são chamados de 'puxadores' de carros. No caso dos automóveis, o furto é mais comum do que o roubo. No ano de 1998, de cada 100 veículos subtraídos de seu dono, 58 foram levados sem violência, longe das vistas do dono, e 42 foram arrebatados com violência ou ameaça. No caso dos caminhões, a forma mais comum é o roubo, com seqüestro do motorista, até que o caminhão seja recolhido a local seguro. As mesmas pessoas, ora furtam, ora roubam. No ano de 1998 foram furtados ou roubados 175 mil veículos no Estado de São Paulo.

Quando o veículo chega nas mãos dos que são chamados de receptadores, e que lhe darão o destino, estabelecem-se diferenças na forma de organização em face da forma e local como será comercializado. Há evidentemente os casos, de que não iremos tratar, em que o veículo não se destina à comercialização, sendo usado apenas como meio para outro crime (assalto e seqüestro) e logo depois abandonado.

Quando o destino é a venda do carro inteiro no País, em feiras de automóveis e revendedores, há toda uma técnica própria de adulteração das numerações ou características do veículo e troca de placas. Este trabalho é feito normalmente em oficinas mecânicas ou locais ocultos, exclusivos para isso.

Para obter os dados necessários e a documentação nova do veículo, as organizações criminosas precisam, de regra, ter relações com funcionários do Detran, na Capital, e das Ciretrans, na Grande São Paulo e Interior, obtendo lá os documentos em branco, por corrupção, ou furto. Podem também usar a segunda via de documentos de outro carro, ou os documentos de veículo comprado nos leilões de carros sinistrados, ou mandar imprimir os documentos.

Quando o destino é deixar que o carro seja recuperado pelas empresas especializadas ou por policiais, nada é necessário fazer, a não ser ocultar o carro e fazê-lo aparecer no momento adequado.

Quando o destino é a exportação para países vizinhos, há a necessidade dos contatos internacionais que os recebam, documentem, comercializem, e necessidade dos encarregados de levar os veículos ao exterior.

Quando o destino é o desmonte ou 'corte' do veículo para sua venda em peças, haverá o setor de produção que desmonta o veículo e o setor de comercialização que vende as peças no atacado ou no varejo. O estabelecimento onde é feita a comercialização é chamado em São Paulo de 'desmanche' e no Rio de Janeiro de 'ferro-velho'.

A CPI se dedicou principalmente à investigação dos desmanches de automóveis e caminhões. Não conseguiu se aprofundar o suficiente na investigação do uso de leilões de veículos sinistrados para legalizar carros roubados, nem naquilo que ocorre com recuperadoras de veículos roubados e com empresas seguradoras. A informação generalizada é que elas pagam de costume 10% do valor do veículo recuperado para os policiais que o encontraram. Estes, muitas vezes, pagam ao ladrão para deixar o veículo onde será localizado. Faltou ainda investigar as feiras e lojas de venda de automóveis usados, onde se comercializam inteiros os veículos roubados ou furtados, após adulterar sua numeração e documentá-los como se fossem legais.

Vamos detalhar as características que assumem as organizações criminosas que se dedicam ao desmanche de veículos roubados ou furtados, relacionando-as com a nossa indagação sobre o crime organizado.

Normalmente, as organizações criminosas que atuam com desmanches são constituídas de: a) chefe ou chefes (proprietários reais do desmanche ou da rede de desmanches); b) pessoa ou pessoas que emprestam o nome para figurar como proprietários legais (testas-de-ferro); c) gerente de desmanche; d) 'puxadores' ou ladrões, e cortadores ou 'picadores' (setor de produção); e) vendedores, braçais (que podem ser cortadores), funcionários do escritório (setor de comercialização); f) conta-

dor e advogado (setor de cobertura); g) policiais (setor de cobertura e de segurança).

Há organizações que têm diversos estabelecimentos para atender a centros diversos de comercialização. Algumas têm locais diversos para cada uma das fases do processo (local de guarda e desmonte, depósito e local de venda ao público). Outras agrupam no mesmo local o desmonte (imediato) do veículo, o depósito e a comercialização. Há serviços que são terceirizados para os especialistas em roubar ou furtar o veículo – terceirização mais comum – ou – mais rara – para aqueles que só se dedicam a desmontar o veículo.

O intercâmbio comercial entre estas organizações é grande. Algumas só se dedicam ao atacado de peças, tendo varejo apenas como fachada e atividade complementar. Portanto, estes trabalham com uma rede de varejistas no Estado ou em outros estados. Outras só se dedicam ao varejo, uma atividade mais segura, pois está mais longe do fato criminoso originário.

Essas organizações trabalham, de regra, com estabelecimentos legais, assistidos por escritórios de advocacia e contabilidade, que, evidentemente, conhecem a natureza exata de sua clientela e a auxiliam a dar as características legais à atividade criminosa.

Elas procuram a imunidade associando-se a policiais ou pagando-lhes propinas periódicas para não serem molestadas, investigadas ou reprimidas. Muitas vezes, o chefe e proprietário real é policial da ativa, aposentado ou ex-policial com relações atuais dentro da instituição.

Os desmanches de automóveis, caminhões e motocicletas furtados ou roubados têm um amplo público consumidor que procura preços melhores, peças de carros que saíram de produção nas montadoras e peças de carros importados.

C) ORGANIZAÇÃO E ECONOMIA DO ROUBO DE CARGAS

O roubo de cargas cresceu velozmente nesta década. Em 1991, o valor das cargas roubadas girou em torno de 10 milhões de dólares. Desde 1995, ultrapassou os 100 milhões de dólares anuais. Em 1998, foi de mais de 120 milhões de dólares/ano.

É um crime essencialmente urbano e se concentra na Capital, Grande São Paulo, e mais algumas grandes cidades. O cenário ideal para roubar um caminhão de cargas é a proximidade das grandes rodovias: um lugar de estacionamento de caminhões (um posto de combustíveis e as ruas das regiões onde se concentram as transportadoras); um semáforo de uma grande avenida dentro da cidade; a própria sede da transportadora. A preferência urbana se dá porque o veículo roubado passa despercebido entre milhares de veículos, porque há muitos galpões onde fazer o transbordo da mercadoria e por se encontrar dentro do mercado consumidor.

A forma de agir no roubo de cargas parece seguir um rito, onde só varia o lugar do evento. Os assaltantes rendem o motorista à mão armada e o mantém seqüestrado, enquanto escondem o veículo e transferem a carga para um depósito ou para outro caminhão. Em quatro horas o motorista estará liberado e o seu caminhão abandonado.

Os assaltantes constituem a ponta operacional e visível da organização criminosa. Às vezes a atividade é terceirizada, para estancar as informações acerca da organização. Os assaltantes apenas entregam o caminhão a terceiros, que irão então levá-lo ao depósito, desconhecido pelos primeiros.

A cobertura da operação assalto-seqüestro normalmente é feita por policiais associados à organização, que no caso de perigo, tentarão dissimular perante os colegas policiais ou dissuadi-los de agir.

A escolha da carga a ser roubada depende de informação prévia. Há, por isso também, informantes que trabalham para a organização.

A chefia da organização comumente é exercida por alguém que possui empresa legal. Ele aluga galpões através de testas-de-ferro para armazenar a mercadoria, ou já a entrega para outros atacadistas associados, que a transportarão aos pontos de venda em veículos legais. O ponto pode ser uma indústria, quando a carga roubada é de matérias-primas.

No final está a rede dos varejistas (supermercados, lojas de confecções, lojas de calçados, farmácias, camelôs etc.).

Para dar a cobertura legal há o escritório de contabilidade e o escritório de advocacia.

O roubo de cargas, como o furto e roubo de veículos, navega à solta no paraíso fiscal em que se transformou São Paulo e o Brasil. Por isso, não há como deter seu desenvolvimento sem empenhar a fiscalização tributária junto com o trabalho da Polícia.

A ascensão rápida do roubo de cargas fez subir os custos de seguro e segurança das transporta-

doras para algo em torno de 10% de seu orçamento. Por isso, muitas transportadoras e fábricas preferem correr o risco.

A Polícia Civil da Capital possui uma delegacia especializada em roubo de cargas, na Divecar. Seu pessoal e equipamento, como tudo na Polícia Civil é insuficiente. O nível de confiança da comunidade nos policiais também é deficiente, em face da presença constante de colegas deles nas organizações criminosas. Na Grande São Paulo e Interior a repressão a este crime é feita pelos distritos policiais normais.

A Polícia Militar por sua natureza ostensiva e preventiva, depende de surpreender os assaltantes, ou ser chamada por testemunhas e vítimas.

D) BREVE CARACTERIZAÇÃO DE OUTRAS FORMAS DO CRIME ORGANIZADO EM SÃO PAULO

a) O jogo do bicho

O jogo do bicho constitui a forma mais consolidada de organização criminosa com as características investigadas por esta CPI. Embora o jogo constitua em nossa legislação penal uma contravenção, portanto não cabível, por não ser crime, no tipo de quadrilha ou bando, a organização que o constitui associa-se a variados crimes. É uma organização ilícita de tipo piramidal e monopolista; no topo da hierarquia, estabelece regras comuns, através de uma associação de chefes – os banqueiros do bicho; mantém relações de negócios com todos os níveis hierárquicos, dividindo os territórios e as tarefas de cada membro; procura manter uma fachada legal nos locais onde exerce a contravenção; exerceu e mantém uma violência real ou latente para fazer valer suas regras e defender os territórios; desenvolve outras atividades de caráter criminoso; corrompe sistematicamente as forças policiais; têm ou teve representantes e influência nos três Poderes do Estado, nas cúpulas das Polícias e no Congresso Nacional.

b) Lavagem de dinheiro e fraudes financeiras

A legislação nacional estabeleceu na Lei 9.613 de 1998 a pena de três a seis anos de prisão para o crime chamado de 'lavagem de dinheiro' ou ocultação de bens, direitos e valores provenientes de crime. São as instituições financeiras os principais meios de lavagem de dinheiro, ocultando em formas legais os capitais advindos do crime organizado. Mas, é nos paraísos fiscais do exterior, intermediados por agentes brasileiros, que mais viceja esta forma de crime. Situa-se dentro das características do crime organizado, em face de se realizar através de organizações estruturadas para o crime, com sofisticação tecnológica, organização empresarial, e peso dentro das instituições do Estado, relacionadas com organizações similares no País e no exterior.

c) Falsificação de remédios

A existência desta forma de crime organizado adquiriu destaque durante o ano de 1998 como uma atividade criminosa de amplitude e de grande dano social. Já foram identificadas 60 marcas de remédios falsificados, produzidos com maquinário próprio em médias empresas, vendidos a hospitais públicos – o que mostra a possível conivência de agentes públicos –, distribuídos em extensa rede de farmácias, muitas delas certamente distribuidoras de cargas roubadas.

d) Contrabando

Uma parte da multidão de sacoleiros que atravessam a Ponte da Amizade que liga o Brasil ao Paraguai, em Foz do Iguaçu, ali estão como operários do crime organizado. Empresas legais de São Paulo obtém ganhos de vulto com essa entrada ilegal sistemática de mercadorias no País. Eles organizam uma rede de varejistas, corrompem agentes públicos, relacionando-se nos negócios com organizações criminosas similares, estruturadas de uma forma sofisticada. As maiores organizações utilizam-se de contêineres fechados para a entrada de mercadorias legais sem pagamento de impostos ou subfaturadas (descaminho), ou para a entrada de mercadorias proibidas (contrabando), e os introduzem no País impunemente, através de propinas pagas aos agentes alfandegários. A cocaína, por sua vez, chega ao País através do contrabando em grande ou em média escala, em aviões, caminhões e automóveis.

e) Corrupção

A CPI investigou dois assassinatos de agentes públicos, o secretário de Finanças de Guarulhos e um vereador de Suzano. No primeiro caso se verificou a resistência da vítima à corrupção sistemática da Administração Pública que era feita por empresa contratada. No segundo caso havia a ameaça do vereador executado de denunciar irregularidades cometidas por agentes públicos na relação com uma empresa contratada pelo Poder Público.

Recentemente, houve na Capital mais atentados à vida e ameaças causados por denúncias de corrupção ou concussão de fiscais, engenheiros

e administradores das Administrações Regionais, de líderes do comércio formal ou ambulante, de vereadores, e até de um deputado estadual eleito. Na Grande São Paulo, houve outro caso recente quando foi assassinado um vereador em Franco da Rocha, que havia denunciado fraudes e peculato cometidos por outros vereadores em sua cidade.

A associação sistemática para o crime, com violência real ou ameaça, utilizando-se de instituição pública, em associação com empresas privadas, organizando várias pessoas para as empreitadas criminosas, com divisão de trabalho e de lucros, com hierarquia para o crime, são os principais componentes que aproximam estes crimes das características do crime organizado. As investigações podem concluir por uma organização menos complexa, a quadrilha ou bando, como podem concluir pela existência dos contornos mais complexos que constituem o crime organizado.

f) Sonegação fiscal e crimes contra a ordem econômica

O Brasil desenvolveu uma legislação específica de crimes contra a ordem econômica (contra o consumidor ou contra a concorrência) já no segundo quarto deste século. Na década de 60, os crimes de natureza tributária, onde se destaca o crime de sonegação fiscal, passaram a ser definidos e apenados em leis penais próprias. Antes eles eram genericamente tipificados no Código Penal.

As cifras dos crimes tributários no Brasil são elevadíssimas: fala-se num volume anual de 50 bilhões de dólares apenas em sonegação de tributos federais, e em cerca de 3 bilhões de dólares anuais de prejuízo ao INSS em face das fraudes. Pelo peso econômico do Estado de São Paulo, pelo menos um terço desta sonegação deve ocorrer aqui. Acrescenta-se a alta sonegação dos tributos estaduais, em especial do ICMS, base principal da arrecadação estadual.

As quantias elevadas subtraídas do Estado apontam, sem dúvida, o caminho de organizações complexas dedicadas ao cometimento destes crimes, quando se realizam de maneira sistemática, profissional, envolvendo várias empresas e pessoas, com divisão de tarefas, com meios sofisticados, com o auxílio de agentes públicos. Também apontam nesse sentido os crimes econômicos que causam prejuízo a um grande número de pessoas, tais como a gerência fraudulenta de instituições financeiras ou de empresas de outra natureza, como foi o caso da Encol, na construção civil.

E) ALGUMAS ESPÉCIES DE QUADRILHA QUE PODEM TER RELAÇÃO COM O CRIME ORGANIZADO

Não é o alto grau de violência ou de indignação social causada pelo crime, nem as armas de grande poder ofensivo, que caracterizam o crime organizado. Embora em alguma de suas formas ele possa vir relacionado a isso. Há casos de crimes cometidos por associações criminosas, como o roubo a banco, o seqüestro, a chacina, que causam enorme comoção, mas que são de regra cometidos por quadrilhas.

a) Roubo a bancos

Apesar de algumas organizações criminosas que se dedicam ao roubo a bancos serem compostas de muitas pessoas, usarem armamento pesado, cometerem ações traumáticas e espetaculosas, seu modelo é de quadrilha ou bando. São ladrões que se associam para o crime, acostumados ao emprego da violência, com mais liderança do que hierarquia, mas sem diferenciada especialização. Não precisam de receptador, por exemplo, já que só lidam com dinheiro. Os únicos contatos necessários são com os vendedores de armas e informantes, estes principalmente nos roubos a carros-fortes. Às vezes, as quadrilhas de roubo a banco podem estar relacionadas com o crime organizado, em especial o tráfico de drogas. Eventualmente, podem corromper agentes públicos para evitar a prisão ou fugir dela, mas isso ainda não significa um conluio permanente com agentes públicos, uma das características do crime organizado.

b) Seqüestro

Em São Paulo, o seqüestro não tem a mesma dimensão que no Rio de Janeiro, nem a relação que tem lá com o crime organizado. A maioria dos seqüestros aqui é cometida por criminosos com articulação simples, e até mesmo por amadores. Algumas organizações criminosas, porém, parecem bem estruturadas, com local preparado para cativeiro, informações precisas sobre a vítima, composição mista de homens e mulheres, para dar fachada de normalidade ao cativeiro. Generalizaram-se recentemente os seqüestros-relâmpago, feitos para sacar dinheiro das vítimas nos caixas-eletrônicos ou nos bancos.

As organizações criminosas dedicadas ao seqüestro têm mais as características do tipo penal de quadrilha ou bando, embora seja possível que, numa ou outra oportunidade, se relacionem com o crime organizado.

c) Grupos de extermínio

Os chamados 'justiceiros', 'pés-de pato' e 'matadores', que agem na periferia das grandes cidades, constituem uma versão urbana atual que guarda semelhanças com os pistoleiros do Nordeste. Em geral atuam de maneira individual, sem organização. Mas há um crescimento na última década de grupos de matadores mistos de policiais e não-policiais que vendem proteção a comerciantes, ou que alugam seus serviços a outros interessados, aos chefes do narcotráfico, por exemplo. Há um perigo real de evolução desta modalidade de organização que hoje não sai dos limites da quadrilha ou bando. Os 'justiceiros' presos têm condições de se conhecer e trocar informações, pois ficam juntos, normalmente no Centro de Observação Criminológica, deturpado das finalidades expressas no seu próprio nome. É preciso levar em conta a experiência no mundo e no próprio país de organizações criminosas que nasceram nas prisões, tal como a Camorra, nascida nos presídios de Nápoles, e o Comando Vermelho, nascido no antigo presídio da Ilha Grande no Estado do Rio de Janeiro.

PARTE 4
AÇÃO POLICIAL E AÇÃO FISCAL SOBRE O CRIME ORGANIZADO

As organizações criminosas podem ser divididas em dois grandes grupos, conforme o tipo de mercadoria ou serviço a que se dedicam: aquelas que transacionam mercadorias e serviços de uso legal, e aquelas que se dedicam a mercadorias e serviço proibidos. Esta divisão tem importância para definir o papel relativo e integrado que devem ter as diversas instituições do Estado em seu combate.

As organizações criminosas que transacionam mercadorias e serviços de uso legal (veículos, peças de veículos usados, alimentos, tecidos, remédios, cigarros, seguros etc.) só podem ser contidas se o controle fiscal tiver uma eficiência maior, e se houver uma integração entre as instituições fiscais e o aparelho policial. Não é isso que ocorre.

A CPI verificou que não há interesse da Secretaria da Fazenda para fiscalizar o comércio de veículos usados ou de peças, em face de sua pouca importância no conjunto da arrecadação, pois as alíquotas do ICMS de carros usados são cobradas apenas sobre 5% de seu valor. A polícia não tem atribuição legal, nem a suficiente capacitação, para assuntos fiscais. O resultado é que, esta brecha da estrutura estatal, é o caminho aberto para o escoamento do produto do furto e roubo de veículos.

As indústrias montadoras e de autopeças não têm interesse em dar número individualizado às principais peças dos veículos e relacioná-lo com o veículo em que são montadas. Isso aumentaria os seus custos, com vantagens apenas para o patrimônio dos consumidores. Esta ausência facilita de maneira enorme o ramo criminoso que se dedica ao comércio de peças de carros roubados ou furtados.

A CPI verificou que a liberdade existente de comercialização de mercadorias sem nota fiscal é um estímulo decisivo para o comércio de mercadorias obtidas com o roubo de cargas. A generalizada possibilidade de compra e venda sem nota fiscal também é a estrada por onde passam os bilionários negócios do contrabando e da sonegação fiscal.

A deficiente estrutura de fiscalização do Estado sobre as rendas das pessoas, e sobre os bancos, ainda mais com a instituição do rigoroso sigilo bancário, possibilitam o ocultamento e a movimentação de dinheiro e de bens obtidos através da atividade criminosa.

Com tudo isso, o trabalho das forças policiais é sobremaneira dificultado, quase impossibilitado na prática, devido a essa liberalidade fiscal, à ausência ou precariedade do fisco e à legislação que facilita o ocultamento de dinheiro e de bens.

O controle e repressão do crime organizado que transaciona no campo de produtos de uso legal não é tarefa apenas de forças policiais. É tarefa que depende de um bom funcionamento do ramo fiscal do Estado, tanto quanto depende da formação e preparo especializado das forças policiais. Sem isso estará se exigindo da polícia muito mais do que ela pode fazer.

No caso das organizações criminosas cujo objeto do negócio é reconhecidamente ilegal (drogas proibidas, armas proibidas, produtos falsificados, venda de proteção, jogo ilegal etc.), as forças policiais têm que enfrentar praticamente sozinhas a tarefa estatal de repressão e controle. Ao proibi-las, o Estado deve ter em conta a contrapartida da proibição: os altos recursos que precisa gastar para impedir seu comércio. Não adianta apenas a proibição e o agravamento das penas. São necessários recursos para controle e repressão eficientes.

Não podemos nos iludir. A alta lucratividade destas mercadorias ilícitas continuará sempre a

atrair pessoas para o empreendimento criminoso. As organizações criminosas neste caso procuram se proteger por uma fachada legal para o transporte, guarda e comercialização dos produtos ilícitos. Daí a maior complexidade da tarefa policial.

Mesmo assim, a ação complementar de outros ramos do Estado é imprescindível, principalmente a ação fiscal sobre os rendimentos e as transações de bens ou de valores.

PARTE 5
PROPOSTAS

A) PROPOSTAS DE AÇÃO CONJUNTA DAS INSTITUIÇÕES DO ESTADO E DA SOCIEDADE

As investigações e os debates na CPI confirmaram a necessidade de uma ação integrada das Polícias, da Secretaria da Fazenda, do Ministério Público, do Poder Judiciário, da Assembléia Legislativa, do Tribunal de Contas, das Universidades, para o entendimento das formas e manifestações do crime organizado, e para a sua contenção e repressão.

No crime organizado do tipo roubo de carros e cargas, a direção capital no campo da prevenção deverá se dirigir à receptação. Para tal, os órgãos fazendários e tributários devem, de mãos dadas com o poder de polícia, estabelecer política repressiva atuante de combate à receptação e receptadores.

Em face do intercâmbio interestadual e internacional de muitas organizações criminosas, as secretarias nacionais que cuidam de segurança pública e do combate às drogas, a Polícia Federal, a Secretaria da Receita Federal, devem, articuladamente entre si, se relacionar com os órgãos estaduais de Segurança e de Fazenda para a contenção e o combate do crime organizado.

Como é fato notório, o tráfico de drogas tem origem no exterior, nas fontes de produção, em que se destacam a Bolívia, o Peru, a Colômbia e a Venezuela. Ao longo de centenas de quilômetros fronteiriços com estes países, a droga facilmente penetra no Brasil, para o consumo interno ou para o consumo externo. Como medida de prevenção a este tráfico é necessário que a nossa fronteira seja mobiliada com contingente da Polícia Federal, em um ramo uniformizado, conjuntamente com a Receita Federal para inibir o ingresso da droga.

Além disso, coloca-se a necessidade imprescindível, em São Paulo, de ação das Secretarias Sociais e Econômicas do governo para que medidas positivas na juventude, na população e na economia revertam os estímulos hoje existentes na sociedade para o crescimento do crime organizado, principalmente do tráfico de drogas ilícitas. Não adianta só combatê-lo sem que o seja diminuída a pressão das causas sociais, econômicas e culturais que ajudam a alimentá-lo.

As Secretarias de Educação, Saúde, Esportes e Turismo, devem auxiliar a juventude a ter alternativas de atividades culturais, de lazer e a resistir ao apelo das drogas e do envolvimento no microtráfico ou em outras formas de criminalidade. As Secretarias de Economia e Planejamento, do Trabalho, da Assistência e Bem-Estar Social, da Habitação, devem encontrar alternativas para o emprego, devem impedir que a pobreza absoluta atinja as famílias, devem urbanizar as favelas e reformar os cortiços. Ainda a Secretaria de Economia e Planejamento e a Caixa Econômica Estadual devem socorrer os pequenos e médios negócios abalados pela crise.

As organizações da sociedade, como as igrejas, sindicatos, organizações empresariais, associações culturais, organizações estudantis, clubes esportivos, organizações não governamentais, associações de moradores, devem participar do esforço de definir rumos e implementá-los, de tal modo que se consiga reduzir a crescente criminalidade.

B) PROPOSTAS DE ORGANIZAÇÃO E SANEAMENTO DAS FORÇAS POLICIAIS

Para combater o crime organizado em São Paulo é necessário criar uma Superintendência de Polícia Fazendária, nos moldes da Superintendência de Polícia Técnico-Científica, subordinada à Secretaria de Segurança Pública e não a uma das duas polícias. Ela deve abranger em sua atuação todo o Estado, e ser formada com policiais civis e policiais militares, escolhidos entre aqueles com maior capacitação para a tarefa. Não há impedimento constitucional para isso.

Uma Superintendência de Polícia Fazendária pode integrar as polícias Civil e Militar no combate ao furto e roubo de veículos, ao roubo de cargas, pode auxiliar na descoberta dos grandes e médios traficantes e daqueles que 'lavam' dinheiro e bens provenientes da ação de organizações criminosas, pode ter papel decisivo no combate ao contrabando e ao descaminho, à sonegação fiscal e à corrupção de agentes públicos.

O atual departamento da Polícia Civil dedicado ao controle e repressão ao narcotráfico na Capital, o Denarc, deve efetivamente assumir a direção de todas as Dises, que têm a mesma função dele na Grande São Paulo e no Interior, mas que são subordinadas aos delegados seccionais de polícia.

É preciso formar na Polícia Militar um corpo especializado para, em conjunto com a Polícia Civil, formar uma força-tarefa na prevenção, controle e repressão ao tráfico ilícito de drogas.

O atual departamento da Polícia Civil da Capital dedicado à repressão ao furto e roubo de veículos, ao roubo de cargas, ao assalto a bancos, aos seqüestros e a outros crimes contra o patrimônio, o Depatri, deve ser enxugado para tarefas de repressão especializada às quadrilhas e às ações violentas da criminalidade, ficando para a Polícia Fazendária a parte do crime organizado. Ele deve manter intercâmbio e integração com as unidades especializadas similares nas seccionais de Polícia da Grande São Paulo e do Interior, as Garras.

O saneamento necessário das Polícias, para minimizar a presença dentro delas de braços das organizações criminosas, exige também uma reorganização das corregedorias da Polícia Civil e da Polícia Militar. Elas devem ser reforçadas com pessoal e formação especializados, a Corregedoria da Polícia Civil deve abranger todo o Estado, e não apenas a Capital como atualmente. Mas, para combater a sofisticada presença do crime organizado dentro das polícias, é preciso instituir uma nova Corregedoria, altamente especializada, subordinada diretamente à Secretaria de Segurança Pública.

O rigor com o respeito à legalidade, imprescindível na vida dos policiais, deve se expressar no afastamento das atividades policiais de todos aqueles sobre os quais se descobrirem indícios de enriquecimento ilícito, de favorecimento às organizações criminosas, ou de participação nelas.

C) PROPOSTAS LEGISLATIVAS

A Constituição Federal estabelece que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal e Processo Penal. Portanto é ao Congresso Nacional que se dirigem as principais propostas de mudanças legislativas.

A primeira delas e mais importante é que se acrescente ao CP o tipo que defina a organização criminosa complexa de que tratamos ao abordar o crime organizado, cominando a ela penas mais severas que as existentes para quadrilha ou bando.

É preciso também inverter o ônus da prova em caso de indícios de enriquecimento sem causa legal e de origem em atividade criminosa, como já ocorre no caso da 'lavagem de dinheiro'.

Outra mudança legislativa importante é a que permita ao Estado o imediato uso dos bens e valores judicialmente colocados em indisponibilidade ou confiscados, com dever de ressarcimento pelo Estado em caso de sentença no sentido oposto.

Para conter o narcotráfico é necessário penalizar com mais severidade o médio e o grande tráfico de drogas proibidas.

Medida necessária é também a suspensão da estabilidade do funcionário público de qualquer carreira com indícios de envolvimento no crime organizado, após o recebimento da denúncia na Justiça.

Para conter o furto e roubo de veículos é preciso estabelecer a obrigatoriedade de numeração das peças mais importantes dos veículos e o vínculo desta numeração ao veículo em que são montadas.

Três medidas estaduais são importantes: a criação da Superintendência de Polícia Fazendária; o estabelecimento de critérios mais rigorosos de controle sobre o comércio de peças de veículos usados; a cobrança do ICMS integral sobre o valor de venda dos carros usados e de peças deles, para estimular a fiscalização do setor.

PARTE 6
SUGESTÃO PARA UMA NOVA CPI NA PRÓXIMA LEGISLATURA

É necessário prosseguir na contribuição desta Assembléia Legislativa, para a sociedade e para as outras instituições do Estado, no entendimento, contenção e repressão do crime organizado. Várias modalidades dele não puderam ser investigadas em face da grandiosidade da tarefa.

De outro lado, há investigações importantes em andamento, que permanecem sem solução por parte das instituições do Estado. Entre elas se destacam os casos de corrupção-assassinato, ainda não desvendados pela Polícia Civil, e nela praticamente estancados: a) o assassinato do Secretário de Finanças de Guarulhos; b) o assassinato de vereador em Suzano; c) o assassinato do prefeito de Rio Grande da Serra.

Outros casos de assassinatos, atentados, ameaças, que juntam corrupção-denúncias-violência, estão ocorrendo em várias partes do Estado, como o assassinato de vereador em Franco da Rocha, atentados contra camelôs em São Paulo com suspeita de participação de vereadores e de um deputado estadual eleito e ameaças a vereadores em Bauru.

Faz-se necessária a criação de nova CPI do Crime Organizado, que tenha como objeto as investigações não concluídas e desenvolva novas investigações sobre as variadas manifestações da criminalidade organizada abordadas neste Relatório Final, em especial aquelas que vêm atingindo ou que têm como origem detentores de cargos eletivos ou outros agentes públicos.

A partir das experiências desta CPI que se encerra, esta nova CPI, com 13 membros, deve ter duração de um ano, para que haja tempo de investigação, e para que, ao final de seu prazo, a Assembléia possa julgar os seus trabalhos e decidir sobre a sua prorrogação. Para que possa ter maior representatividade, as lideranças partidárias, em caso de prorrogação, confirmarão ou substituirão seus membros designados. Havendo prorrogação, é bom que eleja novo presidente e vice-presidente, para que a CPI consiga expressar mais a variedade partidária da Assembléia Legislativa.

PARTE 7
ENCAMINHAMENTOS DO RELATÓRIO FINAL

Propomos o encaminhamento de cópias deste Relatório para:

1. Presidente da República
2. Ministro da Justiça
3. Governador do Estado
4. Presidente do Tribunal de Justiça
5. Procurador-geral de Justiça
6. Secretário da Segurança Pública
7. Secretário da Justiça e Cidadania
8. Secretário da Administração Penitenciária
9. Delegado Geral da Polícia
10. Comandante Geral da Polícia Militar
11. Presidente do Tribunal de Justiça Militar
12. Presidente do Senado Federal
13. Presidente da Câmara dos Deputados
14. Lideranças partidárias da Alesp
15. Presidente da OAB
16. Sindicato dos Jornalistas de São Paulo
17. Sindicatos dos Radialistas de São Paulo
18. Presidente da Câmara Municipal de São Paulo
19. Presidente da Câmara Municipal de Suzano
20. Presidente da Câmara Municipal de Guarulhos
21. Presidente da Câmara Municipal de Rio Grande da Serra
22. Presidente da Câmara Municipal de Santo André

Sala das Comissões, 11.03.1999.

Deputado Elói Pietá – Relator.

Comissão Parlamentar de Inquérito constituída com a finalidade de investigar o desenvolvimento do crime organizado no Estado, nas suas diversas formas e manifestações, e apurar as razões de seu incremento, inclusive as que se devem à corrupção de agentes públicos que dele participam ou lhe dão proteção.

Aprovado o relatório final.

Sala das Comissões, em 11.03.1999.

Deputado Elói Pietá (Relator)
Deputado Afanásio Jazadji (Presidente)
Deputado Alberto Calvo
Deputado Milton Flávio
Deputada Rosmary Correa
Deputado Sidney Beraldo
Deputado Erasmo Dias
Deputado Ubiratan Guimarães
Deputado Renato Simões
Deputado Chico Bezerra

ANEXO I

RESUMO E COMENTÁRIO DOS PRINCIPAIS FATOS INVESTIGADOS PELA CPI

1) Furto e roubo de veículos – Av. Rio das Pedras – Capital.

Em novembro de 1995, foram visitados de surpresa por membros da CPI, forças policiais,

e fiscais da Fazenda, 10 estabelecimentos comerciais que vendiam peças de veículos na Av. Rio das Pedras, Zona Leste da Capital. Destes foram escolhidos dois estabelecimentos para uma investigação mais aprofundada: Center RA, Comércio de Peças Novas e Usadas, que era aberta ao público e Said Auto Peças Novas e Usadas, que lhe servia de oficina e depósito. Em cada um deles conseguiu-se provar, no dia da visita, a existência de peças de um carro roubado ou furtado, fruto certamente de descuido num grande volume de mercadorias.

Havia milhares de peças de automóveis cuja origem era necessário verificar. Este trabalho era muito difícil, pois a numeração original das peças estava cortada, adulterada ou raspada, restando apenas algumas dezenas de motores e câmbios com numeração disponível. No local, todos os *chassis* que poderiam identificar os veículos estavam com a numeração cortada. Os documentos contábeis das empresas davam como origem das peças principalmente 23 estabelecimentos congêneres do Rio de Janeiro, e mais diversos em outros estados. Os registros legais de vistoria da Polícia Civil atestavam que nas duas empresas visitadas não eram desmontados automóveis.

Consultadas as montadoras de veículos, verificou-se que, de regra os números não correspondiam aos registros existentes nas empresas, e, mesmo que correspondessem, não seria possível identificar o veículo em que haviam sido montados. Só a GM e a Volkswagen mantinham a possibilidade desta pesquisa.

As notas fiscais de aquisição de peças eram preenchidas de forma genérica (por exemplo, 20 motores no estado, 20 câmbios diversos no estado etc.). Muitas delas eram preenchidas com letra assemelhada, embora os fornecedores fossem do Rio de Janeiro, do Paraná e de São Paulo. Foram encontradas também notas fiscais em branco de estabelecimento do Rio de Janeiro.

Com o auxílio da Polícia Civil do Rio de Janeiro, verificou-se que das 23 empresas daquela cidade, que aparentemente vendiam peças aos dois estabelecimentos de São Paulo, apenas uma existia, funcionava e tinha vínculos com o furto e roubo de veículos. As outras, ou não existiam no endereço das notas fiscais, nunca existiram, ou deixaram de existir, entre outros motivos, porque seus proprietários haviam sido assassinados. Com a quebra do sigilo bancário das duas empresas e das pessoas que tinham contas bancárias a serviço das duas, verificou-se que não havia qualquer cheque emitido para as 23 empresas do Rio de Janeiro, e, também, não havia quaisquer anotações na contabilidade a respeito de pagamento para elas.

Tudo levou à conclusão que se tratavam de estabelecimentos que comercializavam peças de veículos furtados ou roubados.

O rastreamento dos cheques das duas empresas e das contas pessoais a serviço delas, mostrou que nenhum depósito foi feito em favor dos proprietários legais delas. Porém muitos depósitos foram feitos a pessoas acusadas ou condenadas por crimes de furto, receptação, homicídio e falsidade. A maior parte dos cheques era sacado no caixa por alguns funcionários das duas empresas.

Os proprietários legais nunca apareceram nem conseguiram ser localizados nos endereços que forneceram na documentação legal das empresas. Foram identificadas 12 pessoas direta ou indiretamente envolvidas com estas duas empresas e outras do ramo relacionadas com elas. Desde o primeiro dia, um advogado especializado na defesa de integrantes de empresas deste tipo, representava os proprietários e empregados. O escritório de contabilidade que prestava serviço a estas empresas também operava com empresas similares.

Foram também encontrados policiais de alguma forma envolvidos com as duas empresas, e muitas anotações de pagamento à polícia na contabilidade paralela das empresas. Um investigador da Polícia Civil, lotado na delegacia encarregada da fiscalização destes estabelecimentos, estava com dois carros no local e alegou estar ali comprando peças. Outro, também investigador da Polícia Civil, vendia ou financiava veículos para as pessoas que movimentavam as contas bancárias das empresas. Mais um investigador da Polícia Civil, do departamento encarregado da repressão ao roubo e furto de veículos, emprestava uma linha telefônica a uma das proprietárias das empresas investigadas. Uma delegada da Polícia Civil aparece como beneficiada por um dos cheques de conta a serviço da empresa. Outros policiais civis envolvidos já estavam aposentados ou exonerados. Um ex-policial militar tinha sido demitido por ter sido encontrado dirigindo veículo roubado.

Todas as conclusões e provas da CPI foram encaminhadas ao Ministério Público, que apresentou denúncia contra várias pessoas em processo ainda não julgado. Neste tempo, três dos denunciados foram surpreendidos numa das empresas quando era desmontado um carro roubado. De-

nunciados por mais este crime foram absolvidos em primeira instância por falta de provas.

Comentários

Não há dúvida que o tipo penal de quadrilha ou bando, definido no art. 288 do nosso CP e apenado com um a três anos de prisão, é aplicável ao caso. Mas, este tipo penal (associação de mais de três pessoas para o fim de cometer crimes) é muito singelo para dar conta da complexidade desta associação. Aqui se trata de empresas comerciais estabelecidas, registradas na Receita Federal e na Secretaria Estadual da Fazenda, assistidas por contador e advogado, com contabilidade e contas bancárias, utilizando-se de notas fiscais inclusive de outros estados, mantendo relações com várias empresas similares, vendendo no atacado e no varejo, peças de automóveis roubados ou furtados, a par de algumas outras de origem legal, associadas aos ladrões, protegidas por policiais ou mantendo negócios com eles. Bem diferente dela é a associação mais singela de alguns delinqüentes para assaltar comerciantes ou roubar residências.

As forças policiais existentes não estão adequadas à prevenção, repressão e coleta de provas destas organizações criminosas. Seria preciso, entre os policiais, especialistas fiscais, contábeis e conhecedores dos negócios de automóveis e de peças de veículos. É necessária ainda uma esmerada e trabalhosa investigação, tal como feita pela CPI. Lembrando que, embora extensa e profunda, a investigação não alcançou todos os desdobramentos na seqüência do fio condutor de pistas levantadas. Ainda teria sido possível chegar a outras ramificações da organização e a todos os envolvidos.

Não há dúvida também que o Ministério Público e o Poder Judiciário precisam estar melhor aparelhados para denunciar e julgar. Fez bem o Ministério Público de formar um grupo especial de promotores, pequeno mas precursor, para cuidar destas organizações criminosas. Falta ao Judiciário uma estrutura adequada que conte com juízes especializados para julgar pessoas envolvidas em organizações de uma natureza que vai muito além dos casos comumente submetidos aos juízes criminais e aos desembargadores.

2) Furto e roubo de veículos – Taboão da Serra

No mês de abril de 1996, deputados da CPI, acompanhados de policiais militares, policiais civis e fiscais da Fazenda Estadual, visitaram de surpresa seis estabelecimentos de comércio varejista e atacadista de peças de veículos no município de Taboão da Serra, na Grande São Paulo. Num dos locais foram presas em flagrante algumas pessoas desmontando um carro roubado. Em outro havia um carro roubado também para ser desmontado. Encontrou-se um local secreto, atrás de prateleiras falsas, onde havia sinais de cortes de automóveis. Nos estabelecimentos restantes foram encontrados indícios de ilícitos, pois havia grande número de peças de veículos com número cortado, adulterado ou raspado.

Através da documentação apreendida verificou-se que três irmãos, da família Novaes, eram proprietários de vários estabelecimentos do gênero e de outro tipo de comércio (uma padaria). Notou-se que, de alguma forma ou de outra, havia 11 locais de comércio, depósito ou desmonte de carros, com vários proprietários, mas que mantinham relações comerciais entre si. Alguns deles mantinham relação comercial com outros estabelecimentos congêneres da Capital, Grande São Paulo, Interior e outros estados. As empresas visitadas tinham uma série de irregularidades fiscais e a contabilidade muito desorganizada.

Como resultado desta atividade da CPI e das investigações posteriores da Polícia Civil de Taboão da Serra, várias pessoas foram denunciadas à Justiça pelo Ministério Público, e um dos irmãos proprietários já foi condenado em 1997.

Comentários

Embora menos sofisticada, a estrutura dos estabelecimentos é similar àquela da Av. Rio das Pedras. Ela envolve ladrões de carros, que prestam serviço aos proprietários das empresas, chamadas em São Paulo de 'desmanches', depósitos para guarda e desmonte ou corte dos veículos, lojas para vendas de peças (às vezes no próprio local do corte ou desmonte), funcionários para desmontar veículos, para vender peças, para atender a parte burocrática da empresa, contatos com outros estabelecimentos similares e assistência de contador. Não se encontraram provas de envolvimento de policiais, mas havia em vários estabelecimentos anotações de telefones de distritos policiais da Capital, anotações de pagamento à polícia, e os vizinhos relataram que era comum a presença suspeita de viaturas da polícia nestes locais.

Decerto que este caso se aproxima mais da singeleza da quadrilha ou bando do que o caso

anterior. Mas traz também elementos complexos que interpenetram ilícitos fiscais com ilícitos penais, e misturam o funcionamento legal de empresas com atividades ilícitas, sob o olhar impotente, complacente ou associado da polícia.

3) Furto e roubo de caminhões – Rio Grande da Serra

No mês de setembro de 1997, a CPI, nos mesmos moldes anteriores, visitou duas empresas de ônibus no Município de Rio Grande da Serra, na Grande São Paulo, Viação Pérola da Serra e Zetur. Ambas pertenciam à mesma família. Uma delas era responsável pelo transporte de passageiros no Município, com dezenas de empregados, a outra era empresa de fretamento de ônibus. Nas duas foram encontrados alguns ônibus montados em cima de chassi de caminhão roubado, e numa delas ainda estava inteiro um caminhão furtado alguns dias antes. Seu proprietário, chamado, identificou o ladrão entre as cinco pessoas presas em flagrante, um membro da família dos donos. A empresa onde estava o caminhão roubado e onde havia outros caminhões desmanchados ficava a 50 metros da delegacia de polícia da cidade.

O chefe da família manteve-se foragido durante muito tempo até ser preso, como suspeito do assassinato do prefeito da cidade, ocorrido no ano seguinte. Os donos da empresa mantinham vínculos muito próximos com políticos locais.

O Ministério Público denunciou oito dos integrantes das empresas para serem julgados.

Comentários

Como no caso de Taboão da Serra, uma particularidade que chama atenção aqui é a existência de uma família de criminosos, agora envolvendo também as mulheres. Este caso, ao contrário dos outros, tem uma vinculação mais estreita com políticos locais, que por sua vez mantém estreitas ligações com a polícia do local.

Para que o conjunto das relações entre os criminosos e agentes do poder público sejam desvendadas, seria necessário prosseguir mais nas investigações. Infelizmente, a falta de uma polícia especializada e distanciada das relações com políticos e policiais do local, a falta de especialização de promotores e juízes, o excesso de casos à consideração de todos, deixa parcial o resultado.

Assim, apenas uma parte do crime e dos criminosos é penalizada, e o restante da estrutura de alguma forma participante ou protetora do crime, permanece íntegra para novas aventuras.

4) Roubo de caminhões – Guarulhos

Em outubro de 1996, deputados da CPI, policiais militares, policiais e peritos da Polícia Civil, fiscais da Fazenda, visitaram de surpresa um estabelecimento dedicado ao comércio de motores e outras peças de caminhões Scania, no município de Guarulhos, na Grande São Paulo, a ScanDutra, onde, em ronda de rotina na região, policiais militares haviam surpreendido pessoas com um caminhão roubado. Lá a CPI encontrou peças de outro caminhão roubado e apreendeu muitos documentos. Houve quebra de sigilo bancário e fiscal dos envolvidos, entre eles um capitão da Polícia Militar, Cleodir Fioravante Nardo, que tentou interferir no dia dos acontecimentos para que os seus colegas não vinculassem o veículo roubado à empresa vendedora de peças. As investigações estenderam-se durante vários meses no ano de 1997.

Os proprietários legais da empresa declararam ser apenas empregados, o que conferia com outros documentos apreendidos onde constavam seus salários junto com outros empregados. Depois da localização do caminhão roubado por policiais militares, a composição social da empresa foi mudada. Os dois novos proprietários também não o são pela documentação apreendida, pois um deles aparecia na lista de salários de empregados e o outro recebia da empresa por serviços de despachante. A CPI concluiu, pela documentação apreendida, que o proprietário de fato da empresa era o capitão da Polícia Militar, de longe o maior beneficiário da movimentação financeira da empresa. Ele recebeu uma média de cerca de 15 mil reais por mês, enquanto que os proprietários legais recebiam de 300 a 950 reais por mês. Levantado o seu sigilo bancário, constatou-se que o capitão movimentava em suas contas mais de 140 mil reais por mês, quando seus vencimentos na Polícia eram de 3 mil e 700 reais/mês. O que indicava a existência de outros negócios, além daquele investigado pela CPI. Um deles, também levantado pela CPI eram fraudes contra seguradoras de veículos.

Não havia notas fiscais dando conta da origem das mercadorias à venda. Foram também encontradas notas fiscais em branco de empresas de

outros estados, e algumas preenchidas aparentemente com a mesma letra. Na contabilidade paralela apareciam anotações de pagamentos feitos à Polícia. O estabelecimento ainda tinha a vantagem de o capitão usar seu cargo no batalhão para obter segundas vias das plaquetas identificadoras do número do chassi de caminhões, podendo utilizá-las em caminhões roubados e adulterados.

O resultado das investigações e as provas foram encaminhados pela CPI ao Ministério Público e à Polícia Militar. O Ministério Público denunciou o capitão e mais seis pessoas envolvidas por formação de quadrilha, receptação e falsidade ideológica. O processo ainda está em curso.

Na Polícia Militar, o capitão já foi considerado culpado pelo Conselho de Justificação, mas os procedimentos para sua expulsão ainda não foram concluídos. Enquanto isso, ele continua exercendo normalmente sua atividade policial.

Comentários

O caso da Scandutra mostra como um agente público, o capitão da Polícia Militar, traz uma característica mais complexa àquilo que o CP define como quadrilha ou bando. Ele tem maiores possibilidades de paralisar ou desviar a ação repressiva do Estado. Tanto que, não tendo conseguido êxito, junto aos seus colegas policiais militares, na tentativa de encobrir a participação do seu estabelecimento comercial no crime, conseguiu, posteriormente, na Polícia Civil, que a portaria do inquérito policial se referisse ao caminhão roubado como estando na rua e não dentro da empresa. Foi a presença da CPI nos acontecimentos e todas as investigações por ela feitas, que conseguiram anular a influência desviante e paralisadora que buscava o agente público envolvido no crime.

De outro lado, a organização criminosa se revelou protegida por existência legal, sede pública de suas atividades, mistura de negócios legais com negócios ilegais, contabilidade, divisão sistemática de trabalho (desde a gerência, vendas, burocracia, atividades braçais, até a atividade suja dos assaltos aos caminhoneiros).

Este caso configura mais, à semelhança do caso da Av. Rio das Pedras e do caso de Rio Grande da Serra, a necessidade de uma outra tipologia criminal que vá além da definida para quadrilha ou bando.

É necessário também mudança legislativa para que, após a aceitação da denúncia pelo juiz, o policial seja impedido de continuar normalmente no exercício de sua atividade.

5) Roubo de cargas – Bragança Paulista

A CPI acompanhou e deu apoio ao trabalho desenvolvido pelo Ministério Público e pela Polícia Civil no caso de cinco investigadores da Polícia Civil de Bragança Paulista e Atibaia e de um policial rodoviário federal, que, dirigidos pelo delegado Marcus Vinicius Linhares, com ele instalaram o terror na região, entre 1993 e 1995. A CPI ouviu ainda os policiais civis da escolta do delegado que permitiram sua fuga, quando já preso, e outros policiais civis que permitiram a fuga, também, do policial rodoviário. Hoje, recapturados, eles e seus cúmplices cumprem pena.

O roubo de cargas era apenas uma das atividades criminosas do grupo. Eles se dedicavam também ao tráfico de entorpecentes, à extorsão, à concussão, à prevaricação e outros crimes próprios de funcionários públicos. Na esteira destes crimes cometeram vários assassinatos com extrema crueldade e praticavam continuamente a tortura.

O delegado Marcus Vinicius chegou a exercer interinamente o cargo de delegado seccional de Bragança Paulista. Filho de um dos delegados de classe especial influentes na Polícia Civil, agia com completo arbítrio, protegido pelo titular da delegacia seccional.

Num dos assassinatos que cometeu, a vítima foi um comerciante, sócio de seus crimes, e, ao mesmo tempo, informante dos que investigavam estes crimes. Foi um membro influente da Polícia Civil que alertou sobre as denúncias do informante ao delegado Marcus Vinicius. O comerciante então foi torturado, esfaqueado, baleado e queimado, em manifestação completa de barbárie.

Outros, que não se curvavam às imposições do delegado foram mortos também com meios cruéis. Entre eles, três presos, que iriam denunciar ao juiz a proteção e regalias dadas pelo delegado a outros presos, foram mortos, algemados e amordaçados, a golpes de pedaços de cano, paus, amortecedores de carro, pontapés e, por fim, esfaqueamento.

Qualquer um que cometesse algum ato desagradável ao delegado e a seu grupo, ou que tivesse qualquer relação com o agente, estava sujeito a espancamentos e prisão arbitrária. Como foi o caso de um motorista que dirigia em alta velocidade e de modo perigoso. O delegado prendeu e

espancou o irmão do motorista, que não estava com ele, simplesmente por seu parentesco.

Também as ameaças constantes contra testemunhas, promotores públicos e delegados de polícia encarregados de investigar suas ações, faziam parte do estilo criminoso do delegado e de seus cúmplices. Essas pressões levaram ao suicídio da principal testemunha de acusação, o investigador de polícia Alfim Alves de Souza.

Comentários

A denominação de bando parece se aplicar mais a esta associação criminosa. Esta palavra remete mais a associações de criminosos implacáveis com suas vítimas, principalmente nas áreas rurais, embora seja tratada no nosso CP como sinônimo de quadrilha.

Quando se busca com a expressão 'crime organizado' um tipo penal novo, ainda indefinido, não é a crueldade e a gravidade do delito que colocam a necessidade dele. São vários elementos de sofisticação (como organização empresarial, mistura da associação e atividade legal com a ilegal e conexão com outras organizações similares), mais a associação com agentes estatais ou controle sobre instituições do Estado, mais a ameaça que submete as vítimas e retrai as testemunhas. Esse conjunto vai formando o conceito do que se chama crime organizado. Várias destas características começavam a se desenvolver neste grupo criminoso.

Mas, o que chama a atenção com mais vigor, é a degeneração ocorrida e tolerada dentro da Polícia Civil naquela região. Diferente do caso da Favela Naval, em Diadema, ocorrido com a Polícia Militar e que repercutiu enormemente sobre toda a instituição, este caso não teve o mesmo resultado exemplar dentro da Polícia Civil. Cremos que foi pela falta de imagens para transmiti-lo amplamente pela televisão. Mas, pela gravidade dele não há dúvida de que o caso de Bragança é a 'Favela Naval' da Polícia Civil de São Paulo.

6) Roubo de cargas – Aparecida

Outro caso, acompanhado pela CPI, desvendado pela Polícia Civil e por ela investigado, pela Polícia Militar, e pelo MP, é o envolvimento de policiais militares com o roubo de cargas na região de Aparecida e da Via Dutra. O principal personagem desta associação criminosa era o capitão da Polícia Militar, Oscar André Câmara, condenado em primeira instância a 21 anos de prisão.

Em 1994 e 1995, enquanto comandava a companhia da Polícia em Aparecida, comandava também o roubo de cargas, junto com dois subordinados e vários civis. Ele participava inclusive das ações de assalto e desvio dos caminhões e das negociações para colocação das cargas. Ele apresentava também sinais externos de riqueza, incompatíveis com seus vencimentos, e o coronel comandante da região participava de festas na sua casa. Ele tinha também bom trânsito entre os políticos da região, tendo trabalhado inclusive em Brasília na Câmara dos Deputados. Foi da Polícia Civil que veio a revelação de suas atividades criminosas.

Comentários

O caso do capitão Câmara pode se situar numa posição intermediária entre dois casos já avaliados: do capitão Cleodir e do delegado Marcus Vinicius. Sua maior semelhança com o capitão Cleodir está na associação com assaltantes e comerciantes para roubar mercadorias e introduzi-las no mercado. Sua maior semelhança com o delegado Marcus Vinicius está na participação direta nas ações e na falta de uma estrutura mais sofisticada. Sua semelhança com os dois está na confiança em sua impunidade, e na convicção de que o cargo público, as relações estabelecidas a partir dele, os protegeria.

7) Roubo de cargas – Capital

Uma das razões da criação desta CPI foi o depoimento feito em 1994, na CPI sobre o Jogo do Bicho, por um ex-informante da Polícia Civil, José Gonzaga Moreira, o Zezinho do Ouro, onde ele acusava vários policiais de participação em roubos e desvio de cargas e outros crimes. Por isso ele foi ouvido novamente nesta CPI do Crime Organizado. De suas denúncias, feitas a partir de 1994, resultaram 49 inquéritos policiais na Corregedoria da Polícia Civil, com 66 policiais civis investigados, com mais destaque para 7 investigadores, 4 delegados e 3 agentes policiais. Muitos deles foram condenados em primeira instância, mas depois absolvidos no Tribunal de Justiça, sob o argumento da insuficiência de provas.

Os crimes de que são acusados normalmente foram feitos a partir das oportunidades que o

exercício da função policial lhes dava. Um dos mais comuns era o peculato, quando, em razão do cargo público que exerciam, apropriavam-se de cargas roubadas, de dinheiro e armas dos assaltantes de banco, de cocaína dos traficantes e de jóias roubadas. Outro crime dos mais comuns era a corrupção passiva, quando obtinham dinheiro ou bens, em troca da liberdade do criminoso, de não apreender a mercadoria ilícita ou de origem ilegal, de enquadrá-lo com menos rigor no inquérito policial.

Comentários

Tratam-se de ações criminosas reiteradas envolvendo as mesmas pessoas (policiais, informantes e outros criminosos), portanto, em associação para cometerem crimes: isto é a caracterização do crime de quadrilha ou bando.

No entanto, a associação se dava entre agentes do Estado envolvidos com os crimes e com outros criminosos. Havia o uso da hierarquia funcional como uma hierarquia para o crime. A ameaça, facilmente realizável pelas prerrogativas conferidas pela função, era um meio constante de intimidação. Todos se respaldavam na sua função pública e no escudo protetor que isto representava.

8) Roubo de cargas – Guarulhos

A CPI insistiu sobre um caso de agentes públicos envolvidos em roubo de cargas que ia ficar no esquecimento e na impunidade.

Dois policiais civis de São Paulo, Cláudio Saturnino e Sérgio Rolnik, foram surpreendidos por policiais militares, em agosto de 1994, na cidade de Guarulhos, escoltando uma carreta roubada carregada de calçados. Eles alegaram estar aí para prender os assaltantes, mas não permitiram que seu carro, que já continha algumas mercadorias roubadas fosse revistado. Estabeleceu-se um conflito entre delegados e o comandante local da Polícia Militar. No inquérito sobre o caso feito na Polícia Civil eles apareciam como testemunhas em virtude do dever policial que alegavam ter cumprido.

Ao final, os depoimentos dos policiais militares careciam de provas, impedidas de serem feitas pelos delegados protetores dos policiais. Porém, o trabalho da CPI, em conjunto com uma comissão similar da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, conseguiu encontrar o motorista do caminhão numa cidade do interior gaúcho, e encaminhá-lo ao Ministério Público e Judiciário para seu depoimento decisivo. Os dois policiais civis foram condenados a quatro anos de prisão. Ficaram impunes, porém, na Polícia Civil, os delegados que deram proteção ao crime de seus subordinados, um deles inclusive tendo feitas ameaças ao motorista caso ele contasse a verdade no inquérito.

A CPI procurou mais elementos sobre outras atividades dos dois policiais civis condenados. Uma das descobertas foi de que faziam uso de uma viatura caracterizada da polícia, sem comparecer ao serviço, com o consentimento de superiores. Porém, não foi possível identificar quais atividades criminosas desenvolviam e em sociedade com quem. De qualquer modo, restaram indícios de que haveria aí um grupo criminoso em desenvolvimento.

Comentários

Este caso apenas é um exemplar do misto de proteção e associação que ocorre nos crimes cometidos por policiais. É a mesma manifestação da proteção que vimos no caso do delegado Marcus Vinicius. Mas, parece se enquadrar no tipo de quadrilha ou bando.

9) Corrupção de agentes públicos – Detran – Capital

A CPI investigou irregularidades no Departamento de Trânsito da Capital e em Ciretrans do Interior, em especial nos anos de 1994 e anteriores. Foi constatado que ocorria com freqüência furto de formulários em branco do documento de registro de veículo, para com eles regularizar carros roubados ou furtados. A freqüência denotava conivência e participação. Também se verificou, o que depois a investigação dos leilões de veículos sinistrados confirmaria, o uso de documentos de automóveis que tiveram perda total, com conivência no Detran, para dar aparência legal a carros alheios. Verificou-se intenso intercâmbio entre policiais civis e funcionários do Departamento com empresas particulares dedicadas a reaver veículos roubados ou furtados. Muitos funcionários destas empresas, de empresas seguradoras e de despachantes, possuíam as senhas exclusivas do Detran para acesso às informações de seus computadores e operavam livremente em seus terminais.

Além disso, havia a venda de cartas de habilitação através dos chamados 'exames especiais', forjados por alguns investigadores da Polícia Civil, em conjunto com uma auto-escola, com a participação direta dos responsáveis pela Divisão de Habilitação. Havia também a fraude nas informações de multas, em acerto com os despachantes. Ou a fraude ao IPVA, baixando o seu valor, com a alteração do ano nos dados do veículo. Ou a chancela falsa do pagamento do tributo. Afora isso a CPI verificou várias irregularidades administrativas durante a gestão do delegado Cyro Vidal, que havia dirigido o órgão nos últimos oito anos. Ele havia favorecido uma empresa fornecedora de placas, que tinha com ele fortes vínculos: relações de compra e venda de veículos de seu uso, prestação de favores da empresa ao delegado, sociedade entre sua esposa e a esposa de um sócio da empresa. Ele havia favorecido também uma empresa coletora do lixo gerado pelo órgão, que tinha valor comercial devido ao grande volume de papéis, substituindo a coleta gratuita que era feita pela Prefeitura pela coleta onerosa ao órgão feito por esta empresa.

Comentários

As investigações no Detran constituíram apenas o início do levantamento do véu que encobria práticas ilícitas de todo tipo naquele órgão. Houve um esforço governamental de saná-las, paralelamente ao interesse da CPI pela questão. O esforço da nova diretoria e da nova corregedoria do Detran foi muito importante para o trabalho da CPI. Mas não restou uma visão sistemática e suficiente das ilicitudes e de seus responsáveis, que pudesse levar à descoberta de quais as organizações criminosas agiam lá dentro, quais os agentes criminosos internos e com quem mantinham externamente relações para cometer os crimes.

10) Assassinato e corrupção – Suzano

O assassinato do vereador Gilmar Arena, de Suzano, em 10.12.1997, chamou a atenção da CPI em face do contexto em que se deu. Arena, ex-empregado da empresa Pioneira, coletora de lixo da cidade, tinha sido intermediário dela, num caso de concussão em que a empresa era vítima. Segundo dizia Arena em seus depoimentos, dois outros vereadores, Pedro da Silva e Pedro Talarico, tentavam obter 1 milhão de reais do dono da empresa para fazer um relatório favorável numa comissão especial de inquérito que investigava seu contrato com a Prefeitura. A empresa gravou as negociações e levou o caso à polícia. A Câmara Municipal criou comissão processante para cassar o mandato dos três envolvidos, inclusive Arena. No dia em que a cassação seria votada, e para o qual ele prometia revelações importantes, Arena foi executado.

A CPI passou a investigar o contexto político e empresarial em que se deu o assassinato. Ouviu inúmeras pessoas sobre o caso, vereadores, empresários, familiares e inclusive o prefeito municipal e o presidente da Câmara. A CPI concluiu que, pelas circunstâncias em que ocorreu e pelos acontecimentos que o cercam, o assassinato tem relação com o caso da coletora Pioneira.

A grande dificuldade de esclarecimento do crime persiste na esfera policial, embora por pedido da CPI as investigações tenham ficado a cargo de equipe especializada do Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa da Capital. A polícia não conseguiu identificar o executor, apesar de ter seguido várias pistas. Sem identificá-lo e estabelecer suas relações não se consegue avançar nas provas de mando. Há evidentemente alguns suspeitos de intermediação e de mando no crime, porém os indícios ainda são insuficientes para incriminá-los.

Comentários

O caso é um exemplo dos problemas crescentes de degradação no exercício da função pública em câmaras municipais do Estado e nas relações entre prefeituras, empreiteiras e prestadoras de serviços.

O serviço de coleta de lixo, concedido durante décadas à mesma empresa privada, gerou disputas por substituí-la (um dos vereadores envolvidos havia operado com empresa deste tipo). Esta disputa usou como instrumento uma investigação da Câmara, que concluiu pela existência de diversas irregularidades. Com a descoberta, alguns vereadores se associaram para obter vantagens financeiras (tudo indica que já iniciaram a investigação com este objetivo).

Estamos diante de associações diversas: uma para cometer crimes contra a administração pública; outra para responder a estes crimes com outros. O choque das duas associações levou a outros crimes: escuta telefônica clandestina, ameaças, atentados, e, por fim, o assasinato. Arena era, ou tinha sido, aliado do grupo da coletora Pioneira, mas sofria a ameaça de cassação junto

com os vereadores adversários do grupo da coletora. Os dois lados agora se acusam do mando desta morte.

11) Assassinatos e corrupção – Guarulhos

Em junho de 1997, foi assassinado o secretário de Finanças do Município de Guarulhos, Manoel Rezende da Silva, e mais adiante foi assassinado o gerente da empresa de segurança Resilar, com a qual o secretário tinha conflitos. A CPI, do mesmo modo que em Suzano, dedicou-se a investigar as circunstâncias que cercaram esta execução. Descobriu inúmeras irregularidades nas relações entre esta empresa e a Prefeitura, e os esforços do Secretário para impedir os pagamentos superfaturados e evitar a renovação do contrato.

A CPI fez visita de surpresa à sede da empresa, onde obteve inúmeros documentos que, confrontados com documentos obtidos na Prefeitura, provaram cabalmente que a empresa recebia até 1 milhão e 400 mil reais a mais no mês do que a sua capacidade de atendimento com o pessoal que constava em suas folhas de pagamento. A CPI conseguiu provar também o faturamento de dezenas de postos duplicados, a multiplicação falsa de pessoal nos postos, a ausência completa de fiscalização da Prefeitura, a corrupção e a corrupção passiva.

Foi ouvido um grande número de depoentes, inclusive o Prefeito da cidade, o Vice-Prefeito, o secretário de governo, o Presidente da Câmara Municipal, funcionários municipais e da empresa de segurança. O proprietário da empresa tentou se escudar em medida liminar da 6.ª Vara da Fazenda Pública para não ser ouvido. A medida liminar terminou sendo suspensa pelo presidente do Tribunal de Justiça.

A quebra do sigilo bancário dos envolvidos trouxe importantes revelações sobre as movimentações financeiras da empresa e de seu proprietário, e revelou cheques pagos por eles a funcionários públicos municipais encarregados das relações entre o poder público e a empresa.

As conclusões da CPI, os documentos de prova, e a transcrição dos depoimentos foram encaminhadas em mais um relatório parcial ao Ministério Público. Quanto aos assassinatos, o Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa concluiu que o Secretário foi morto pelo Gerente, depois também executado. Resta ainda esclarecer os outros participantes da primeira execução, os que realizaram a segunda, e os mandantes ou mandante. Há fortes suspeitas que recaem sobre o dono da empresa de segurança, pelo interesse específico e conflitos nos dois casos, mas ainda não há provas.

Comentários

Este caso de Guarulhos mistura peculato, concussão, corrupção ativa e passiva, tráfico de influência, ameaças e assassinatos. Ele aponta no sentido da existência de um grupo de pessoas sistematicamente unidas, numa empresa legal, para o cometimento de crimes contra a Administração Pública de Guarulhos, que se associavam, para isso, com agentes públicos. Para melhor conhecer esta organização, seria necessário aprofundar a investigação sobre ela em outros anos passados.

O fato de existir uma sociedade criminosa entre particulares e agentes públicos, para assalto ao dinheiro público, não significa que todos os crimes tenham sido cometido por decisão e com conhecimento de todos. O mais provável, e as investigações encaminham para isso, uma parte apenas da sociedade criminosa, a privada, decidiu por si cometer os assassinatos.

12) Assassinato e agressões – Favela Naval – Diadema

Logo que foram veiculadas na TV Globo as imagens de assassinato e agressões ocorridos no início de março de 1997, na Favela Naval, em Diadema, a Assembléia Legislativa, através desta CPI foi a campo para realizar suas investigações. Coletou documentos e informações no 24.º Batalhão em Diadema, visitou o local dos fatos, analisou as cenas da fita integral, ouviu vítimas, ouviu todos os responsáveis pelo comando geral e local da Polícia Militar, localizou e ouviu o cinegrafista do caso e peritos do Instituto de Criminalística, e, por fim, trouxe a depoimento os policiais militares envolvidos. Menos de um mês depois, a CPI apresentava o seu relatório, e o passava à CPI formada especificamente para investigá-lo.

No relatório apresentado, além da análise detalhada dos fatos na fita integral, da verificação minuciosa do modo como se transmitiram e omitiram informações na Polícia Militar e na Secretaria de Segurança, do modo como foram tomadas as providências disciplinares, a CPI avaliou os crimes cometidos e a participação diferenciada dos policiais militares neles.

As recentes sentenças do Tribunal do Júri em Diadema mostram a seriedade das investigações da CPI no curto espaço de tempo de que dispôs.

A CPI ainda analisou vícios e costumes no 24.º Batalhão que criaram as condições para os crimes em boa hora filmados: a hierarquia ao avesso, onde os superiores eram comandados pelos soldados mais violentos; os valores invertidos, quando todas as noções legais que os policiais aprendem no seu processo de formação deixam de ter valor na rua; a criação de um regulamento disciplinar clandestino aplicado aos civis, no qual o direito de ir e vir sofre restrições inconstitucionais e os outros direitos são derrogados.

Comentários

Vários policiais militares de Diadema haviam formado um bando para o cometimento de crimes, com hierarquia própria não coincidente com a hierarquia da corporação. Nem todos os que estavam nos acontecimentos filmados faziam parte deste bando. Alguns lá estavam por imposição da escala de serviço e decisão do comando legal.

Não parece que este grupo criminoso se enquadre no conceito de crime organizado que busca esta CPI, se tomarmos por base estas ações e a organização para elas. Embora sejam agentes do estado a cometer crimes, falta ao caso a sofisticação e outros componentes mais característicos do que se chama crime organizado. Cabe a este grupo mais o tipo de quadrilha ou bando consagrado em nosso CP.

A ampla reação da sociedade correspondeu a um amplo desgaste da imagem da corporação policial militar. Neste período posterior, sentindo o peso da sua responsabilidade sobre a história da instituição, o comando da corporação procurou reavivar valores de comportamento legalista. Este terá sido o principal resultado do serviço prestado ao país pelos que filmaram as cenas, por aqueles que as divulgaram, e por todos aqueles que agiram positivamente a partir disso no seu meio ou em sua função.

Deputado Elói Pietá – Relator.

ANEXO II

OUTROS FATOS INVESTIGADOS PELA CPI

1) Furto e roubo de veículos – Zona Norte da Capital

Em maio de 1996, deputados da CPI e policiais, fizeram visita de surpresa a seis estabelecimentos comerciais de peças de veículos na Av. Júlio Buono e ruas próximas, na Zona Norte da Capital. Todos tinham irregularidades fiscais. O maior deles, Norte Peças, com milhares de itens de mecânica e lataria à venda, funcionava normalmente, com letreiro na fachada e portas abertas, mas não possuía nenhum registro fiscal federal, estadual ou municipal, nem o obrigatório registro na Polícia Civil. E, próximo dele, havia um distrito policial. Os vizinhos informaram que policiais freqüentavam o local. Lá foi encontrado um carro novo recém desmontado, furtado alguns dias antes. Um dos proprietários do estabelecimento é sobrinho do proprietário de uma oficina mecânica, onde, um mês antes, os bombeiros, ao apagar um incêndio, haviam encontrado vários veículos furtados sendo desmanchados.

Em face de informações obtidas neste local, a CPI visitou em seguida duas empresas de comércio de peças em Guarulhos, na Grande São Paulo. Num deles, chamado EEMB, o proprietário foi preso em flagrante. Havia no local peças de dois veículos furtados. Este estabelecimento se encontrava registrado na Receita Federal, Fazenda Estadual, Prefeitura e Polícia Civil. Nas agendas encontradas havia telefones associados a dois agentes da Polícia Civil, com quem o proprietário mantinha negócios. Descobriu-se depois que um deles possuía um veículo remontado em cima de um chassi de outro veículo roubado. O outro era um carcereiro da Polícia Civil, já aposentado, que possuía outro desmanche onde foram encontradas peças de um carro furtado.

2) Roubo de caminhões – Capital

A CPI investigou junto com policiais militares, policiais do Instituto de Criminalística da Polícia Civil, e fiscais da Fazenda, dois grandes estabelecimentos de venda de caminhões usados, cabinas e peças de caminhões, na Zona Norte da Capital, Marfran Comércio de Peças Ltda., e na Zona Oeste da Capital e Ponte Diesel.

A visita à Marfran ocorreu porque entre os documentos encontrados na investigação das atividades criminosas do capitão Cleodir Fioravente Nardo em Guarulhos encontrou-se solicitação à montadora Scania de plaquetas e selos

identificadores para um caminhão de propriedade daquela empresa. Lá foram localizadas estas plaquetas e selos. Havia também documentos públicos em branco (carteira nacional de habilitação, RG, CIC) e ferramentas usadas para remarcação de número nos caminhões roubados. Por isso houve a prisão em flagrante do proprietário. O processo criminal posteriormente iniciado continua em andamento.

Na Ponte Diesel, os técnicos verificaram a existência de sinais de adulteração na numeração de vários veículos. Os policiais encontraram no lixo documentos de caminhões roubados. A documentação de origem das peças era muito deficiente e havia várias irregularidades fiscais.

3) Leilões de veículos acidentados

No mês de agosto de 1997, os deputados da CPI, acompanhados de policiais civis, visitaram um dos maiores estabelecimentos de leilão de veículos sinistrados da Grande São Paulo, chamado Sodré Santoro, situado na Via Dutra, em Guarulhos.

A presença dos deputados, solicitando a comprovação inexistente de baixa no Detran da documentação dos veículos sinistrados, como manda a lei, fez paralisar o leilão. A verificação dos lances mínimos praticados ou dos lances vencedores já realizados, mostrou que um veículo seminovo sinistrado, era arrematado, conforme a marca, por 3 a 4 mil reais. Verificando o estado destes veículos, concluiu-se que boa parte deles era imprópria para reforma. Só serviriam para serem desmanchados e vendidos em peças. As peças íntegras aproveitáveis não ultrapassariam 50%. Desta forma seria impossível concorrer com os receptadores de veículos furtados ou roubados, para os quais, um veículo semelhante custava junto aos ladrões de 500 a 700 reais, com o aproveitamento de todas as peças. Por isso, é racional a informação de que os documentos do veículo sinistrado são usados para documentar outro veículo roubado e adulterado.

4) Cargas roubadas na capital

Em julho de 1997, chegou ao conhecimento da CPI denúncia de que uma carga de tecido roubado estaria escondida em um depósito no bairro do Brás. No local os agentes a serviço da CPI apreenderam aproximadamente 250 rolos de tecidos, todos roubados da Transportadora Americana Ltda. Identificados os proprietários do local, Lamartine Flutuoso da Silva e Aerson Joventino Junior, não se encontravam no local e passaram a ser investigados posteriormente pela Polícia Civil, a quem o caso foi conduzido pela CPI.

5) Caminhões roubados na capital

Em setembro de 1997, a CPI do Crime Organizado visitou em operação conjunta com a Polícia Militar, a Polícia Civil e o Instituto de Criminalística, um grande desmanche de caminhões situado na Marginal do rio Tietê, denominado Ponte Diesel. Foram apreendidos no local vários caminhões com chassis adulterados e nos latões de lixo que estavam no interior da empresa foram encontrados documentos pertencentes a veículos roubados. Os proprietários foram indiciados por receptação e a Polícia Civil prosseguiu as investigações.

6) Primeiro Comando da Capital

Em maio de 1997, a CPI recebeu informação anônima a respeito de uma organização criminosa auto-intitulada PCC (Primeiro Comando da Capital), que estaria comandando rebeliões nos presídios e transferências de presos, fatos estes reafirmados com a apreensão de uma outra carta em poder de Hermínio Geraldo Sales, ex-recluso da Casa de Custódia de Taubaté.

Policiais a serviço da CPI diligenciaram à Casa de Custódia e Tratamento de Tremembé, onde constataram que várias mortes ocorridas no interior daquele presídio eram atribuídas a membros do PCC, confirmando a existência de tal organização criminosa.

Tais informações foram passadas por esta CPI ao Secretário da Administração Penitenciária, que não deu o devido crédito, e não adotou nenhuma providência para coibir aquela organização criminosa, que expandiu-se por todo o sistema carcerário do Estado, como podemos acompanhar pelos noticiários. Os presos têm se rebelado, exigindo transferência para outros presídios a sua escolha, numa total inversão de valores, onde os presos controlam os presídios e não mais a Secretaria da Administração Penitenciária.

7) Comando Vermelho em São José dos Campos

No mês de maio de 1997, chegou ao conhecimento da CPI, denúncia de que na cidade de São

José dos Campos, mais precisamente na favela Santa Cruz I, integrantes do Comando Vermelho, organização criminosa do Rio de Janeiro, estariam fazendo uso de armamento pesado e treinando crianças e adolescentes para guerrilha urbana, ou seja, assediando a população local para a colaboração no combate as instituições policiais.

Os agentes a serviço desta CPI, deslocaram-se até a cidade de São José dos Campos para fotografar e avaliar a possibilidade de uma operação policial na favela Santa Cruz I. Quando observavam o interior da favela do alto de uma ponte próxima, foram surpreendidos por indivíduos que saíam da favela e que efetuaram vários disparos de arma de fogo contra os agentes que ali estavam. Imediatamente foi deflagrada operação policial na favela com a incursão da Polícia Militar e da Polícia Civil, bem como os agentes da CPI. Foram apreendidas seis armas de fogo e 12 indivíduos foram presos, sendo que pelo menos dois eram do Rio de Janeiro, que foram autuados em flagrante por tentativa de homicídio, porte ilegal de arma e corrupção de menores.

8) Ação criminosa de policiais em Santo André

O Grupo de Atuação Especial de Repressão do Crime Organizado (Gaeco), em diligências na sede do Garra, da Polícia Civil de Santo André, prendeu em flagrante delito alguns policiais civis, em cujos armários foram encontrados entorpecentes e armamentos diferentes do utilizado normalmente pela polícia. Este fato foi noticiado pelos jornais, com a foto do investigador de Polícia Gilberto Shigueru Hissamune, o Giba. Seis empresários, alguns deles estrangeiros, moradores ou trabalhando em empresas da região, procuraram a Presidência desta CPI comunicando terem sido extorquidos por policiais civis daquela região, entre eles o Giba. Essas extorsões diziam respeito ao encontro de entorpecentes em carros de filhos ou funcionários dos denunciantes, que já possuíam passagem por uso de entorpecente e que devido ao pagamento de propina (um dos casos teria chegado a US$ 300.000,00) não foi elaborado o flagrante delito.

Os empresários negaram-se a prestar qualquer depoimento escrito ou gravado, temendo represálias ou o comprometimento das empresas multinacionais em que trabalham, situadas na região do Grande ABCD.

Diante dessas alegações não tivemos como obter provas outras que pudessem propiciar o indiciamento de referidos policiais civis, pois como é sabido, nestes casos de extorsão, a palavra de ordem é ameaçar a vítima e estender a coação a familiares. As pessoas extorquidas ocultam os fatos temendo represálias, o que dificulta a coleta de maiores informações.

Deputado Elói Pietá – Relator.

11.2

PORTARIA 767, DE 04 DE DEZEMBRO DE 1998

Dispõe sobre a regulamentação do Sistema Nacional de Armas (SINARM) e dá outras providências.

O Ministro de Estado do Exército, de conformidade com o prescrito no par.ún. do art. 3.º, nos arts. 11, 12, 13 e 14, no par.ún. do art. 15, nos arts. 16 e 17, todos da Lei 9.437, de 20.02.1997, resolve:

Art. 1.º Os proprietários de armas de fogo de uso restrito ou proibido, independente de terem suas armas registradas em outro órgão, deverão providenciar o cadastramento destas no Ministério do Exército.

§ 1.º As armas de calibre 9x19mm e as de calibre 45 terão seus registros homologados, respectivamente, na Diretoria de Armamento e Munição (DAM) e na Diretoria de Fiscalização de Produtos Controlados (DFPC).

§ 2.º As armas dos demais calibres, de propriedade de colecionadores, atiradores e caçadores, serão registradas na região militar a que estes estiverem vinculados.

Art. 2.º O registro de armas de fogo dos militares das Forças Armadas e Auxiliares é caracterizado pela publicação em Boletins Reservados e deverá conter, no mínimo, os seguintes dados:

I – data de aquisição (caso seja desconhecida, utilizar a do registro);

II – tipo (revólver, pistola, rifle, fuzil, espingarda, escopeta etc.);

III – marca (IMBEL, Taurus, Rossi, Boito etc.);

IV – calibre (6.35, 22, 380, 40 etc.);

V – modelo (MD 1, PT 111, PT 917-C etc.);

VI – número da arma;

VII – comprimento do cano (só para revólver, espingarda e escopeta);

VIII – capacidade ou número de tiros;

IX – tipo de funcionamento (automática, semi-automática ou de repetição);

X – país de fabricação.

Art. 3.º O porte de tráfego de arma de fogo de colecionadores, atiradores e caçadores será concedido pelos Serviços de Fiscalização de Produtos Controlados (SFPC), por meio de Guias de Tráfego.

Art. 4.º Os oficiais de carreira (da ativa, da reserva remunerada e reformados) e os oficiais temporários (enquanto na ativa) têm assegurado o porte de arma, nos termos do art. 50, inc. IV, alínea *q*, da Lei 6.880, de 09.12.1980, observado o disposto no art. 17 do Dec. 2.222, de 08.05.1997.

Art. 5.º Para a concessão de porte de arma de fogo às praças, prevista no Estatuto dos Militares, deverão ser atendidos, no mínimo, os seguintes requisitos:

I – de caráter geral:

a) ter comportamento ilibado na vida pública e na particular;

b) obter menção *B* em teste de aptidão de tiro (a ser regulamentado) com arma do mesmo tipo do porte pretendido.

II – para militares da ativa:

a) estar no comportamento bom;

b) estar apto para o serviço ativo.

III – para militares da reserva remunerada, apresentar comprovação de aptidão psicológica para manuseio de arma de fogo.

§ 1.º O não-atendimento de qualquer destes requisitos implicará na cassação imediata do porte.

§ 2.º A abrangência alcançada pelo porte de que trata o *caput* deste artigo deverá ser restrita à área de efetiva necessidade apresentada pelo requerente, ter prazo determinado e, em princípio, não ultrapassar os limites da região militar de sua vinculação.

§ 3.º Nos casos excepcionais em que haja necessidade de abrangência além dos limites de uma Região Militar, este deverá homologá-lo como porte federal.

Art. 6.º Os oficiais e as praças de reserva não remunerada deverão solicitar seus portes de armas de fogo aos órgãos policiais competentes.

Art. 7.º A DFPC deverá providenciar o cadastramento geral de todas as armas controladas pelo Ministério do Exército.

§ 1.º As regiões militares deverão realizar o cadastramento das armas de fogo dos militares, colecionadores, atiradores e caçadores, sob sua jurisdição, por meio dos seus SFPC, que deverão estar interligados à DFPC.

§ 2.º O Comando de Operações Terrestres (Coter) deverá coordenar o cadastramento das armas de fogo dos policiais e bombeiros militares e providenciar a remessa destes dados ao SFPC/RM a que estiver vinculada a respectiva Corporação Militar.

§ 3.º Ao passar para a reserva não-remunerada, o militar deverá providenciar a transferência dos registros de suas armas de fogo junto aos órgãos policiais competentes, bem como comunicá-la ao SFPC/RM à qual pertencia.

Art. 8.º As fábricas e os estabelecimentos comerciais de armas de fogo deverão informar, mensalmente, à DFPC a relação de todas as armas que derem saída de seus estoques, com a indicação de seus adquirentes.

Art. 9.º As armas de fogo obsoletas, pertencentes a colecionadores, atiradores ou caçadores, a critério do interessado, poderão ser registradas no órgão militar competente.

Art. 10. As armas de uso permitido registradas por civis e militares das Forças Armadas e Auxiliares, durante o período de anistia a que se refere o art. 5.º da Lei 9.437, de 20.02.1997, poderão permanecer com seus proprietários, mesmo excedendo as quantidades autorizadas pela legislação em vigor, impedindo, entretanto, a aquisição de novas armas, enquanto perdurar esta situação.

Art. 11. As armas de uso restrito ou proibido registradas por civis e militares das Forças Arma-