

dupl.

REVISTA BRASILEIRA DE **ciências criminais**

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

ano 6 - n. 22 - abril-junho - 1998

22

**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

Trimestral • Ano 6 • n. 22 • abr.-jun./98

As opiniões expressas nos artigos responsabilizam apenas os autores.

**ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**

© Edição e distribuição da

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

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

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

Diagramação eletrônica: Eurotexto Informática Ltda. – ME – Av. Sete de Setembro, 1000, Campina do Monte Alegre - CEP 18245-000, SP, Brasil • *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 – CEP 07220-020 – Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

Conceitos pouco conhecidos do cidadão brasileiro parecem ter vindo à tona de uma só vez, passando a permear a nossa vida cotidiana, expressando a mais moderna tendência mundial que pode ser sintetizada em uma única palavra: globalização.

Diariamente, acontecimentos que revelam a interação social e econômica entre os mais diversos países do mundo povoam os meios de comunicação e suscitam a discussão da comunidade internacional. Nesta perspectiva, o Direito, instrumento regulador da conduta humana e das relações sociais, atua como elemento essencial na efetivação deste processo de interação.

Em tempos recentes, a edição de novas leis dispendo sobre crimes contra o meio ambiente e “lavagem” de dinheiro, acordos internacionais sobre o combate ao tráfico de drogas e expulsão de criminosos estrangeiros, bem como a intenção de instituir-se uma Corte Criminal Internacional, são exemplos concretos dos novos rumos tomados.

Na busca da integração ao processo de cooperação internacional, editam-se normas e assinam-se tratados que aderem aos padrões internacionalmente aceitos (e implicitamente impostos). Todavia, nem sempre atendem eles às necessidades e peculiaridades próprias da nação e mais, dos postulados e fundamentos do Estado de Direito.

Diante desta realidade, somos levados a questionar: como seria possível compatibilizar a Soberania, princípio constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro com a crescente e hodierna internacionalização das leis penais? Como não permitir que o Direito seja um mero instrumento político a serviço de interesses de países economicamente mais poderosos? Como não perder o passo da história e ao mesmo tempo ser parte ativa na sua construção? São questões às quais não podemos responder de imediato, sem um mínimo de reflexão e sem uma certa dose de ousadia.

Por certo, as soluções não se encontram na defesa cega da moderna tendência mundial, nem tampouco no apego exacerbado ao nacionalismo estanque, que impede a evolução. É preciso valorizar o Direito Penal em seu aspecto dinâmico, questionando os dogmas e as mudanças que se operam. É necessário fomentar o debate, difundir as idéias, fortalecendo o direito pátrio e reconhecendo a importância do direito alienígena.

Neste compasso, a *Revista Brasileira de Ciências Criminais* alcança sua vigésima segunda edição, espelhando a consciência crítica nacional e o pensamento de vanguarda da doutrina internacional, reafirmando seu papel inovador e fundamental no processo de globalização.

SUMÁRIO

1 – DOUTRINA INTERNACIONAL

Criminalidade organizada de tipo mafioso e poder político na Itália – STANISLAO RINALDI	11
A preservação do ambiente através do Direito Penal – WINFRIED HASSEMER	27

2 – DOUTRINA NACIONAL

Aspectos subjetivos da sentença penal – ALICE BIANCHINI.....	37
O direito à integridade física, psíquica e moral e a pena privativa de liberdade – ANTONIO CELSO CAMPOS DE OLIVEIRA FARIA.....	51
O término do processo administrativo-fiscal como condição da ação penal nos crimes contra a ordem tributária – FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO.....	63
A tendência do processo penal moderno – MARCELO BATLOUNI MENDRONI	81
A doutrina, a jurisprudência e o art. 327, do Código Penal – ROBERTO WAGNER BATTOCHIO CASOLATO.....	89
Conexão e continência na Lei n. 9.099/95 – SIDNEY ELOY DALABRIDA.....	105

3 – DIREITO DE TRÂNSITO

Não é o que parece – FRANCISCO GUIMARÃES DO NASCIMENTO.....	111
Polícia judiciária e o código de trânsito brasileiro – HAROLDO FERREIRA	117

4 – CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

Estrutura das organizações criminosas – JOSÉ CARLOS GOMES.....	125
Prevención criminal y población carcelaria – MIGUEL LANGON CUÑARRO	131

5 – POLÍCIA E DIREITO

Questões preliminares para a discussão de uma proposta de diretrizes constitucionais sobre a segurança pública – CARLOS MAGNO NAZARETH CERQUEIRA	139
--	-----

6 – PARECERES E TRABALHOS FORENSES

Homicídio doloso. Desclassificação. Lesões corporais seguidas de morte. Preterdolo (caso do índio Pataxó) RSE 1.826/97-DF – TJDF – 2.ª T. Crim. – Voto – Rel. Des. JOAZIL M. GARDÉS	183
---	-----

7 – SOCIOLOGIA JURÍDICA

A insustentável ilicitude do aborto – DANIELLE ARDAILLON.....	199
As transformações do direito – JOSÉ EDUARDO FARIA.....	231
Noções de legitimidade na luta pela terra: um caso na Paraíba – MARCELO GOMES JUSTO	241

8 - JURISPRUDÊNCIA**8.1 - Jurisprudência Classificada**

Prisão Civil em Alienação Fiduciária - CARLOS ALBERTO PIRES MENDES/ FERNANDA VELLOSO TEIXEIRA/SÉRGIO ROSENTHAL e VINÍCIUS DE TOLEDO PIZA PELUSO).....	253
---	-----

8.2 - Jurisprudência Comentada

Progressão de regime por <i>lic</i> : constrangimento ilegal na potencialização dos crimes cometidos - MARCELO SEMER	259
Individualização da pena. Da liberdade, da discricionariedade, do automatismo e de outras coisas - MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI	269
Imunidade Parlamentar - RENÉ ARIEL DOTTI	277

8.3 - Jurisprudência Recente

Busca domiciliar noturna. Impossibilidade sem o consentimento do morador. Arts. 5.º, IX, CF 88; 150, § 4.º, CP e 245 CPP	287
Excesso na denúncia. Desconformidade entre a conduta e sua definição jurídica	289
Necessidade de motivação da causa especial de aumento de pena	293

8.4 - Ementário de Jurisprudência

ROBERTO DELMANTO JÚNIOR/FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO	297
---	-----

9 - LEGISLAÇÃO

Lei n. 9.605, de 02.02.1998	323
Lei n. 9.609, de 19.02.1998	333
Lei n. 9.610, de 19.02.1998	336
Lei n. 9.613, de 03.03.1998	337
Lei Complementar n. 95, de 26.02.1998	342

10 - DOUTRINA LATINO-AMERICANA

Diagnóstico y perspectivas del binomio judicialización-jurisdiccionalización, en el cumplimiento de las penas privativas de la libertad - JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA	347
--	-----

11 - PESQUISA

A questão dos transplantes e suas interfaces - TATIANA BOEMER/WAGNER LUIZ DE SOUZA VITA	361
--	-----

12 - CÓDIGO PENAL - ANTEPROJETO DE LEI	371
--	-----

13 - ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO	417
--	-----

COLABORADORES DESTA REVISTA

ALICE BIANCHINI

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

ANTONIO CELSO CAMPOS DE OLIVEIRA FARIA

Promotor de Justiça.

CARLOS ALBERTO PIRES MENDES

Advogado em São Paulo.

CARLOS MAGNO NAZARETH CERQUEIRA

Vice-Presidente do Instituto Carioca de Criminologia.

DANIELLE ARDAILLON

Doutora em Sociologia pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo e Membro da Comissão de Cidadania e Reprodução.

FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

Advogado Criminalista em São Paulo.

FERNANDA VELLOSO TEIXEIRA

Advogada Criminalista em São Paulo.

FRANCISCO GUIMARÃES DO NASCIMENTO

Ex-Presidente do Conselho Estadual de Trânsito.

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

HAROLDO FERREIRA

Delegado de Polícia.

JOSÉ CARLOS GOMES

Delegado de Polícia.

JOSÉ EDUARDO FARIA

Professor de Sociologia e Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Pesquisador do Centro de Estudos Direito e Sociedade (Cediso).

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

Professor de Direito Penal da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade de Antofagasta.

MARCELO BATLOUNI MENDRONI

Promotor de Justiça em São Paulo e Doutorando em Direito Processual Penal pela Universidade Complutense de Madri.

MARCELO GOMES JUSTO

Cientista Social. Mestrando em Geografia pela Universidade de São Paulo e Pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência (USP).

MARCELO SEMER

Juiz de Direito em São Paulo.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Juiz de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária. Mestrando em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP e Professor do Instituto de Estudos Avançados em Direito - INSEADI.

MIGUEL LANGON CUÑARRO

Professor.

RENÉ ARIEL DOTTI

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

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

Advogado Criminalista em São Paulo. Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo.

ROBERTO WAGNER BATTOCHIO CASOLATO

Advogado Criminalista em São Paulo.

SÉRGIO ROSENTHAL

Advogado Criminalista em São Paulo.

SIDNEY ELOY DALABRIDA

Promotor de Justiça. Assessor do Procurador-Geral de Justiça e Professor da Escola Superior do Ministério Público em São Paulo.

STANISLAO RINALDI

Professor da Universidade do Sarre, Saarbrücken - Alemanha.

TATIANA BOEMER

Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais.

VINÍCIUS DE TOLEDO PIZA PELUSO

Bacharel em Direito pela UNIP.

WAGNER LUIZ DE SOUZA VITA

Advogado e Bolsista de Aperfeiçoamento do CNPq.

WINFRIED HASSEMER

Juiz da Corte Constitucional da Alemanha e Catedrático de Ciências Penais da Universidade de Frankfurt-Alemanha.

**ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

CRIMINALIDADE ORGANIZADA DE TIPO MAFIOSO E PODER POLÍTICO NA ITÁLIA*

STANISLAO RINALDI**

SUMÁRIO: 1. O problema da máfia na Itália: definição do conceito e âmbitos do fenômeno – 2. Características gerais da legislação antimáfia – 3. Bibliografia

1. O problema da máfia na Itália: definição do conceito e âmbitos do fenômeno

Na Itália, segundo visão majoritária dos meios de comunicação e da opinião pública, mas também no plano político-institucional, o complexo e diverso fenômeno da criminalidade organizada e de uma série de formas de criminalidade no campo econômico, vem identificado, algumas vezes de forma acrítica, principalmente com o fenômeno mafioso, expressão utilizada com sentido genérico, mas que apresenta uma articulação interna, inclusive de tipo terminológico. É oportuno, pois, precisar que quando se fala genericamente de máfia se está, em realidade, aludindo a diversas formas de organização criminal, que possuem uma série de elementos em comum e que vêm diferenciadas em função de suas distintas localizações geográficas na região sul da Itália, onde tais

fenômenos tiveram origem e tomaram corpo. Em um sentido mais específico, o termo *Máfia* refere-se àquelas organizações criminais que operam na região da Sicília – onde historicamente nasceu o modelo de criminalidade organizada aqui analisado – o termo *Camorra* às que atuam na região da Campanha, *Ndrangheta*, às que operam na Calábria, e, finalmente, *Sacra Corona Unita*, fenômeno relativamente recente, às organizações que atuam na Puglia (cf. M. L. Cesoni, 1995, 51). A principal organização que, sustenta-se, exerceria inclusive um papel de comando ou pelo menos de forte influência sobre as demais, seria a *Máfia siciliana*, atualmente conhecida por *Cosa Nostra*, que, também por tratar-se de sua primeira expressão histórica, acabou por converter-se em ponto de referência para análise e definição do modelo de crime organizado examinado neste artigo (cf. G. Fiandaca, S. Costantino, 1994b, V). Em síntese, o termo máfia é utilizado, de acordo com o contexto do discurso, ora para referir-se às organizações específicas de tipo siciliano, ora para referir-se à globalidade do fenômeno criminal sob análise. Para referir-se a esta segunda e mais ampla acepção, utiliza-se frequentemente a expressão “organizações de tipo mafioso”, com a qual se visa aludir a formas de organização, onde são

(*) O autor deseja agradecer ao Prof. Juarez Cirino dos Santos por ter possibilitado a sua participação no III Congresso Nacional do Movimento do Ministério Público Democrático (Foz do Iguaçu, 18 a 21 de março de 1997) onde esta conferência foi apresentada.

(**) Tradução de Ana Lucia Sabadell e Theodomiro Dias Neto.

detectáveis as características típicas do originário modelo criminal mafioso, tal como se desenvolveu historicamente e se apresenta hoje na Sicília.

As tentativas de conceituação no âmbito científico são extremamente variáveis, até porque um fenômeno de caráter tão multidimensional e multifacetado como o mafioso pode ser analisado sob os mais diversos ângulos – histórico, antropológico, sociológico, político, econômico, criminológico. A consequência é que cada disciplina que intervém na análise se interessa por aspectos determinados, dificultando a construção de uma visão do fenômeno em toda a sua complexidade (cf. G. Fiandaca, S. Costantino, 1994b, V).

Neste artigo buscar-se-á oferecer uma visão geral do fenômeno, enfatizando, sobretudo, as características principais dos métodos e dos âmbitos de ação das organizações de tipo mafioso.

Algumas considerações, não-exaustivas, sobre determinadas definições ou dimensões do fenômeno podem ser úteis para uma primeira visualização. No *Relatório Cattanei da Commissione Parlamentare Antimáfia* de 1972, se afirma que “as características constantes da máfia são a finalidade de lucro, obtido através de formas de intermediação e de inserção parasitária, o uso sistemático da violência e, sobretudo, a coligação com os poderes públicos” (Relazione Cattanei, 1972, 150). Outras características mencionadas seriam: a ação simultânea nos planos lícito e ilícito e a organização interna voltada à proteção da própria atividade e que logra garantir formas de imunidade perante os poderes públicos (Relazione Cattanei, 1972; cf. também N. Tranfaglia, 1991, 40). O Relatório refere-se ainda às conclusões de Ferrarotti, conhecido sociólogo italiano, que, em 1967, em nome da Comissão Parlamentar Antimáfia, conduziu uma primeira pes-

quisa sobre o fenômeno: a máfia seria “uma típica manifestação de poder informal caracterizada pela existência de uma organização, pela infiltração em todas as esferas da vida pública, pela capacidade de interferência na vida privada das pessoas e pela aceitação do poder mafioso na consciência média dos grupos sociais onde atua, que determinou a sua relativa institucionalização” (Relazione Cattanei, 1972, 122; N. Tranfaglia, 1991, 41). Manifestações específicas do poder mafioso seriam: a capacidade de limitar o direito de propriedade; a ação dirigida a obstar, pelo meio da violência, uma melhoria no nível de vida das classes trabalhadoras; a luta contra a consolidação das instituições e da consciência democrática; a instrumentalização da atividade industrial em um quadro de valores tradicionais e anacrônicos (cf. Relazione Cattanei, 1972, 122)¹.

Uma definição interessante é ainda a de Leonardo Sciascia – famoso escritor italiano e profundo conhecedor da realidade siciliana: “A máfia é uma associação para a delinquência, com fins de enriquecimento ilícito de seus próprios associados, que se estabelece como intermediação parasitária, imposta por meios de violência, entre a propriedade e o trabalho, a produção e o consumo, o cidadão e o Estado (...) A história da máfia não seria outra senão a história da cumplicidade do Estado, desde os Bourbon aos Savoia até à República, na formação e afirmação de uma classe de poder improdutivo, parasitária” (L. Sciascia, 1986, 12-13).

Desta definição, parcial e em certos aspectos desatualizada, emerge com nitidez a complexidade do fenômeno mafioso, não redutível a uma simples manifestação de criminalidade organiza-

(1) Para uma análise mais detalhada sobre os referidos pontos ver: F. Ferrarotti (1978).

da, mas profundamente vinculado à realidade socioeconômica, aos conflitos sociais e à esfera da política, tal como se apresentaram historicamente e se apresentam até os dias de hoje na sociedade meridional italiana. Essa vinculação torna-se evidente no contexto de uma análise histórica sobre o processo de formação dos grupos mafiosos. Não obstante haja referências sobre estruturas pré-mafiosas já nos séculos XVII e XVIII – relacionadas, na realidade, a distintos fenômenos de exercício organizado da violência – é no período entre a unificação e a formação do Estado italiano (1860-1861) que se costuma situar o surgimento das primeiras formas de máfia.

É necessário, no que tange ao tema, uma aclaração sobre a forma como se desenvolve o processo de unificação nacional da Itália, que é também a base da notória disparidade socioeconômica entre o Norte e o Sul do país. Ao contrário de outros países europeus, o processo de unificação italiana não foi fruto de um projeto consciente e unitário das classes dominantes da época associado ao contexto de um mercado interno relativamente consolidado. Mais precisamente, a unificação deve ser entendida como uma extensão ao Sul – onde a estrutura econômica oscilava entre o dinamismo das áreas urbanas e a presença do latifúndio – de uma estrutura embrionária de Estado nacional construída no resto do país, onde eram relativamente mais avançadas as organizações de tipo mercantil e empresarial. Neste contexto, o processo de unificação e com este o processo de desenvolvimento capitalista na Itália, evolui no quadro de uma aliança entre a burguesia empresarial do Norte e os proprietários de terra do Sul. Esta aliança, ao viabilizar a manutenção na região meridional das relações de produção fundadas no latifúndio, impede a mo-

dernização no sentido capitalista da agricultura – condição necessária à transição a uma fase de desenvolvimento industrial – ao mesmo tempo em que cria as bases para uma plena funcionalização do Sul às exigências de desenvolvimento e de acumulação capitalista do Norte, criando condições de dependência destinadas a se reproduzirem até os dias de hoje².

Em síntese, a região meridional pós-unificação se caracterizava: pela persistência do latifúndio e das correspondentes relações sociais de exploração intensiva; por uma afirmação deficiente das estruturas do Estado moderno e suas formas de universalidade e imparcialidade, substituídas por uma conotação clientelista da esfera pública centrada no poder pessoal do “notabile”, que frequentemente se identificava com o latifundiário; por um sentimento de profunda desconfiança perante as instituições estatais, percebidas como hostis tanto pelos antigos detentores do poder, quanto pela massa de camponeses, que com o Estado unitário viam traídas as suas expectativas por melhorias nas condições de vida (reforma agrária) e, ao mesmo tempo, a imposição de novas formas de sujeição (aumento de impostos, serviço militar). A propósito, cabe

(2) Estes são alguns dos temas, brevemente mencionados, com os quais a esquerda italiana tem se ocupado nos debates sobre a questão meridional. Esta discussão foi reaberta nos anos 30 por Antonio Gramsci (1966; 1971), prosseguida por Emilio Sereni (1947; 1966), e sucessivamente retomada e desenvolvida sob diversas perspectivas nos anos 70 (G. Mottura, E. Pugliese 1975, 155ss.; A. Mangano, 1975; C. Donolo, 1979, 115-122; A. Graziani, 1979a; 1979b; E. Pugliese, 1979; L. Ferrari Bravo e A. Serafini, 1972). Uma revisão mais recente encontra-se em C. Trigilia (1992); para um modelo de interpretação diferenciado, conhecido como “três Itália” (noroeste, nordeste e sul) ver A. Bagnasco (1977).

mencionar o fenômeno do *brigantaggio*, uma revolta generalizada de camponeses, frequentemente instrumentalizada por integrantes das velhas elites dominantes para funções antiunitaristas, e que foi reprimida de forma sanguinária pelo exército real em uma guerra civil que durou cinco anos (1860-1865).

Diversos estudos remetem a aspectos deste contexto histórico para explicar as origens do fenômeno mafioso. Alguns vêem os primeiros mafiosos nas figuras dos *gabelloti* - empresários agrícolas que alugavam terras e dos *campieri* - guarda-armada dos latifúndios, que se inseriam de forma oportunista entre proprietários ausentes e camponeses, para garantir, inclusive pela violência, tanto a exploração dos camponeses quanto o prejuízo dos proprietários, com o apossamento gradativo das terras alugadas ou sob custódia. Outros estudos enfatizaram as funções de mediação acompanhadas de práticas extorsionárias contra proprietários de terra, que justificadas por uma suposta ou real manutenção da ordem no campo, podiam até adquirir a forma de uma administração de justiça privada³. Outros ainda carac-

terizaram a máfia, desde o seu início, como uma particular "indústria que produz, promove e vende proteção privada" (D. Gambetta, 1992, VII), que se impõe em situações de falta de fé nas transações comerciais e de ausência de uma autoridade estatal crível, capaz de oferecer segurança ao tráfico comercial e de administrar a justiça.

Em sua história mais do que centenária, o desenvolvimento do fenômeno mafioso tem se caracterizado pela sua dupla capacidade de conservação das características de fundo (uso da violência para acumulação de riqueza; código cultural específico) e de adaptação às evoluções socioeconômicas e políticas. É possível, todavia, distinguir algumas fases deste desenvolvimento (cf. U. Santino, 1986, 8 et seq.; U. Santino, G. La Fiura, 1990, 101 et seq.):

sobre as interpretações do fenômeno mafioso, se remete a R. Catanzaro (1991, 3 ss., 83 ss.), e para uma perspectiva renovada de análise histórica, consultem-se os trabalhos de S. Lupo (1993) e P. Pezzino (1990). Uma visão geral dos diversos aspectos do fenômeno mafioso pode ser examinada nas Atas do Congresso *Interpretazioni della mafia tra vecchi e nuovi paradigmi*, realizado em 1993 em Palermo em homenagem à memória do juiz Giovanni Falcone, colhidas por G. Fiandaca e S. Costantino (org., 1994a); há também os trabalhos publicados no fascículo especial da revista *Meridiana* (AA. VV., 1989, 1990). Para uma análise mais específica sobre as formas regionais de criminalidade organizada, recomenda-se para o fenômeno da *Camorra*, a leitura de F. Barbagallo (1988), I. Sales (1988) e A. Lamberti (1992), para a *Ndrangheta* a leitura de E. Ciconte (1992), e para a recente *Sacra Corona Unita* a M. Longo (1997). Finalmente, uma reconstrução recente de diversos aspectos do fenômeno criminal italiano, com ampla referência também ao tema da criminalidade organizada, pode ser encontrada em diversos e qualificados escritos de conhecidos estudiosos do tema no volume *La Criminalità*, org. por L. Violante (1997).

³ Uma visão geral das pesquisas que se ocupam do tema pode ser obtida nos trabalhos a seguir referidos. Sobre as origens do fenômeno mafioso, é obrigatória a referência ao trabalho de L. Franchetti (1876), um dos primeiros estudos de caráter social que se esforçou por destacar a relação entre a situação socioeconômica da Sicília e o fenômeno mafioso. É útil ainda a leitura de S. F. Romano (1963), particularmente por sua análise sobre as estruturas latifundiárias e sobre a figura do "gabelloto", temas também analisados por M. Pantaleone (1962) e H. Hess (1973). Há ainda as análises, realizadas com o método da observação participante, de J. Schneider e P. Schneider (1976) e de A. Blok (1974) sobre as funções de mediação e de proteção parasitária e violenta do mafioso e sobre o tema do *brooker capitalism*. Mais recentemente, para uma reconstrução do debate

a) o período da “máfia agrária”, que se estende da criação do Estado unitário até a década de 50 quando a atividade mafiosa se concentra sobretudo no âmbito rural. Destaca-se, neste contexto, a função repressiva desenvolvida contra o movimento camponês organizado, particularmente intensa entre os anos de 1945 e 1950 – período de grandes lutas pela abolição do latifúndio e distribuição das terras – mas que continua a existir mesmo após os anos 50, quando a reforma agrária põe fim ao latifúndio na Itália;

b) o período da chamada “máfia urbano-empresarial”, da metade dos anos 50 até os anos 70, em um contexto de transformação da economia em um sentido industrial-terciário. Nesta fase, também as atividades mafiosas migram, cada vez mais, do campo para a cidade. Seus espaços de atuação são o controle do mercado de construção civil e alimentar, das admissões nos empregos públicos, dos créditos bancários. As suas fontes de enriquecimento ilícito constituem-se do contrabando e de práticas extorsivas sobre a atividade comercial e industrial. Tais atividades estão, com frequência, vinculadas a fontes lícitas como participação nos setores de licitação de obras públicas e de licenciamento para atividades empresariais autônomas. É nesta fase que se inicia a difusão da máfia, ou melhor de suas técnicas, a nível nacional. Neste período, as relações entre as organizações mafiosas e o mundo político, especialmente no plano dos governos locais, tornam-se cada vez mais estreitas e entrelaçadas;

c) dos anos 70 até os dias de hoje, quando, de acordo com o autor e sob perspectivas analíticas diversas, fala-se de “máfia empresária” (P. Arlacchi, 1983) e “máfia financeira” (U. Santino, 1986). O salto de qualidade resulta de uma série de fatores, tais como a pre-

sença crescente da máfia no mercado legal com empresas próprias e a crescente inserção nos circuitos financeiros internacionais em face da necessidade de reciclagem do enorme capital ilícito acumulado através do desenvolvimento do tráfico de drogas, assim como de armas e lixo industrial tóxico. No plano do “encontro-desencontro” com as instituições, a capacidade de penetração em âmbitos da vida político-institucional se alterna – particularmente em momentos de crise aguda de convivência com as instituições – com formas de ação violenta semelhantes àquelas praticadas pelo terrorismo internacional.

A seguir serão brevemente analisadas as definições mais recentes do fenômeno mafioso, que relevam, de forma decisiva, os aspectos econômicos ou socioeconômicos da questão.

Segundo a tese de Arlacchi, conhecido estudioso do tema, as organizações mafiosas teriam a conotação de um verdadeiro e próprio sujeito econômico, a máfia empresária, definível como um conjunto de empresas dedicadas à acumulação de capital e caracterizadas pela transferência de métodos mafiosos (intimidação e violência) à organização do trabalho e à condução dos negócios; aqui estaria o momento da inovação, que segundo a teoria da empresa de Schumpeter serve para definir o caráter empreendedor de um sujeito, e que, na visão de Arlacchi, seria aplicável também à atividade dos sujeitos mafiosos. (P. Arlacchi, 1983). Mais precisamente, segundo Arlacchi, as vantagens competitivas usufruídas pelas empresas mafiosas em virtude da transferência do método mafioso à administração empresarial, seriam: inibição à livre-concorrência, achatamento dos salários e disponibilidade de recursos financeiros ilicitamente acumulados.

Segundo outros autores (R. Catanzaro, 1991), contudo, não se poderia falar de

uma verdadeira e própria empresa mafiosa, visto que esta seria apenas uma das atividades da máfia, frequentemente exercida em setores secundários e de baixa qualificação: a forma-empresa seria, para a máfia, apenas instrumental para a obtenção de fins ilícitos, perseguidos através da utilização de transações de mercado e, ao mesmo tempo, do emprego da violência. Sob esta perspectiva, a máfia se caracterizaria mais precisamente como um conjunto de grupos sociais voltados a conquistar posições de monopólio no mercado e acumular riqueza através da violência; a máfia conseguiria canalizar internamente as aspirações de mobilidade social, socializando a violência entre aqueles que possuem aspirações empresariais (R. Catanzaro, 1991; M. Centorrino, 1990). Aspectos desta perspectiva analítica, inseridos porém em um paradigma de análise de inspiração marxista, estão, em parte, presentes em tese de Santino: a máfia não representaria apenas um reagrupamento de organizações criminais, mas um estrato de classe dominante (ou um conjunto de sujeitos provenientes das classes subalternas que assumem o escopo de pertencer à classe dominante) que se serve de métodos violentos e ilegais, de um verdadeiro e próprio sistema de violência, para acumular capital e buscar ocasiões de investimento, assim como para adquirir posições de poder no complexo sistema interno de comando. Esta "burguesia mafiosa", à qual se refere o autor, se colocaria em uma relação de aliança-concorrência-conflito com outros estratos dominantes e desenvolveria um modelo próprio de domínio-hegemonia voltado à reprodução de consenso (U. Santino, 1986; 1990, 154; 1993; U. Santino, G. La Fiura, 1990, 18 et seq.).

Outras teses, ao contrário, em uma visão mais global do conjunto de atividades econômicas, sustentam que as

distinções supramencionadas pressupõem a possibilidade de nítida identificação e distinção entre atividades econômicas legais e ilegais. Na realidade, em particular no sul da Itália – mas não somente nesta região, como se demonstrou nas investigações recentes sobre a corrupção na Itália –, estar-se-ia diante de uma *economia cattiva* (economia má), constituída de diversas tipologias de contato, penetração, continuidade, em que as atividades legais e as ilegais, submersas, mafiosas ou "fronteiriças" (no meio-termo entre legalidade e ilegalidade) convivem e são movidas, neste processo de interação, por motivos de oportunidade, de convivência, de cálculo econômico (M. Centorrino, 1990, 12 ss.). Acentuando alguns aspectos de tal linha de análise, chegou-se recentemente ao conceito de *Economie Sporche* (economia suja), formulado por Ruggiero (1996). Um exame atento das dinâmicas concretas de mercado revelaria que há uma vasta tipologia de comportamentos – já focalizados nas análises sobre a criminalidade do "colarinho branco" e sobre a criminalidade econômica – que dificultam uma distinção entre economia legal e economia ilegal. Legalidade e ilegalidade seriam modelos de ação há muito incorporadas pelas modernas organizações empresariais (V. Ruggiero, 1996). Com relação ao conjunto de atividades referentes à criminalidade organizada, a mencionada tese demonstra como estas se inserem perfeitamente no mercado legal. A relação não seria dicotômica mas simbiótica: entre as empresas oficialmente legais e as atividades do crime organizado existiria uma relação de mútua distribuição de serviços e de mútua promoção empresarial. Nesta dinâmica, entre os serviços que o crime organizado presta à economia legal seria de se destacar o tráfico de armamentos, objetos preciosos, obras de arte, lixo industrial, peles valiosas, e, em geral, de outras mercadorias, legiti-

mas e ilegítimas, submetidas ao controle governamental. Nestes casos, a criminalidade organizada estaria atuando como uma infra-estrutura do empreendimento legal, uma espécie de setor terciário oculto, que favorece e acelera a circulação de mercadorias (V. Ruggiero, 1992, 24). Entre os serviços que, em direção contrária, a economia legal presta à criminalidade organizada se destacariam: o tráfico de finanças, a oferta de oportunidades de investimento, a concessão de créditos bancários, a criação de *partnership* de empresas. Entre estes serviços prevalecem aqueles que direcionam o capital de origem criminosa em sentido produtivo ou especulativo-financeiro. Em outras palavras, numa sociedade de mercado, inclusive para o provento de atividades ilegítimas parece afirmar-se, como para qualquer outro capital, a regra de sua valorização (V. Ruggiero, 1992, 25). Enfim, a tese menciona a socialização e o intercâmbio de técnicas ilegais entre os dois âmbitos: um exemplo seriam as fraudes dirigidas à obtenção de financiamentos da Comunidade Européia, onde é difícil estabelecer se são os empresários “legais” que adotam estratégias criminais ou se são os empresários criminais que assimilam conhecimentos empresariais da economia legal (V. Ruggiero, 1992, 26). Este discurso poderia estender-se a uma série de condutas ilegais – realizadas majoritariamente por empresários “legais” e “aprendidas” também pelo crime organizado em sua veste empresarial: técnicas de evasão de tributos e contribuições previdenciárias, a utilização de mão-de-obra clandestina, o desrespeito às normas que tutelam os direitos e a segurança dos trabalhadores, a integridade do meio-ambiente, para citar alguns dos exemplos mais conhecidos.

A análise das dinâmicas econômicas não esgota, todavia, o âmbito de estudo

da criminalidade organizada, ao menos no que se refere ao seu desenvolvimento no contexto italiano. Há, também grande ênfase na análise das relações entre a criminalidade organizada de tipo mafioso e o sistema político-institucional⁴. Sobre este aspecto se observa como a estrutura clientelista do sistema político, em particular na região sul do país, fundada na prática de prestações em troca de consenso, constituiu um terreno fértil para o desenvolvimento de fenômenos de criminalidade organizada de tipo mafioso; especialmente onde já havia uma tradição de uso de violência privada assistiu-se à afirmação de “governos privados” de tipo mafioso, que realizam uma forma diversa de proteção política e tendem a ocupar espaços não-preenchidos pelas instituições públicas, frágeis e deslegitimadas. (C. Trigilia, 1992, 91). Em segundo lugar, se destaca a cumplicidade para fins eleitorais de parte do mundo político para com o poder mafioso, pela sua capacidade de controle de votos: o êxito de inteiras facções dos partidos do governo no precedente sistema político italiano – anterior ao processo das “mãos limpas” – não teria sido possível sem este pacto com o poder mafioso, que obteve, em retribuição, amplas garantias de imunidade ao longo de décadas. Tal como afirmado expressamente pelo Relatório da *Commissione Parlamentare Antimafia* de 1993 (n. 48, 95), “é necessário reconhecer a responsabilidade política dos vértices do velho sistema que favoreceram ou não se opuseram à convivência entre Estado e máfia.” Em terceiro lugar, foi sempre mencionado – principalmente pelas forças do movimento operário e da esquerda – como as organizações mafiosas sempre exerceram uma função de condicionamento antidemocrático da vida social e políti-

⁽⁴⁾ Para uma ampla documentação sobre este aspecto, cf. N. Tranfaglia (1992).

ca: ao empregar a força para fim de contenção repressiva violenta e intimidatória dos movimentos de transformação social, em particular nos momentos de conflitos sociais mais agudos, em favor da tutela dos próprios interesses e dos interesses das classes e grupos dominantes; ao realizar acordos com outros poderes ocultos, como setores da maçonaria; ao obstar continuamente os esforços de democratização e gestão transparente da esfera pública.

Foi posteriormente evidenciado, ainda pelo referido Relatório (n. 44, 85), o papel de equilíbrio exercido pela máfia durante o período da chamada “guerra fria”. Em um mundo dominado pela bipolaridade, a situação italiana caracterizava-se, de um lado, pela presença do mais forte partido comunista do ocidente e, do outro, por uma frente majoritária claramente “filo-ocidental”, continuamente preocupada em reforçar a própria aliança. O Relatório endossa a tese do filósofo Severino, segundo o qual, neste conflito ambas as partes envolvidas teriam se utilizado de qualquer oportunidade, lícita ou ilícita, para se consolidar e desestabilizar o adversário. A máfia teria sido um componente não-secundário da frente filo-ocidental, o que teria, por um longo período, contribuído para preservá-la de uma ação repressiva permanente e decisiva (Commissione Parlamentare Antimáfia, 1993, 86).

Recentemente, também com base nos resultados de amplas investigações judiciais, se está afirmando, especialmente (mas não somente) em espaços institucionais, uma visão dos fenômenos mafiosos que enfatiza os aspectos de organização, estruturação e coesão interna. Sob esta perspectiva, dentro do gênero mais amplo “criminalidade organizada”, individualiza-se uma forma específica correspondente à máfia, que

seria composta de três organizações principais: a *Camorra*, a *Ndrangheta* e a *Cosa Nostra*. Esta última seria a principal organização mafiosa atuante na Itália e na Europa, tendo como características principais: a ampla penetração social, a organização paramilitar, a ilimitada disponibilidade financeira, o controle quase absoluto do território onde opera, a determinante relação com a política, o utilitarismo como critério de ação, a estratégia da expansão ilimitada. A *Cosa Nostra* seria um “Estado no Estado” e atuaria como um “componente subversivo armado”. A sua estrutura seria ordenada hierarquicamente, com comissões provinciais e uma comissão regional, integrada pelos “capi” mais importantes que teriam à disposição um exército próprio, composto de cerca de 5.000 homens (cf. L. Violante, 1994, 3-11).

Na realidade, este tipo de análise tende a identificar o amplo e complexo fenômeno mafioso, principalmente em suas funções enquanto organização armada, funções estas que são, contudo, instrumentais para a realização dos objetivos mais gerais das organizações mafiosas. Tais interpretações, embora identifiquem características temíveis do fenômeno mafioso, oferecem uma visão reducionista: ao enfatizarem demasiadamente os aspectos organizacionais — a ponto de atribuir-lhe o caráter de “partido armado” dentro dos moldes de uma organização terrorista — relegam para um segundo plano as conotações e as conexões socioeconômicas e políticas do fenômeno mafioso e valorizam uma visão da máfia como “antiestado” que resulta, ao final, funcional à lógica de enfrentar o fenômeno somente sob o plano judiciário, repressivo ou mesmo militar. Desta forma, além de perderem de vista a complexidade do fenômeno, atenuam de qualquer modo as responsabilidades que o sistema sociopolítico

italiano possui, em seu complexo, com referência a esta situação.

Sobre tal questão seria elucidativa uma sintética explicação sobre as consequências geradas pelo modelo italiano pós-guerra de desenvolvimento na região meridional. A política econômica não se orienta a um desenvolvimento autônomo do Sul, contribuindo, ao contrário, para acentuar a sua dependência: o alto fluxo de gastos públicos dirigidos à região priorizaram a criação de pólos industriais com grande volume de capital, mas baixo nível de ocupação; não se produziram dinâmicas de desenvolvimento do setor de pequena e média empresa, destruindo-se, assim, a preexistente capacidade produtiva nos setores tradicionais; não foram apresentadas soluções sérias ao problema do desemprego; e, finalmente, no que tange às políticas sociais, desenvolveu-se uma lógica assistencialista que, ulteriormente, reforçou a presença de um núcleo político especializado na gestão clientelista dos gastos públicos.

O modelo de desenvolvimento levado a cabo no Sul parece responder principalmente aos interesses dos grandes grupos capitalistas nacionais, maiores beneficiários das intervenções estatais na região: pela possibilidade de expansão do mercado destes grupos derivada do aumento da demanda resultante do fluxo de gastos públicos e construção de infra-estrutura; pela concessão de privilégios financeiros às grandes empresas privadas que transferiram seus estabelecimentos para o Sul; pela disponibilidade de mão-de-obra barata – derivada da ausência de uma política séria de combate ao desemprego – vantajosa para as indústrias do Norte e de outros países europeus (alta taxa de emigração até a metade dos anos 70). Em síntese, a região meridional tornou-se, cada vez mais, dependente de subsídios externos, caracterizando-se como

uma típica economia de subsistência, e transformando-se de região pobre e auto-suficiente em uma região menos pobre, mas estritamente dependente (A. Graziani, 1979a, 59).

Não obstante, o aspecto mais importante a ser destacado neste discurso é que tal modelo viabilizou a realização de uma determinada estratégia política das classes dominantes na Itália: a gestão clientelista dos gastos públicos no Sul, além de propiciar formas intensas de controle social, possibilitou, por um longo período de tempo, a existência de uma base de consenso social às forças políticas dominantes. Este consenso serviu para contrabalançar, a nível nacional, o crescimento do movimento operário nas áreas industrializadas, que havia logrado, até a metade dos anos setenta, ameaçar a ordem político-social dominante na Itália. Em outros termos, assistiu-se à constituição de um bloco social dominante, representado por uma aliança entre grupos sociais vinculados ao grande e médio capital do Norte e grupos sociais aglutinados em torno do sistema de gestão dos gastos públicos no Sul – concentrados especialmente no aparato burocrático-administrativo do Estado e na classe média urbana, setores que mais diretamente usufruíram, em termos de ocupação e crescimento de renda, deste sistema. Mais precisamente, o núcleo político dos partidos dominantes no Sul e o setor burocrático-administrativo atuaram como garantidores da estabilidade social desta região em troca de usufruto de privilégios e de seu próprio enriquecimento: o controle sobre múltiplos canais de circulação do fluxo de gastos públicos – formas de auxílio a empresas, obras públicas, gestão de crédito, do sistema previdenciário, do sistema de admissão no emprego público – uniu em torno deste sistema tanto setores empresariais, em particular aqueles ligados à pequena empresa que

vivem de financiamentos estatais, quanto vastos setores populares que aspiravam trabalho ou subsídios do Estado (cf. E. Pugliese, 1979, 87 ss.). Sob esta perspectiva, os mecanismos clientelistas de gestão dos gastos públicos e, em geral, o próprio clientelismo típico da área meridional estiveram, por um longo período, funcionalmente vinculados ao modelo de desenvolvimento do capitalismo italiano e às exigências de estabilização e controle social, não podendo ser interpretados de forma simplista através de categorias morais de "bom governo" e "mãos limpas", como se têm sugerido nas leituras dominantes dos fenômenos de corrupção trazidos à tona pelas investigações judiciais dos últimos anos.

Com referência ao tema da criminalidade organizada, a dimensão geral de ilegalidade difusa que caracterizou o fluxo dos gastos públicos – seja da parte de quem geriu esse fluxo, seja da parte de quem dele usufruiu – a conotação estruturalmente ilegal das modalidades de atuação do sistema de partidos, da administração pública e de parte significativa dos grupos empresariais que se beneficiavam destes fluxos, não poderia constituir um terreno mais propício para uma inserção ativa de setores do crime organizado, não somente nas zonas onde já viaham atuando, como também em zonas onde eram tradicionalmente menos presentes. Independentemente da conotação que se queira atribuir ao crime organizado de tipo mafioso, é certo que a estrutura político-administrativa, as concretas dinâmicas econômicas operantes no Sul e, em última análise, a funcionalidade de tais processos aos interesses econômicos e de estabilização social das classes dominantes, ofereceram amplas possibilidades de desenvolvimento do fenômeno mafioso.

A ilusória expectativa de resolver este emaranhamento de problemas somente através da intensificação da repressão penal (certamente necessária) deveria parecer clara. A via repressiva, sobre outro aspecto, apresenta-se como um substitutivo cômodo a uma estratégia mais ampla, a qual, em realidade, ninguém parece seriamente disposto a recorrer, nem os setores moderados, nem os progressistas atualmente no governo. Tal estratégia implicaria em questionamentos radicais dos modelos até o presente realizados, uma clarificação da responsabilidade não somente das elites políticas, mas também de esferas do poder econômico e uma inversão de rota das políticas neoliberais dominantes na Itália e em toda a Europa.

2. Características gerais da legislação antimáfia.

A legislação referente ao tema do crime organizado, desde as primeiras intervenções no ano de 1965 até a atualidade, tem atuado principalmente no plano penal, mas também em um plano mais geral, especialmente o administrativo.

No que concerne ao plano penal, as linhas ao longo das quais tais legislações estão articuladas poderiam ser sintetizadas da seguinte forma⁵: acentuação do rigor repressivo tanto com relação aos tipos penais já existentes como através da previsão de novos tipos, com a consequência de um aumento generalizado no rigor das penas; introdução de novos tipos penais de caráter associativo; intensificação das

⁵ Para uma reconstrução sintetizada da legislação na área do crime organizado remete-se principalmente a S. Moccia (1995) e G. Insolera (1996), com ampla bibliografia sobre o tema.

medidas de prevenção de caráter pessoal e real (ex.: confisco de bens); reintrodução de medidas visando tornar automática a prisão preventiva em delitos relacionados ao crime organizado; fortalecimento da fase do inquérito, cada vez mais confiada aos órgãos policiais e desprovida de garantias, e, consequentes tendências de caráter inquisitivo e involutivo na condução processual da fase de produção e apreciação das provas; instituição de seções judiciárias especializadas em delitos de crime organizado de tipo mafioso; valorização da colaboração premiada do imputado e, vice-versa, endurecimento na fase de execução penitenciária das formas de reclusão para os que se recusam a colaborar; controle penal mais rígido sobre a circulação de dinheiro e as atividades de intermediação bancária visando contrastar o fenômeno de lavagem de dinheiro proveniente de atividades ilícitas; criação de uma série de tipos-obstáculos (*reati-ostacolo*) voltados a prevenir outros delitos (tutela antecipada), particularmente em matéria econômica.

No plano geral e administrativo, destacam-se: medidas governamentais de dissolução de órgãos eleitos em circunscrições locais que parecem condicionadas pelo crime organizado; limitações ao exercício de cargos públicos visando evitar a eleição de pessoas envolvidas com o crime organizado; inodificações na regulamentação das licitações de obras públicas; ampliação do controle administrativo sobre os sistemas de autorizações e concessões públicas e sobre a atividade bancária e de intermediação financeira; e, por fim, no que se refere ao fortalecimento do aparato policial, a institucionalização de um tipo de "super-policia" para temas de criminalidade organizada – a *Direzione Investigativa Antimafia*, conhecida por *DIA*.

A resposta institucional às formas de criminalidade organizada apresenta uma série de características comuns, seja na modalidade de introdução das disposições legislativas, seja no seu caráter constitutivo.

Sobre o primeiro aspecto, vale lembrar as observações feitas, a nível institucional, pelo Relatório da *Commissione Parlamentare Antimafia* de 1993, segundo o qual, em linhas gerais, a relação Estado-Máfia, a partir do período inicial do pós-guerra e ao longo das sucessivas décadas, foi caracterizada pelo "modelo da coabitação". A Comissão observa que: "a ação repressiva atuou como uma 'sanfona' (...) Atacava-se quando a *Cosa Nostra* atacava, retornando-se depois à coabitação. O Estado não atingia a *Cosa Nostra* enquanto associação criminal, mas somente em casos envolvendo homicídios particularmente graves. A *Cosa Nostra*, por sua vez, não atacava os representantes do Estado enquanto tais, mas somente aqueles que, realizando atos repressivos particularmente eficazes, derogavam as regras não escritas da convivência. Na prática, as relações entre instituições e máfia desenvolveram-se por muitos anos como relações entre duas soberanias distintas; não se atacava a outra parte, enquanto esta se mantinha no interior de seus próprios confins" (*Commissione Parlamentare Antimafia*, 1993, 95-6).

As disposições legislativas relacionadas ao fenômeno mafioso não foram fruto de uma estratégia meditada e consciente de intervenção, mas tiveram um curso ocasional: as mais importantes disposições legislativas dos anos 80 e princípio dos anos 90 foram, em sua grande parte, promulgadas em reação a episódios envolvendo ataques violentos da máfia contra representantes do Estado ou da sociedade civil – em geral, homicídios de políticos, magistrados, policiais, setores especialmente expos-

tos por suas ações de denúncia ou repressão das atividades mafiosas. Em outras palavras, a cada ruptura do mencionado "modelo de coabitação" resultava a introdução de novas disposições normativas.

Essa característica contribuiu para dar uma conotação de fundo ao conjunto das disposições legislativas. Por um lado, estas apresentavam todas as características típicas de medidas de emergência – o que se torna evidente em seus próprios títulos, onde a palavra "urgente" é quase que onipresente – em nome das quais uma série de princípios constitucionais em matéria penal foram derogados. Tais características acabaram por incidir sobre outros aspectos: a inadequada técnica legislativa, fruto de uma certa improvisação; o sistema de referência recíproca entre normas, o que torna o corpo legislativo ininteligível e dificulta a ação dos próprios operadores jurídicos; uma impressão generalizada de caos e desorganização, elementos que contribuíram para um enfraquecimento dos princípios fundamentais em matéria penal (como o princípio da taxatividade).

Por outro lado, tal como evidenciado por uma série de autores (G. Fiandaca, 1983; 1991; F. Bricola, 1983; L. Stortoni, 1992; S. Moccia, 1995; G. Insolera, 1996), tais disposições assumiram na maior parte das vezes um caráter simbólico: em geral, não se tratava de prever novos instrumentos ou reforçar aqueles já existentes em uma meditada prospectiva de maior eficácia na confrontação de fenômenos do crime organizado – ainda que nos limites em que isto seja admissível no Direito Penal, que possui, por inerência, sempre um aspecto simbólico – mas de ceder às exigências de oferecer respostas tranquilizantes tanto à opinião pública, exercendo uma função de "orientação cultural", ou seja, de reafirmação do

estigma do fenômeno (F. Bricola, 1983, 238), como aos representantes do Estado em confronto mais direto com as organizações criminais, afirmando um renovado empenho e presença das instituições (G. Fiandaca, 1983, 257).

Em uma questão delicada e complexa como a do crime organizado, com as suas implicações socioeconômicas e políticas, observou-se que este caráter simbólico da produção legislativa, revelou-se não somente ineficaz em face dos fins declarados de repressão da criminalidade organizada, como também prejudicial por satisfazer artificialmente a demanda de tutela e eludir os problemas reais que se encontram na base do desenvolvimento dos fenômenos criminais (L. Stortoni, 1992, 39 et seq.). Em outras palavras, haver deixado o tema do crime organizado somente aos cuidados do direito penal, significou não querer reconhecer a complexidade do fenômeno, reduzindo-o a uma questão de ordem pública, sem preocupações por planejar ações de tipo estrutural no plano da política social (S. Moccia, 1995, 28). Nas palavras de Moccia "a função simbólica do direito penal é, de fato, aquela de demonstrar o caráter imprescindível da intervenção punitiva, fazendo acreditar uma situação de insegurança; esta desencoraja uma solução extra-penal, menos 'representativa' do que aquela penal, mas, por outro lado, na maior parte dos casos mais idônea para resolver o problema em suas raízes; o que se faz, contudo, é, ao contrário, gerar e cultivar a ilusão da segurança, capaz de produzir consenso entre os cidadãos perante o Estado" (S. Moccia, 1995, 28).

Sob outra perspectiva, deve-se recordar que o corpo legislativo antimáfia, introduzido principalmente entre os anos de 1982 e 1995, soube tirar proveito da precedente experiência legislativa "antiterrorismo" dos anos 70: na modalidade

de elaboração das disposições; na categoria “emergência”, sua chave de legitimação; no caráter de simbolismo – nos anos 70, as razões dos fortes conflitos sociais vividos pela Itália foram obliteradas pelas forças do governo em nome da “ilusão repressiva”, sob a qual se situava a preocupação única de manter inalterado o modelo de organização social capitalista⁶; na lesão ampla e generalizada dos princípios constitucionais. O caráter especial da legislação antimáfia, em outras palavras, não constituiu uma novidade para o sistema penal, sendo construído com base em experiências precedentes. Tal fato induziu diversos autores a reconhecer no sistema penal italiano – em detrimento do princípio constitucional de igualdade entre outros princípios específicos em matéria penal – a constituição de um chamado *doppio binario* na repressão penal (cf. L. Stortoni, 1992; F. Bricola, in S. Rinaldi, 1992, 67): uma legislação ordinária, concentrada no código penal, aplicada a crimes comuns e uma legislação especial, em geral fora do código, mais rigorosa e repressiva, e caracterizada por notáveis violações da legalidade constitucional no plano penal material, processual e de execução⁷ – aqui significando regime de máxima segurança, a moderna forma *sofi* de tortura institucionalizada no ocidente –, aplicável a sujeitos considerados perigosos (terrorismo e criminalidade organizada), identificados frequentemente com base em categorias extra-jurídicas, com uma perigosa afirmação de um modelo de

tipo de autor, e um distanciamento contínuo de um direito penal do fato.

3. Bibliografia

- AA. VV., Máfia. fascículo monográfico de *Meridiana*, n. 7-8, (1989-1990).
- ARLACCHI, Pino. *La mafia imprenditrice. L'etica mafiosa e lo spirito del capitalismo*. Bologna, Il Mulino, (1983).
- BAGNASCO, Arnaldo. *Tre Italie. La problematica territoriale dello sviluppo italiano*, Bologna, Il Mulino, (1977).
- BARBAGALLO, Francesco. *Camorra e criminalità organizzata in Campania*, Napoli, Liguori, (org. 1988).
- BLOK, Anton. *The mafia of a Sicilian Village, 1860-1969*, Harper & Row, New York (tradução italiana *La mafia di un villaggio siciliano*, Torino, Einaudi, 1986) (1974).
- BRICOLA, Franco. *Premessa al commento della l. 13 settembre 1983, n. 646 (norme “antimafia”)*, in “Legislazione penale”, III, pp. 237-256, (1983).
- CATANZARO, Raimondo. *Il delitto come impresa. Storia sociale della mafia*, Milano, Rizzoli, (1991).
- CENTORRINO, Mario. *L'economia “cattiva” nel Mezzogiorno*, Napoli, Liguori, (1990).
- CESONI, Maria Luisa. *L'economie mafieuse en Italie: à la recherche d'un paradigme*, in “Déviance et Société”, n. 1, vol. 19, pp. 51-83 (1995).
- CICONTE, Enzo. *Ndrangheta dall'Unità ad oggi*, Bari, Laterza, (1992).
- COMMISSIONE PARLAMENTARE ANTI-MAFIA. *Máfia e politica*. Relazione del 6 aprile 1993, Roma-Bari, Laterza, (1993).
- DONOLO, Carlo. *Sviluppo ineguale e disgregazione sociale. Note per l'analisi delle classi nel Meridione*, in PACI Massimo (org.), *Capitalismo e classi sociali*, Bologna, Il Mulino, pp. 115-148, (1979).
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, (1989).
- FERRARI BRAVO, Luciano; SERAFINI Alessandro. *Stato e sottosviluppo. Il caso del Mezzogiorno italiano*, Milano, Feltrinelli, (1972).
- FERRAROTTI, Franco. *Rapporto sulla mafia: da costume locale a problema dello sviluppo nazionale*, Napoli, Liguori, (1978).
- FIANDACA, Giovanni. *Commento all'art. 1 l. 13 settembre 1983 n. 646 (norme “antima-*
- ⁶ Para uma exposição do debate sobre o terrorismo e as leis de emergência dos anos 70, S. Rinaldi (1987). Para uma análise mais geral do modelo da emergência na legislação penal na Itália, cfr. L. Ferrajoli (1989, 844-888).
- ⁷ Sobre a legislação penitenciária no tema da criminalidade organizada, cfr. B. Guazzaloca (1992).

- fia"), in "Legislazione penale", III, pp. 256-268, (1978).
- FIANDACA, Giovanni. *Criminalità organizzata e controllo penale*, in "L'Indice penale", XXV, n. 1, pp. 5-34, (1991).
- FIANDACA, Giovanni, COSTANTINO Salvatore. *La mafia, le mafie tra vecchi e nuovi paradigmi*, Roma-Bari, Laterza, (org., 1994a).
- FIANDACA, Giovanni; COSTANTINO Salvatore. *Introduzione a FIANDACA, Giovanni; COSTANTINO, Salvatore. La mafia, le mafie tra vecchi e nuovi paradigmi*, Roma-Bari, Laterza, pp. V-XVI, (1994b).
- FRANCHETTI, Leopoldo. *Condizioni politiche e amministrative della Sicilia*, vol. I di FRANCHETTI, Leopoldo; SONNINO Sidney. *La Sicilia nel 1876*, Vallecchi, Firenze, 1925 (ristampa dell'ed. orig. del 1876), (1876).
- GAMBETTA, Diego. *La mafia siciliana. Un'industria della protezione privata*, Torino, Einaudi, (1992).
- GRAMSCI, Antonio. *La questione meridionale*, Roma, Editori Riuniti, (1966).
- GRAMSCI, Antonio. *Il Risorgimento*, Roma, Editori Riuniti, (1971).
- GRAZIANI, Augusto. *Il Mezzogiorno nel quadro dell'economia italiana*, in GRAZIANI, Augusto; PUGLIESE, Enrico (org.). *Investimenti e disoccupazione nel Mezzogiorno*, Bologna, Il Mulino, pp. 7-65, (1979a).
- GRAZIANI, Augusto. *Introduzione*, in GRAZIANI, Augusto (org.). *L'economia italiana dal 1945 a oggi*, Bologna, Il Mulino, pp. 11-129, (1979b).
- GUZZALOCA, Bruno. *Differenziazione esecutiva e legislazione di emergenza in materia penitenziaria*, in "Dei delitti e delle pene", II, 3, pp. 123-150, (1992).
- HESS, Henner. *Mafia*, Bari, Laterza, (1973).
- INSOLERA, Gaetano. *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, Il Mulino, (1996).
- LAMBERTI, Amato. *La camorra. Evoluzione e struttura della criminalità organizzata in Campania*, Salerno, Boccia, (1992).
- LONGO, Mariano. *Sacra Corona Unita. Storia, struttura, rituali*, Lecce, Pensa Multimedia, (1997).
- LUPO, Salvatore. *Storia della mafia dalle origini ai giorni nostri*, Roma, Donzelli, (1993).
- MANGANO, Attilio. *Le cause della questione meridionale*, Milano, Isedi, (1975).
- MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, ESI, (1995).
- MOTTURA, Giovanni; PUGLIESE, Enrico. *Agricoltura, Mezzogiorno e mercato del lavoro*, Bologna, Il Mulino, (1975).
- PANTALEONE, Michele. *Mafia e politica*, Torino, Einaudi, (1962).
- PEZZINO, Paolo. *Una certa reciprocità di favori. Mafia e modernizzazione violenta nella Sicilia postunitaria*, Milano, Franco Angeli, (1990).
- PUGLIESE, Enrico. *Evoluzione e struttura di classe nel Mezzogiorno*, in GRAZIANI, Augusto; PUGLIESE, Enrico (org.). *Investimenti e disoccupazione nel Mezzogiorno*, Bologna, Il Mulino, pp. 67-134, (1979).
- RELAZIONE, Cattanei. Commissione Parlamentare Antimafia, V Legislatura, *Relazione sui lavori svolti e sullo stato del fenomeno mafioso al termine della V Legislatura* (Rel. Cattanei; V Legislatura, doc. XXIII, n. 2 septies), Camera dei Deputati, Roma, 1972 (attualmente em Archivio Italiano, Cooperativa Scrittori, Roma, 1973), (1972).
- RINALDI, Stanislao. *Politica di ordine pubblico, violenza e garantismo nel dibattito della sinistra giuridica (1977-1980)*, in "Dei delitti e delle pene", V, 3, pp. 513-591, (1987).
- RINALDI, Stanislao. *Un dibattito sulla risposta istituzionale alla criminalità organizzata*, in "Dei delitti e delle pene", II, 3, pp. 57-99, (1992).
- ROMANO, Salvatore Francesco. *Storia della mafia. Mito e realtà, caratteri sociali e influenze politiche del potere segreto della mafia dalle lontane origini a oggi*, Milano, Milano, (1963).
- RUGGIERO, Vincenzo. *Crimine organizzato: una proposta di aggiornamento delle definizioni*, in "Dei Delitti e delle Pene", II, 3, pp. 7-30, (1992).
- RUGGIERO, Vincenzo. *Economie sporche. L'impresa criminale in Europa*, Torino, Bollati Boringhieri, (1996).
- SALES, Isaia. *La camorra le camorre*, Roma, Editori Riuniti, (1988).
- SANTINO, Umberto. *La mafia finanziaria. Accumulazione illegale del capitale e complesso finanziario-industriale*, in "Segno", XII, n. 69-70, pp. 7-49, (1986).

- SANTINO, Umberto. *Mafia: supermercato degli stereotipi e vuoto di teoria*, in "Marx Centouno", n.1, pp. 148-158, (1990).
- SANTINO, Umberto. *La mafia come soggetto politico*, in "Una città per l'uomo", XII, n. 1, pp. 35-48, (1993).
- SANTINO, Umberto; LA FIURA, Giovanni. *L'impresa mafiosa. Dall'Italia agli Stati Uniti*, Milano, Franco Angeli, (1990).
- SCHNEIDER, Jane; SCHNEIDER, Peter. *Culture and Political Economy in Western Sicily*, Academic Press Inc., New York (edição italiana *Classi sociali, economia e politica in Sicilia*, Rubettino, Soveria Mannelli, 1989), (1976).
- SCIASCIA, Leonardo. *Prefazione a F. Calvi, Storia quotidiana della mafia dal 1950 ai giorni nostri*, Milano, Rizzoli, (1986).
- SERENI, Emilio. *Il capitalismo nelle campagne, 1860-1900*, Torino, Einaudi, (1947).
- SERENI, Emilio. *Capitalismo e mercato nazionale*, Roma, Editori Riuniti, (1966).
- STORTONI, Luigi. *Criminalità organizzata e legislazione di emergenza*, in "Dei Delitti e delle Pene", II, 3, pp. 39-52, (1992).
- TRANFAGLIA, Nicola. *La mafia come metodo nell'Italia contemporanea*, Bari, Laterza, (1991).
- TRANFAGLIA, Nicola. *Mafia, politica e affari. 1943-91*, Roma-Bari, Laterza, (1992).
- TRIGILIA, Carlo. *Sviluppo senza autonomia. Effetti perversi delle politiche nel Mezzogiorno*, Bologna, Il Mulino, (1992).
- VIOLANTE, Luciano. *Non è la piovra. Dodici tesi sulle mafie italiane*, Torino, Einaudi, (1994).
- VIOLANTE, Luciano. *La criminalità, Storia d'Italia, Annali 12*, Torino, Einaudi, (org. 1997).

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

A PRESERVAÇÃO DO AMBIENTE ATRAVÉS DO DIREITO PENAL*

WINFRIED HASSEMER

SUMÁRIO: 1. Teses sobre o Direito Penal do Ambiente – 2. Proteção ambiental na Alemanha e seus problemas – 3. Sugestões para um Direito Ambiental “moderno”

Há vários motivos para me sentir satisfeito por estar entre vocês, neste Congresso.

Os penalistas de Frankfurt têm procurado estabelecer múltiplos contatos com pessoas de vários países do mundo. Por exemplo, mantemos diálogo com penalistas da China, Espanha, Itália e de muitos outros países, em vários continentes. Até à data, não tínhamos inaugurado quaisquer contatos científicos com Portugal. Por isso, o primeiro motivo para me sentir agora satisfeito é o fato de poder estar a contribuir para que venha a surgir, a partir deste momento, uma relação académica regular entre os penalistas de Frankfurt e os colegas portugueses.

O segundo motivo é de natureza mais pessoal, pois esta foi uma inesperada ocasião para rever esta cidade, que eu já havia visitado. Creio que já passaram mais de trinta anos desde a data em que vim à cidade do Porto. Provavelmente,

muitas das pessoas presentes nesta sala ainda não teriam sequer nascido. Devo dizer-lhes que a cidade já não me parece a mesma. A recordação que guardo do clima também não corresponde àquele que vim agora encontrar aqui, talvez porque tenha visitado o Porto noutra altura do ano. Seguro mesmo é que o seu aspecto mudou muito desde então.

Outra observação preliminar gostaria ainda de fazer. Como os senhores já tiveram ocasião de verificar, não sou versado na língua portuguesa. Ciente desse óbice, a organização do encontro foi impecável e tomou todas as providências para tornar a minha palestra acessível a todos os presentes. Assim, a Dra. Branca Martins da Cruz encarregou-se de sequestrar o Sr. Carlos Vasconcelos, praticamente no ar. O Sr. Vasconcelos aprestava-se para regressar ao Brasil, a partir da Alemanha, designadamente de Frankfurt. Anteriormente, tivemos ensejo de trabalhar, conjuntamente, em vários projetos de investigação científica. Todavia, esta é a primeira vez, aqui no Porto, em que vamos emparceirar numa nova distribuição de tarefas, na qual lhe caberá fazer com que o meu discurso se torne compreensível.

Na Alemanha, há um ditado popular que diz que “o cão morde o último”.

(*) Texto baseado na conferência proferida pelo Autor, em 25.11.1995, na Universidade Lusíada-Porto, no âmbito do I Congresso Internacional de direito do ambiente, com tradução simultânea do alemão por Carlos Eduardo Vasconcelos, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes.

O último conferencista de hoje é Paulo Mendes. A fim de que não venha a ser mordido pelo cão, vou tentar ser bastante sucinto na minha intervenção.

É minha intenção divulgar aqui sobretudo resultados, com algum prejuízo dos fundamentos em que se basearam. Caso as minhas palavras venham a suscitar dúvidas nos presentes sobre os fundamentos implícitos nas minhas propostas, vocês talvez queiram vir a apresentá-las no período final da sessão, reservado para o debate de idéias. Essa será também a ocasião indicada para eu lhes tentar dar uma resposta.

Dividirei a minha apresentação fundamentalmente em *três partes*: na *primeira*, gostaria de lhes fornecer as minhas *teses sobre o direito penal do ambiente*; na *segunda*, pretendo *tematizar alguns tópicos sobre o estado da proteção ambiental na Alemanha e expor a minha avaliação dessa situação*; finalmente, gostaria de divulgar as minhas *sugestões para a construção de um direito ambiental "moderno"*.

1. Teses sobre o Direito Penal do Ambiente

Na Alemanha, temos discutido, desde os anos setenta, apenas uma única questão sobre o direito do ambiente. A questão é a seguinte: a contribuição do direito penal para a tutela do ambiente é positiva ou, pelo contrário, é contraproducente?

Convém que enunciemos esta mesma questão de forma mais elucidativa, reelaborando então a pergunta nestes termos: será que precisamos de dotar o direito penal do ambiente já existente de instrumentos mais severos ou será que necessitamos, em vez disso, de algo totalmente novo e diferente do direito penal do ambiente?

É minha opinião que não devemos continuar a insistir na mesma receita, ou seja, que não precisamos de *more of the same*, para utilizar uma expressão que é cara aos criminólogos ingleses. O direito penal, considerando o seu papel no tocante à política ambiental, tem-se revelado amplamente contraproducente. Se eu quisesse reformular esta mesma idéia de maneira ainda mais radical, então diria o seguinte: quanto mais direito penal do ambiente, menos proteção ambiental; quanto mais ampliarmos e agravarmos o direito penal do ambiente, tanto mais estaremos a dar maus passos, pois que, a persistir nessa senda, só viremos a produzir efeitos contrários aos pretendidos: ou seja, acabaremos contribuindo para uma inexorável diminuição da proteção efetiva do ambiente.

É importante frisar aqui que o problema da gravidade do dano ambiental no mundo contemporâneo transcende em muito a presente exposição. Sobre este assunto, a Dra. Anabela Rodrigues já se manifestou, e quero limitar-me a subscrever aqui tudo quanto disse.

Os atentados contra o ambiente inscrevem-se no âmbito dos dois ou três tipos de grandes ameaças surgidas nos tempos modernos. Há ameaças desmesuradas, sobretudo na Europa Central e na Europa Oriental, que preocupam, justificadamente, toda a opinião pública. Se quiséssemos obter uma noção ainda mais impressionante da dimensão assustadora dessas ameaças, bastaria então que refletíssemos nos riscos associados às grandes centrais nucleares da Rússia ou da Ucrânia ou então que pensássemos na política nuclear da Europa Ocidental, em geral.

Mas cabe aqui não só salientar a colossal dimensão das referidas ameaças, como chamar ainda a atenção para o fato de, por causa disso mesmo, se verificar, cada vez mais, uma profunda

irritação da opinião pública. Parece que as pessoas vão perdendo a confiança no próprio futuro. Esta perda gradual de otimismo, esta falta de confiança no futuro é, efetivamente, muito preocupante. E o direito ambiental, como é evidente, acaba também por ser afetado por este fenômeno, ficando assim comprometida a sua função de garantia efetiva do futuro.

A minha oposição ao direito penal do ambiente, é bom que fique aqui registrado, não pode ser confundida com qualquer menosprezo pelo ambiente ou pela ecologia, muito pelo contrário.

2. Proteção ambiental na Alemanha e seus problemas

Até os anos setenta, qual era a situação vivida na Alemanha, no tocante aos problemas ambientais?

Nesse período, podíamos *identificar três domínios do direito penal com relevância para a questão ambiental.*

Em *primeiro lugar*, tínhamos assegurada a tutela dos *bens jurídicos clássicos*. Afinal, bens jurídicos tais como a vida, a integridade física, a saúde ou o patrimônio também podem ser lesados por via de atentados contra o ambiente. Nesse caso, as incriminações do homicídio, das ofensas à integridade física ou do dano são chamadas a cumprir a sua natural função.

Em *segundo lugar*, tínhamos os *crimes de perigo comum*. Disso são exemplos a incriminação da liberação de energia nuclear ou a incriminação da criação de perigo de explosão nuclear. Trata-se aqui de crimes contra *bens jurídicos universais*, cuja previsão já então se integrava no nosso Código Penal, o StGB (*Strafgesetzbuch*).

Em *terceiro lugar*, tínhamos o chamado direito penal secundário ou direito penal de legislação extravagante. Esta

legislação penal extravagante era constituída, basicamente, por normas preventivo-ordenadoras da Administração, mas guarnecidas por sanções penais. Podemos encontrar exemplos deste tipo em legislação sobre o aproveitamento de recursos hídricos, sobre a eliminação de lixo, sobre a própria energia nuclear ou sobre o controle de riscos de epidemia e contaminação.

Nestes três domínios, o direito penal "clássico" funcionou sempre de forma assaz satisfatória.

Chegados os anos 80, verifica-se na Alemanha um esforço generalizado para se "*criar*" um *autêntico direito penal ambiental*. Nessa altura, foi acrescentado todo um novo capítulo ao próprio StGB.

De imediato, passo a informar-lhes (1) quais foram as *finalidades* que presidiram à feitura desta nova lei, (2) quais os *efeitos* que acabou por produzir e (3) quais as razões profundas para que *só tivesse podido redundar nesses efeitos*.

1. Esta nova lei foi feita com o objetivo primordial de obter a condenação de todas as normas penais relevantes para a proteção do ambiente num único diploma legal. O legislador confiava assim na viabilidade de gerar uma espécie de sinergia normativa, que concorresse para a preservação dos valores ambientais.

Ademais, a concentração de todas essas normas penais num único diploma legal também serviria para tornar a mensagem mais acessível a todos os cidadãos

Esperava-se ainda que as pessoas entendessem o significado imaneente à decisão legislativa de integrar as infrações penais ambientais no próprio âmago do direito penal, que é o Código Penal. Com isso, perseguia-se um intuito de pedagogia social.

Todavia, seria incorreto pensar que, com esta reforma, o legislador apenas cuidou de consolidar legislação penal avulsa preexistente. Ele muito mais longe: agravou as sanções penais cominadas para múltiplas infrações e também instituiu infrações totalmente novas. Operou-se assim uma autêntica expansão do próprio direito penal.

2. Quais foram então as conseqüências trazidas por esta reforma legislativa?

Se quisermos encontrar um denominador comum a todas estas novas normas de direito penal ambiental, então assenta-lhes como uma luva a expressão “*deficit de execução*”. Ninguém discute se existe um tal “*deficit de execução*”, porque é evidente que existe. Apenas se pergunta o que se pode fazer para superá-lo.

Cabe aqui esclarecer aquilo que se quer significar, quando se faz referência ao “*deficit de execução*”.

Em *primeiro* lugar, isso quer dizer que há cifras negras colossais no domínio do direito penal do ambiente. Em muitos aspectos, as cifras negras ultrapassam os 95%.

Em *segundo* lugar, as cifras negras não só são descomedidas, como também são seletivas: nunca são castigados os grandes poluidores, mas apenas os pequenos.

Em *terceiro* lugar, as instâncias formais de controle incumbidas da aplicação da lei também contribuem para a falência da persecução penal, dadas as dificuldades inerentes à estrutura do próprio processo penal. Com efeito, estes casos são complicados demais para a justiça criminal. É por isso que se manifesta uma natural tendência para se preferir pôr termo ao processo logo na fase preparatória, que é a fase de inquérito (*Ermittlungsverfahren*), da competência do Ministério Público.

Acresce que, no direito processual penal alemão, temos um problema muito grave, que é a possibilidade de acordo, segundo o modelo do *plea bargaining* anglo-saxônico. Ora, se já se verificava um tremendo insucesso na repressão penal dos atentados contra o ambiente, tão-somente pelas razões anteriormente referidas, tudo acaba então por se derribar, sobretudo quando sabemos que os referidos acordos ocorrem, com particular incidência, no domínio do direito penal do ambiente.

Tudo visto e somado, quase nenhuma são as penas efetivamente aplicadas, quando finalmente se chega a elas. E as penas aplicadas são irrisórias. Eu tentaria explicar este fenômeno do caráter irrisório das penas concretamente aplicadas com base na minha intuição de que os juízes talvez hesitem na aplicação de penas severas, porque pensam e sabem que pouquíssimos são aqueles que lhes são trazidos para serem julgados. E pensam e sabem que esses poucos, a quem eles têm a possibilidade de aplicar uma qualquer pena, são também os menos indicados para personificarem a realidade dos atentados contra o ambiente.

3. Se o “*deficit de execução*” é sintoma do mal de que padece o direito penal ambiental, gostaria agora de diagnosticar a própria doença. Com isto, vou entrar no cerne de uma questão que, atualmente, provoca graves divergências entre penalistas, na Alemanha.

É minha opinião, compartilhada com alguns outros autores, tais como Muñoz Conde, aqui presente, que o *direito penal não é instrumento adequado para lidar com este tipo de problemas*.

O direito ambiental visa à prevenção, enquanto o direito penal, por seu turno, não só não atua preventivamente, como também, quando se lhe exige que atue

dessa forma, nada mais consegue do que resultados sofríveis.

Por outro lado, no direito ambiental trata-se de responsabilidades coletivas, pois que os agentes atuam em conjunto e no quadro de organizações complexas. Já no direito penal, toda a imputação de responsabilidades é rigorosamente individual. Em direito penal, ninguém pode ser punido apenas com base na sua integração num todo, ficando por definir os contornos exatos da respectiva atuação.

Ora, se quisermos que o direito ambiental seja verdadeiramente eficiente, então devemos cuidar de lhe emprestar o maior número de condições de intervenção vivas e dinâmicas. Do direito penal, por sua vez, espera-se que permaneça, rigorosamente, como direito penal do fato, com conceitos claros e sólido perfil garantístico. Em suma, o direito penal não serve para resolver os problemas típicos da tutela ambiental.

Passo a mencionar as quatro razões que me levam a considerar que o direito penal não é adequado para tratar deste tipo de questões.

a) À primeira razão, seguindo a terminologia consagrada, vou chamar de acessoriedade administrativa (*Verwaltungsakzessorietät*). Quer isto dizer que o direito penal não intervém autonomamente, antes fica na dependência do direito administrativo. Ou seja, a entidade que controla o respeito pelas fronteiras do direito penal deixou de ser o juiz para passar a ser a Administração. O direito penal transformou-se, por esta via, num instrumento auxiliar da administração, passando a depender, para a demarcação das respectivas fronteiras, da intervenção da Administração.

Estou persuadido de que a acessoriedade administrativa é absolutamente necessária para a configuração de qualquer direito ambiental que se preze. Na

parte que diz respeito ao direito penal do ambiente, é forçoso, por muitas voltas que tentemos dar à questão, que acabemos por reconhecer que o juiz penal nunca teria condições para, nos casos concretos, definir o fato lesivo do ambiente, só com base na lei penal.

Mas não basta aqui invocar as múltiplas dificuldades conexas com a avaliação dos atentados contra o ambiente, designadamente do gênero agora mesmo referido, para justificar, com argumentos fatalistas, a acessoriedade administrativa. Também há aspectos vantajosos a considerar na acessoriedade administrativa. Nomeadamente, é só assim que se consegue corresponder à legítima expectativa dos destinatários das normas ambientais em poderem contar com alguma certeza, pois se lhes informa, antecipadamente, aquilo que podem e aquilo que não podem fazer, com toda a exatidão.

Por exemplo, é necessário estabelecer limites para o lançamento diário de efluentes industriais nas águas do Reno. É evidente que o juiz penal nunca estaria em condições de decidir sozinho se faz ou não faz sentido considerar como poluição cada ocorrência de descarga de águas impuras no rio. Temos de convir que, antes de se poder julgar cada caso concreto, é necessário que a Administração, seguindo uma estratégia global de preservação do ambiente, tenha fixado os limites para a poluição admissível, designadamente de molde a que se possa dizer se determinado estabelecimento industrial ultrapassou os níveis de poluição que lhe foram consentidos, em razão da sua atividade.

Sobre este ponto, existe amplo consenso entre os juristas ambientalistas alemães. As divergências só surgem quando são confrontados com a pergunta: quais são os problemas que a acessoriedade administrativa traz para o direito penal?

Na minha maneira de ver, a acessoriedade administrativa faz com que o ilícito penal deixe de ser visível. Na prática, a matéria da ilicitude penal passa a ser objeto de negociação direta entre a Administração e o potencial infrator. Com isto, o direito penal perde credibilidade para a generalidade dos cidadãos.

b) A segunda razão diz respeito à *imputação da responsabilidade criminal*. É meu parecer que, enquanto o direito penal continuar a incluir a privação da liberdade no respectivo rol de sanções, não podemos abrir mão de critérios estritos de imputação de responsabilidades individuais. Medidas de coação como a prisão preventiva ou sanções como a pena de prisão não são admissíveis apenas com base na apuração de responsabilidades coletivas, ficando na penumbra o exato alcance das responsabilidades individuais. De uma vez por todas, deveríamos nos convencer de que a imputação de responsabilidades individuais é imprescindível no direito penal e qualquer concessão a esse respeito inaceitável. Todavia, temos de convir que é praticamente impossível para o julgador, no domínio do direito penal do ambiente, chegar à determinação de responsabilidades individuais efetivas.

Com efeito, estamos num domínio em que a prática de infrações aparece como produto final de uma conjugação de vontades extremamente complexa, intervindo aqui toda uma série de variáveis técnicas, que têm de ser consideradas. É por isso mesmo que as responsabilidades são quase sempre coletivas. Na prática, são responsabilidades de todo o conselho de administração de uma sociedade comercial ou de toda a direção de um estabelecimento industrial.

Por outro lado, pisamos um terreno repleto de situações indefinidas. Por

exemplo, torna-se muito problemático formular juízos sobre se a responsabilidade pelo fato se constituiu por ação ou por omissão, acabando por acontecer, na maior parte dos casos, que não se consegue determinar qual destas modalidades de produção do fato é que teve realmente lugar.

Posso dizer-lhes que, tanto quanto conheço da práxis do direito penal alemão, as conseqüências decorrentes de tamanhas dificuldades são, como seria de prever, desalentadoras. Designadamente, pouquíssimos são os responsáveis dentro de um vasto grupo de pessoas com responsabilidades difusas. A tendência geral é para se acabar por selecionar apenas duas ou três delas, de forma quase aleatória, para as fazer pagar por todas. Com isto, ilude-se toda a tradição da dogmática da comparticipação criminosa, baseada na delimitação rigorosa das contribuições individuais para a prática do ato ilícito. No afã de tudo querer simplificar, em nome da eficácia da persecução penal, é a própria dignidade do direito penal que é sacrificada.

c) A terceira razão explicativa da falência do direito penal do ambiente tem a ver com o reconhecimento de que *os fins das penas não são aqui atingíveis*.

Por um lado, a ressocialização do infrator não é necessária. Por outro lado, a prevenção geral positiva (ou prevenção geral de integração) não funciona, devido às colossais cifras negras.

Sendo aplicadas penas de multa, quem acaba por pagar a multa nunca é o infrator, mas a empresa. As penas privativas de liberdade são aplicadas à razão de uma para mil casos possíveis.

A prevenção geral positiva é ilusória. De fato, a generalidade dos cidadãos já se apercebeu de que o direito penal do ambiente é totalmente ineficaz. Os jor-

nais fazem eco da descrença geral no direito penal do ambiente, com notícias diárias, nas quais a moral da história é sempre a conclusão de que os verdadeiros poluidores do meio ambiente nunca são castigados.

O direito penal reage contra este estado de coisas, tornando-se cada vez mais severo. Sirva de ilustração a última reforma do direito penal, na Alemanha, datada de finais de 1994. Esta reforma agravou o direito penal do ambiente, mais uma vez.

Mas os problemas também se tornam cada vez mais graves.

d) Em minha opinião, estamos perante um direito penal simbólico. O direito penal simbólico é identificável através de duas características: por um lado, não serve para a proteção efetiva de bens jurídicos; por outro lado, obedece a propósitos de pura jactância da classe política.

Esta suposta forma de garantir a proteção do ambiente, para além de custar pouco dinheiro ao Estado, apresenta ainda a vantagem de servir para acalmar contestações políticas. Com efeito, é assim que a classe política pode proclamar à opinião pública que está atenta aos problemas do mundo moderno e, mais ainda, que até se compromete com a tomada de medidas drásticas para os resolver. Por outro lado, enquanto se quer fazer com que os cidadãos acreditem num direito penal do ambiente pronto para realizar milagres, espera-se também que outras preocupações, tais como o preço da gasolina, se lhes desvançam da idéia.

Tudo isto denuncia o carácter simbólico do direito penal do ambiente, cujo verdadeiro préstimo redundaria em desobrigar os poderes públicos de perseguirem uma política de proteção do ambiente efetiva.

3. Sugestões para um Direito Ambiental "moderno"

Gostaria agora de tecer algumas considerações sobre aquilo que julgo que poderia ser um direito ambiental bem construído.

Para começar, precisamos de libertar o direito penal de tarefas preventivas, para as quais não está vocacionado. Mais concretamente, devemos extirpar do direito penal tudo aquilo que só possa ser conseguido com apelo para a acessoriedade administrativa.

Só devemos consentir que permaneçam com relevo penal aqueles fatos cuja ilicitude não dependa de configurações extrapenais, ademais variáveis. Assim sendo, é indiscutível que o direito penal deve continuar a garantir a tutela dos bens jurídicos clássicos, cuja integridade é também alvo de ameaça por força dos atentados contra o meio ambiente. Por outro lado, também nada se deve opor à manutenção dos crimes de perigo comum. Talvez se possa acrescentar algo mais a este catálogo, mas nada de muito significativo.

Extramuros do direito penal deve, contudo, ficar uma parte muito substancial dos atentados correntes contra o meio ambiente. Para abreviar este tipo particular de problemas, tenho sugerido a criação de um novo ramo de direito. Para o efeito, escolhi a designação de direito de intervenção (*Interventionsrecht*), mas poderemos designá-lo da forma que mais nos aprouver.

Este novo ramo de direito deveria condensar os seguintes elementos:

- a) Direito penal;
- b) Fatos ilícitos civis;
- c) Contravenções (*Überschreitungen*);
- d) Direito de polícia (*Polizeirecht*);
- e) Direito fiscal;

f) Medidas de matiz econômico e financeiro;

g) Planejamento do território;

h) Proteção da natureza;

i) Direito municipal (*Kommunalrecht*);

Em suma, este novo ramo de direito deveria reunir, em si mesmo, todas as franjas dos outros ramos de direito que têm relação direta com o chamado direito ambiental.

Não posso terminar a minha comunicação sem indicar as *principais características deste novo direito de intervenção*. Em especial, quero indicar as seguintes seis características:

1. O direito de intervenção deverá ser concebido de molde a poder *atuar previamente* à consumação de riscos. Ou seja, deverá ser pensado como um *direito de caráter preventivo*, ao contrário do direito penal, que é direito representivo.

Por exemplo, há domínios da atividade econômica nos quais é de regra lidar-se com determinados produtos perigosos ou nocivos. Pensando nestes casos, deveria ser instituída a obrigação de comunicação do fato às autoridades competentes, e as autoridades administrativas deveriam ser dotadas de meios para realizarem a fiscalização efetiva da execução dos programas de gestão ambiental das empresas.

2. O direito de intervenção deverá poder *dispensar os mecanismos de imputação individual* de responsabilidades. Isto significa que a imputação de *responsabilidades coletivas* deverá ser admitida, contanto que as penas privativas de liberdade não venham a integrar o rol das sanções aplicáveis.

3. Este novo ramo de direito deverá dispor de um catálogo de *sanções rigorosas*. Designadamente, deverá poder

decretar a dissolução de entes coletivos, encerrar as empresas poluidoras, suspender as respectivas atividades ou setores de atividade, entre outras medidas.

4. O direito de intervenção deverá estar preparado para *atuar globalmente*, e não apenas estar destinado a resolver os casos isolados.

Já sabemos que o direito penal, por sua própria natureza, se fixa nos casos concretos, não permitindo que se adquira uma leitura contextualizada dos problemas. Ora, a questão ambiental é um problema global. É global não apenas no sentido de se revestir de enorme complexidade, mas também no sentido de possuir uma dimensão mundial, que justifica que também deva ser tratada ao nível das instâncias internacionais.

5. O quinto aspecto, que merece especial referência, consiste no reconhecimento de que o *direito penal ainda deverá jogar um papel* neste novo contexto. Todavia, para o direito penal ainda deverá ficar reservada apenas uma função ancilar, de *caráter flanqueador*, destinada a dar cobertura a determinadas medidas de proteção ambiental. Mas esta função não pode ser confundida com aquela outra função de proteção de bens jurídicos, porque agora se trata apenas de garantir o cumprimento dos deveres impostos pela Administração.

Por exemplo, deveria tornar-se punível a omissão do dever de comunicação às autoridades competentes, por parte de uma empresa, do fato de laborar com produtos perigosos ou nocivos.

6. Finalmente, o direito de intervenção deverá prever soluções inovadoras, que garantam a *obrigação de minimizar os danos*.

Por exemplo, deverá ser exigida a constituição de fundos de indenização coletivos, por parte de quem lidar com

produtos perigosos. Não parece que seja exagerado impor às empresas industriais, em matéria ambiental, que consagrem soluções mutualistas por ramo de indústria, facultando os capitais necessários à constituição de fundos de indenização coletivos, de molde a ficarem efetivamente precavidas da eventualidade da produção de danos ambientais e a garantirem assim a reparação dos mesmos.

A terminar, mais uma observação, que encerra também o reconhecimento de uma grande dificuldade. Convenhamos que não podemos só preocupar-nos com a vertente substantiva do direito de intervenção. Este novo ramo de direito carece também de uma vertente processual compatível com as exigências do Estado de Direito. Todavia, não cabe aqui e agora pensar nos seus aspectos processuais.

Eis que chego ao final da minha intervenção, não sem lhes confessar que os piores conferencistas são mesmo aqueles que têm o desprazo de anunciar, logo de início, que pretendem ser sucintos. Mas peço-lhes que condescendam em refletir nas minhas palavras por mais alguns momentos. Gostaria de *terminar com mais três considerações*.

Em *primeiro* lugar, precisamos abandonar o mau hábito de consentir na chamada externalização dos custos da poluição. Temos de conseguir que os custos da proteção ambiental passem a ser incluídos no próprio produto. A destruição das condições naturais da vida tem de passar a custar caro para quem a provocar. Creio que o mercado pode desempenhar um papel de relevo na consecução deste desiderato.

Em *segundo* lugar, precisamos reordenar toda a política fiscal para a proteção do ambiente.

Em *terceiro* lugar, temos de fazer com que a Administração, em matéria ambiental, se torne absolutamente transparente. Precisamos descobrir formas pelas quais pelo menos as populações afetadas pela deterioração das condições naturais da vida possam participar da discussão dos problemas e na elaboração de programas de ação. É necessário garantir o direito à informação também no domínio ambiental. Se porventura essa transparência vier a ser assegurada, então a ação popular ganharia sentido.

Temos de convir que, para conseguir tudo isto, não podemos contar com o direito penal.

2. DOUTRINA NACIONAL

ASPECTOS SUBJETIVOS DA SENTENÇA PENAL

ALICE BIANCHINI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Considerações preliminares: 2.1. Concepções de direito; 2.2. O processo; 2.3. A sentença penal: 2.3.1. Conceito, 2.3.2. Fases da sentença – 3. A questão da valoração da prova – 4. A prova no inquérito policial – 5. O processo de formação da convicção do juiz – 6. Requisitos retóricos da sentença penal: 6.1. Requisitos formais; 6.2. Requisitos retóricos – 7. A verdade judicial como verdade possível – 8. Considerações finais – 9. Bibliografia.

1. Introdução

O juiz encerra sua atividade jurisdicional por meio da sentença. É ela que põe cabo à lide processual.

A fim de que uma reforma da decisão não seja imposta, caso haja inconformismo manifesto da parte sucumbente, esta há de ser convincente. Faz-se, portanto, indispensável um conjunto de argumentos, para que o texto sentenciado tenha persuasão, quer dizer, para que seja recepcionado e receba adesão daqueles que estão sob o seu jugo, bem como de toda a comunidade jurídica. A este conjunto de argumentos dá-se o nome de requisitos retóricos.

O magistrado, ao prolatar a sentença, reconstrói os fatos *sub judice*, o que é realizado com base em um conjunto de variáveis que informam a sua interpretação dos fatos. Os juízes não são neutros e imparciais, mas produto de uma cultura, de pensamentos, de valores, de ideologias, de opiniões, sendo que na atividade jurídica facilmente pode-se observar estas influências. A aplicação da lei, não obstante enfáticas afirmações contrárias, é feita com motivações que extrapolam o âmbito da própria legislação, o que é pouco ou

nada percebido. Em razão disto, constitui-se de indubitável importância a análise dos fatores que influenciam a tomada de decisão feita pelo magistrado no momento da elaboração do *decisum*. O presente estudo, preocupar-se-á em analisar algumas destas motivações.

Antes, porém, de se adentrar na temática especificada, intentando dar uma noção preliminar ao objeto do presente trabalho, algumas considerações introdutórias se fazem importantes. Sob esse enfoque, verificar-se-á, elegendo-se, dentre os tantos significados que a palavra direito comporta, as concepções realista e formalista. Também serão tecidos comentários sobre o processo e a sentença, compondo-se, assim, a primeira parte do estudo.

A lei, por conter um programa gramatical, dá ensejo a interpretações diversas. A variação decorre, dentre outros motivos, em razão da acepção que o intérprete detém do direito. Mas, também, outros fatores influenciam o magistrado no momento da prolação da sentença. Elegu-se o estudo dos seguintes: valoração da prova, a prova no inquérito policial e o processo de formação da convicção do juiz. Cada um deles será analisado em momentos distintos. Após, serão elaboradas algumas

considerações acerca dos requisitos retóricos da sentença penal. Por fim, tratar-se-á da verdade judicial, buscando-se demonstrar que essa é a única verdade alcançável, considerada como aquela que atende – ainda que minimamente – aos ideais de certeza.

2. Considerações preliminares

2.1 *Concepções de direito*

Apesar das inúmeras definições de direito que são concebidas na atualidade, existe a possibilidade de separá-las de acordo com duas grandes vertentes: a formalista e a realista.

Aquelas posturas que recriam ou conservam os modelos jurídicos presentes em textos legais são vistas como formalistas, enquanto que as realistas distanciam-se das propostas legislativas, concentrando a busca de soluções para os problemas dados em outras alternativas axiológicas, como o fortalecimento do poder judiciário. Os formalistas, portanto, relevam a segurança jurídica, enquanto que, para os realistas, a tônica se insere na equidade.

De acordo com Luis Alberto Warat, “(...) para o formalismo a idéia de justiça aparece estreitamente vinculada à preservação do valor segurança, o qual se materializa no conceito de legalidade. Uma decisão será justa se for legal, vale dizer, se puder ser logicamente derivada das normas gerais. Em consequência, são desqualificadas, de plano, as possibilidades de introduzir-se soluções fundadas em critérios extralegais, baseados na realidade social, o que, evidentemente, não deixa de ser uma visão idealizada da atividade judicial e científica do direito.”⁽¹⁾

Em sentido diametralmente oposto, “negando que as normas jurídicas possibilitem uma previsão infinita das consequências jurídicas, os realistas chegam a produzir um exagerado ceticismo frente a ditas normas gerais. Negam-lhe todo valor. Afirmam alguns, inclusive, que as normas gerais são um conjunto de enunciados metafísicos que cumprem somente a função retórica de justificar as decisões dos juízes.”⁽²⁾

Desta forma, o formalista dá ênfase à segurança jurídica, ainda que tal conduza a injustiças. O realista, diversamente, prefere a aplicação do que concebe como justiça, mesmo que para isto seja necessário contrariar a ordem legal.

Warat, discordando das conclusões a que chegam ambas as teorias expostas, opina no sentido de que a razão estaria com as orientações intermédias, visto que “(...) todo o processo comunicacional é integrado por duas instâncias: a abstrata e a contextual. A abstrata é a significação comunitariamente elaborada para servir como código à produção específica de mensagem, e a contextual, de comunicação efetiva, é aquela onde esse sentido de base completa-se com os propósitos dos emissores e receptores, assim como de seus condicionamentos sociais.” Ainda para este mesmo autor, “realistas e formalistas não levaram em conta esta correlação forçosa. Viram a linguagem jurídica como uma pura significação de base (as normas) ou uma pura significação contextual (as sentenças). Ambas são teses lingüísticas falsas.”⁽³⁾

A discussão que gira em torno da possibilidade ou não de, através unicamente da aplicação da lei, chegar-se à realização da justiça, já vem de longa data e foi fonte de criação de muitas

(1) WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1994. v. 1, p. 53.

(2) Idem, p. 57.

(3) Ibidem., p. 64.

teorias. Sobre o assunto, asseveram Warat e Eduardo Russo: "Mientras que la dogmática tradicional parte de la ilusión infecunda y oscurantista de que mediante el estudio de la legislación vigente, puede producirse un tipo de saber apto para realizar funciones jurídicas diferentes a las que proponen las propias normas, nuestro enfoque crítico, cuando efectúa juicios sobre el saber jurídico acumulado, lo denuncia como ideológico, es decir, como un conjunto de creencias que no pueden, tal como están, alcanzar el rango de los enunciados científicos. (...) En el estado actual de desarrollo de la llamada 'ciencia del derecho', tal denominación no pasa de ser, a lo más, una expresión de deseos. La 'ciencia del derecho' que los juristas invocan en sus prácticas profesionales es una doxa — aunque metódica y sistemática — constituida por opiniones de oficio, un discurso sobre la práctica profesional determinado por hábitos lingüísticos y costumbres intelectuales."⁴

Todo este incursionamento teórico é de suma importância, já que, indubitavelmente, a concepção de direito à qual está alinhado o aplicador da lei influencia no julgamento. É o que demonstra Nilo Bairros de Brum, quando elabora exemplo no qual provas peremptórias para a absolvição do réu não foram oferecidas em função da inércia ou do desinteresse do advogado e que somente chegam ao conhecimento do magistrado na fase de prolação da sentença. Neste caso, dependendo da orientação do magistrado, as consequências para o réu poderão ser completamente distintas. Assim, "se o julgador articular o princípio da preclusão com os princípios do

ônus da prova e da concentração da prova, certamente condenará o réu, pois a ele cabia defender-se por intermédio de advogado capaz, que produzisse a prova da defesa no momento processual para isto destinado. Se o juiz enfatizar os princípios do interesse público e da inquisitividade na ordenação e prática das provas, provavelmente determinará, 'de ofício', diligências no sentido de colher as provas de defesa, podendo, com isso, mudar o rumo decisório. Por outro lado se o julgador der ênfase à garantia constitucional de ampla defesa, poderá combinar o princípio da liberdade de prova com os princípios da contrariedade e do interesse público, declarando o réu indefeso e anulando o processo em parte, a fim de que se repita a instrução e se estabeleça efetivamente o contraditório."⁵ Vê-se, as-

(5) BRUM, Nilo Bairros de, op. cit., p. 67. Tal divergência também pode ser facilmente vislumbrada nas discussões sobre concurso de agentes no crime de infanticídio. Tornou-se notória a polêmica travada por Magalhães Noronha e Nelson Hungria sobre o tema. Para o primeiro, baseando-se na coerência intra-sistemática, não haveria dúvida alguma de que o estado puerperal é circunstância de caráter pessoal e, sendo elementar, comunica-se, *ex vi* do art. 30, a todo aquele que, de alguma forma, concorre para o crime. Ainda para Noronha, tal regra somente poderia ser derogada na hipótese de existência de texto expresso (*Direito Penal*, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 2, p. 47). Diferentemente, Hungria entende que se trata de crime *personalíssimo* e como tal é incomunicável. Além disto, o autor defende que as causas que diminuem ou excluem a responsabilidade são, tecnicamente, circunstâncias. E, por fim, entende que "a quebra da regra legal sobre a unidade do crime (...) é justificada pela necessidade de evitar-se o contra-senso, que orçaria pelo irrisório, de imputar-se a outrem que não a parturiente um crime somente reconhecível quando praticado 'sob influência do estado puerperal'" (*Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense,

(4) WARAT, Luis Alberto, RUSSO, A. Eduardo. *Interpretación de la ley: poder de las significaciones y significaciones del poder*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987. v. 1, p. 9.

sim, que, no exemplo, três são as combinações possíveis, cada qual com distintos resultados.

2.2 O processo

Ao se falar em sentença, impõe-se que se faça referência ao processo, já que este é por aquela arrematado. Na concepção de Vincenzo Manzini "el conjunto de los atos concretos previstos y regulados en abstracto por el derecho procesual, cumplidos por sujetos públicos o privados, competentes o autorizados, a los fines del ejercicio de la jurisdicción penal, en orden a la pretensión punitiva hecha valer mediante la acción o en orden a otra cuestión legítimamente presentada al juez penal constituye la actividad judicial progresiva que es el proceso penal".⁶

Magalhães Noronha entende que "o processo, como procedimento, é (...) o conjunto de atos legalmente ordenados para apuração do fato, da autoria e exata aplicação da lei. O fim é este; a descoberta da verdade, o meio."⁷ Desta forma, o processo só existe para que a verdade sobre o fato imputado como criminoso seja desvendada. E é esta verdade que a sentença pretenderá retratar.

1942, v. 6, p. 113-114). Em razão dos argumentos expendidos pelos autores, pode-se verificar que Noronha preocupa-se com a aplicação irrestrita da lei, enquanto que Hungria encontra elementos que justificam a quebra do princípio da unidade do crime, neste caso. Num vislumbra-se a preocupação com a legalidade, noutro, percebe-se que a tônica é colocada sobre o que o autor tem por justo.

(6) MANZINI, Vincenzo apud NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 4.

(7) NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 4.

2.3 A sentença penal

2.3.1. Conceito

A sentença pode ter abordagens diferenciadas, conforme sua conceituação esteja sendo realizada sobre os alicerces da teoria formalista, ou da realista.

Para Noronha, a sentença penal constitui a "declaração judicial do direito ao caso concreto. (...) Sua finalidade é proclamar o direito e aplicar a lei no caso individualizado."⁸ Neste mesmo sentido Vicente Greco Filho: "sentença é o ato do juiz que resolve a lide, aplicando a lei ao caso concreto."⁹ Enrico Altavilla conceitua sentença como "conjunto de relações coordenadas num sistema lógico, que tende a uma escolha dos elementos probatórios, deduzindo de um fato, na sua realidade natural, os elementos necessários à estruturação do crime e das suas circunstâncias. (...) Nesta escolha, que tende a concretizar uma hipótese, influi não somente a personalidade do juiz, com as suas experiências, mas também a interpretação dada pela doutrina e pela jurisprudência".¹⁰

Para Nilo Bairros de Brum, as sentenças são "peças de comunicação que se destinam a acontecer, não valem pelo que representam em termos de emissão e transmissão, mas só em termos de recepção e adesão, vale dizer, em termos de persuasão."¹¹

(8) Idem, p. 281.

(9) GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 285.

(10) ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. Trad. de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Arménio Armado, 1981. v. 1, p. 505.

(11) BRUM, Nilo Bairro de, op. cit., p. 2.

Utilizando-se de uma abordagem diferenciada, Rui Portanova afirma que é atributo da sentença, em razão de seu especial caráter de exercício de poder, difundir o jogo político contido no Direito, apontando, para tanto, seus defeitos e virtudes. Com vistas a estes dados, elabora o seguinte conceito: "A sentença é o momento em que o juiz revela, ilumina e descobre a realidade social; mostrando a favor de quem e contra quem está decidindo dentro do espectro social."¹²

De uma forma sintética, pode-se dizer que, na acepção formalista, sentença é a declaração do direito ao caso concreto, enquanto que, na realista, a sentença é vista como ato pelo qual o juiz diz o que sente. Entrementes, independentemente da conceituação de sentença que se venha a adotar, não há dúvida de que ela constitui o ato no qual é realizada a prestação jurisdicional que, em última análise, para alguns, representa a aplicação da justiça.¹³ Em razão disto, a decisão judicial exerce papel de sobrelevada importância no contexto das relações sociais, fazendo com que todos os fatores que influenciam a tomada de decisão pelo magistrado devam ser explicitados.

2.3.2 Fases da sentença

A fase final do processo corresponde à sentença.

(12) PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1994, p. 155.

(13) Relativizou-se a afirmação, porque, conforme já se fez referência e de acordo com o que ainda será explanado, a sentença representa, tão somente, um momento em que se verifica a verossimilhança fática e jamais a verdade real, o que compromete, por conseguinte, a eventual carga de justiça da decisão.

Muitos consideram que a interpretação judicial obedece a quatro etapas distintamente delineadas e que seriam: a) fase cognitiva dos fatos e das normas aplicáveis; b) fase valorativa; c) fase decisória e, d) fase de justificação do ato decisório.

Esta separação, no entanto, ao contrário do comumente afirmado, não se verifica na prática, já que uma fase sofre influência da outra, além de interpenetrarem-se simultaneamente. Assim é que a utilização de um dos métodos de interpretação da norma, ou de uma das teorias de avaliação da prova, ocorrida na primeira fase, que é a cognitiva, representa um ato axiológico. Desta forma, percebe-se que, quando da primeira etapa, já se avançou para a segunda (que é a valorativa). Ademais, a própria elcção metodológica está determinada pela decisão que o intérprete já adotou previamente em razão da sua valoração pessoal, o que deveria ocorrer na terceira etapa.

Em razão disto, para Nilo Bairro de Brum, "conhecer, interpretar, valorar, decidir e justificar são aspectos de uma só atividade indivisível que se chama julgar."¹⁴ Esta atividade, como não poderia deixar de ser, é influenciada por vários fatores, alguns dos quais serão analisados no decorrer deste trabalho.

3. Interpretação do direito e valoração da prova

A interpretação de determinada norma legal nem sempre é uníssona. A natureza do objeto a ser interpretado, as circunstâncias que envolvem o ato interpretativo, além dos motivos subjetivos, influenciam na interpretação, tra-

(14) BRUM, Nilo Bairos de, op. cit., p. 41-42.

zendo, por decorrência, a possibilidade de conclusões desencontradas.

O entendimento de que “interpretar a lei é penetrar-lhe o verdadeiro e exclusivo sentido”, como afirma Aníbal Bruno, é negada por diversas correntes do pensamento jurídico. A ascendência com tal tese representa uma supervalorização da norma, ato que mais modernamente vem sendo desautorizado. As normas não são portadoras de sentido único. Ao contrário, existe, sempre, a possibilidade de haver leituras diferenciadas de uma mesma lei. Quanto maior a sua vagueza, maior número de sentidos podem ser adjudicados a ela, o que permite, inclusive, a sua utilização para fins bastante variados. Esta possibilidade de diversas exegeses deram origem aos vários métodos de interpretação.

Além do problema da interpretação da norma, outra dificuldade surge quando se trata de concretizar a justiça. É que a análise da prova representa um momento extremamente laborioso e complexo. A reconstituição dos fatos constitui uma tarefa propensa a equívocos, já que sempre será feita de forma indireta, por meio de uma atividade probatória que não é imaculada ou isenta. Isto porque, dentre outros motivos, aqueles que intervêm na elaboração das provas sofrem influências as mais diversas, sendo que suas concepções a respeito do crime e do criminoso também podem interferir.

Além disto, “(...) a sistemática da prova oferece pouca viabilidade de controle racional da atividade valorativa dos juízes, já que na área penal, mais que na cível, as possibilidades de manipulação da prova são quase ilimitadas, graças ao predomínio do princípio da livre convicção do juiz. Por outro lado – também diversamente do que ocorre na área cível, onde existe maior flexibilidade no uso das diversas técnicas (métodos) de interpretação da lei – na

área penal impera o rígido modelo dogmático de interpretação da lei (teoria dogmática do delito). Esta rigidez no que se refere à interpretação do direito faz com que os juízes criminais busquem as soluções de equidade ou segurança, concentrando sua atividade manipuladora na reconstituição e valoração dos fatos, vale dizer da prova.”¹⁵

Resta, ainda, que quando sanada a fase da instrução criminal, conduzida com ampla influência do juiz, surgem-lhe diversas possibilidades de configurações verossímeis, muitas vezes contraditórias. O magistrado, então, à vista deste material heterogêneo, tem por tarefa proclamar a verdade fática.

4. A prova no inquérito policial

Já se disse, no item anterior, acerca da importância que a valoração da prova adquire no momento do *decisum*. Em razão disto, não se pode deixar de relevar, também, o modo como é feita a colheita da prova. Sobre este assunto, muito se poderia discorrer. Circunscrever-se-á, no entanto, a análise, à verificação da forma como são realizadas as investigações policiais, que dão ensejo ao inquérito.

No que tange à peça policial, várias são as discussões sobre o tema, destacando-se aquela que apregoa a necessidade de fazer incidir o princípio do contraditório no momento da feitura das

(15) Idem, p. 51. O princípio da livre convicção do juiz surgiu entre a segunda metade do século XVIII e no início do século seguinte. Por ele “o juiz, como o júri, deve julgar de acordo com a sua convicção íntima. Todos os meios de provas são admitidos, nenhuma prova tendo um valor legalmente estabelecido, salvo algumas exceções” (John Gilissen. *Introdução histórica ao Direito*. 2.^a ed. Lisboa: Fundação Kalosust Gulbenkian. s/d, p. 719-720).

perícias e das declarações que compõem o auto, a fim de oportunizar a sua refutação, dando ensejo à contraprova.

O princípio do contraditório está em relação de complementaridade com os da publicidade, da igualdade de oportunidade e da concentração da prova. Nilo Bairros de Brum, chama a atenção para o fato de que, nas legislação e práticas processuais, estes quatro princípios não são respeitados. “*Primeiro*, porque as provas mais importantes (ou, pelo menos, algumas das mais importantes e decisivas) são produzidas fora do processo judicial, sob sigilo, e longe dos olhos das partes; *segundo*, porque as perícias realizadas na fase policial dificilmente podem ser repetidas em juízo, já porque não se reservou material padrão para a contraprova, já porque a perícia foi realizada sobre vestígios que, por sua natureza, não mais existem ao tempo da instrução; *terceiro*, porque, na fase destinada à concentração probatória (instrução criminal), via de regra, produz-se apenas a prova testemunhal que, com raras exceções, consiste na reprodução dos depoimentos abonatórios das testemunhas arroladas pela defesa.”¹⁶

Aqueles que advogam que o inquérito policial é mera peça informativa, porisso destituído de qualquer valor probatório, fixam seus argumentos em abstrações idealistas que, na prática, bem se sabe, incorrem. Intentando demonstrar a importância que é atribuída, pelos julgadores, às peças policiais, Brum salienta que “basta observar-se qualquer sentença acerca de crimes que deixam vestígios para encontrar-se afirmações como estas: ‘A materialidade do delito está devidamente provada pelo auto de fls.’, ou ‘Embora o acusado negue em juízo a autoria do fato, esta restou devidamente provada pela sua

confissão extrajudicial, integralmente corroborada pelo conjunto probatório’. (Tanto o mencionado auto, como a confissão e os elementos que a roboram (autos de apreensão) são, nos exemplos dados, peças do inquérito policial).”¹⁷ Isto demonstra a vasta importância que se atribui às provas elaboradas quando da fase policial, as quais, conforme já salientado, sofrem sério risco de estarem eivadas de vícios, uma vez que, quando da sua colheita, vários dos princípios norteadores da prova, por licença legal, não necessitam ser respeitados.

5. O processo de formação da convicção do juiz

Normalmente, tão logo o fato é apresentado ao juiz, este elabora um juízo sumário que tem (ou deveria ter) um valor elementar e provisório. Esta primeira hipótese pode ir se reforçando, e, de *possibilidade* vir a tornar-se *probabilidade*, para, mais tarde, transmutar-se em *certeza*. O perigo que pode representar a exagerada importância que alguns magistrados atribuem à intuição é denunciado por Enrico Altavilla: “Às vezes este juízo antecipado cristaliza-se tão potentemente na consciência do juiz, que não só as conclusões processuais não conseguirão modificá-lo, mas até ele, inconscientemente, se esforçara por adaptar esses resultados à sua convicção.” A supervalorização da experiência também reserva algumas conseqüências indevidas, visto que “cria o perigo de uma *semelhança* poder fazer com que não se percepcionem aspectos diferenciais e ser tomada por identidade (...) A intuição pode (...) ser um utilíssimo instrumento de justiça, desde que seja logo seguida pela verificação, através do exame objetivo, do que se apurou no processo. Acrescente-se que a vulgar

⁽¹⁶⁾ BRUM, Nilo Bairros de, op. cit., p. 62-63. (grifou-se)

⁽¹⁷⁾ Idem, p. 63.

intuição não é mais, muitas vezes, que uma enganadora impressão de simpatia ou de antipatia, que gera um apressado juízo de inocência ou de culpabilidade.¹⁸

Há quem defenda que este juízo preliminar vai sendo substituído por uma fase científica, com o que não se pode concordar, pois, em verdade, o campo da livre convicção continua guiando o julgador, apesar de lhe serem apresentadas conclusões técnicas, nas quais o magistrado poderá embasar o *decisun* (como as perícias psiquiátrica, balística, contabilística, etc.).

Este processo de formação de uma convicção abriga um inconveniente gravíssimo: a hipótese provisória pode seduzir o investigador, deixando encoberta ou até inadmissível outra possibilidade que, eventualmente, mais se aproxime da verdade. Além disto, como este juízo sumário forma-se no início do processo, o magistrado, já na colheita da prova, estará conduzindo-a no sentido de fortalecer o seu convencimento. Ou seja, o julgador, ainda que de forma inconsciente, buscará reforços para a sua convicção, enquanto que sua tarefa deveria ser a de apreender o maior número de informações possíveis, a fim de, ao final, chegar a alguma conclusão sobre os fatos que lhe foram apresentados. "Deixar-se fascinar por uma tese, limitando-se a procurar demonstrar a sua exatidão, descuidando todos os elementos contrários, pode ser permitido a um defensor, mas será o maior dos erros por parte do juiz, vítima, na formação do seu convencimento, daquele a que poderemos chamar de *idêia prevalente*, que pretende dominar sem oposição e tudo deforma e repele, no seu monoidéismo."¹⁹ Ou, nas palavras de Lorenzo

Ellero, "o preconceito da tese, que se torna, no geral, também preconceito emocional, pela força instantânea do desejo, aumenta igualmente a força visual da mente, mas infelizmente circunscreve-a, não permitindo que se deduza de uma coisa ou de um fato senão o que corresponda a esse preconceito. Forma-se, assim, uma só parte da verdade, mas quase sempre esta fração de verdade, justamente por estar circunscrita e isolada de tantas outras verdades inerentes àquele próprio fato e despercebidas da mente observadora, torna-se o núcleo de um erro, de corolários tirados de uma ou de várias faces de um poliedro, mas ilusoriamente atribuídas ao presumido conhecimento de todo o poliedro. Isto dá lugar aos erros de juízo sobre tantas coisas grandes e pequenas."²⁰

Conforme assevera Walter Haller, "o juiz consciente dos elementos subjetivos do processo de decidir e que não se rende à ilusão de perfeita neutralidade, é mais capaz de controlar seus gostos e desgostos. Esse mesmo juiz também será mais apto para uso responsável da liberdade que possui quando interpreta disposições legais e põe na balança interesses conflitantes sem refugiar-se atrás de fórmulas aparentemente objetivas."²¹ Torna-se de suma importância, portanto, a tomada de consciência destas condições de produção de decisão, a fim de que, através do conhecimento, possa-se neutralizar a ação funesta que tanto o entregar-se à intuição quanto o juízo preliminar acarretam no momento da condução do processo e da elaboração da sentença, principalmente quando surgem de forma dissimulada e que, mesmo não sendo verdadeiras, aparecem como tal.

(18) ALTAVILLA, Enrico, op. cit., p. 510-511.

(19) Idem, p. 514.

(20) ELLERO, Lorenzo apud ALTAVILLA, Enrico, op. cit., p. 513.

(21) HALLER, Walter apud PORTANOVA, Rui, op. cit., p. 133.

6. Requisitos retóricos da sentença penal

6.1 Requisitos formais

Os requisitos formais da sentença não são alvo de muitas discussões doutrinárias ou jurisprudenciais. Didaticamente, eles estão divididos em três partes: a *exposição*, a *motivação* e a *conclusão*. Outros preferem: *parte enunciativa* (relatório e motivação); *dispositiva* (conclusão) e *autenticação* (data e subscrição do juiz).

O art. 381 do CPP, que elenca os requisitos da sentença, possui a seguinte redação:

“Art. 381. A sentença conterá:

I – os nomes das partes ou, quando não for possível, as indicações necessárias para identificá-las;

II – a exposição sucinta da acusação e da defesa;

III – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

IV – a indicação dos artigos de lei aplicados;

V – o dispositivo;

VI – a data e assinatura do juiz.

O núcleo retórico da decisão encontra-se no inciso III, o qual se refere à necessidade de indicação dos motivos de fato e de direito que originaram a decisão. É neste momento que o magistrado coteja e analisa as provas dos autos, optando por uma das tantas versões que se pode extrair do processo. Faz-se necessário que o juiz explicita a forma como, ao seu ver, ocorreram os fatos, os motivos que o levaram a tal conclusão, e faça incidir a norma aplicável. Toda decisão, para adquirir a devida coesão social, há de ser legítima, válida e justa. “Cotejando e avaliando as provas dos autos, necessita [o magistrado] demonstrar que o fato ocorreu de

determinada forma e não de outra. Precisa, por outro lado, dizer qual o direito a ser aplicado e os porquês de tal aplicação. Enfim, é aqui que o juiz reconstrói discursivamente o fato *sub judice*, procede à sua consunção ao direito que entende aplicável, acolhendo ou rejeitando os argumentos das partes e explicando os mecanismos racionais pelos quais decide.”²²

A ausência ou defeito de qualquer dos elementos elencados no artigo ora transcrito poderá acarretar a nulidade da sentença, à exceção, quanto ao defeito, do subjetivo (inciso III). Neste caso, pode ocorrer de o *decisum* não adquirir a devida adesão, por ser considerado iníquo ou insuficientemente fundamentado. Para que tal não ocorra, a sentença é permeada de requisitos retóricos, conforme se verá a seguir.

6.2 Requisitos retóricos

De acordo com Luis Alberto Warat, os órgãos judiciais “buscam sempre assumir a aparência da predeterminação normativa. O juiz pode apartar-se da norma sempre que pareça não apartar-se. Para tanto deve persuadir o órgão censor de que não o fez. As técnicas lingüísticas, as falácias, o modo de apreciação dos fatos, os princípios gerais do direito, as teorias e conceitos dogmáticamente elaborados e os métodos de interpretação geralmente aceitos como conteúdos materiais das normas gerais, criam o efeito de que não se alienam dos mesmos.”²³ É aqui que surgem os requisitos retóricos da sentença, que no, dizer de Nilo Bairo de Brum, constituem o “conjunto de argumentos essenciais (essencial no sentido de mínimo necessário e provavelmente

(22) BRUM, Nilo Bairo de, op. cit., p. 5.

(23) WARAT, Luis Alberto, op. cit., p. 62.

suficiente) da sentença²⁴, sendo que o discurso jurídico fornece o instrumental necessário, para que o julgador possa conciliar, retoricamente, os ditames de sua convicção com a expectativa das partes e dos órgãos revisores.

Quatro são os elementos representativos da argumentação retórica do *decisum*, apresentados por Brum: *verossimilhança fática*, *efeito de legalidade*, *efeito de adequação axiológica* e *efeito de neutralidade judicial*.

O primeiro elemento decorre da necessidade de o magistrado justificar a escolha de uma entre as tantas versões possíveis e que surgem a partir da avaliação das provas. Explica, o autor, que ele constitui um efeito de verdade. Assim, "o fato *sub judice* é reconstruído discursivamente pelo juiz no momento de sentenciar e (...) essa reconstrução caracteriza-se pela seleção, avaliação e interpretação do material probatório que foi recolhido e acumulado ao longo de um complexo procedimento que começa com as primeiras atividades policiais pós-delito e termina com o encerramento da instrução criminal."²⁵

O próximo elemento - *efeito de legalidade* - está associado à necessidade de o magistrado dar uma solução jurídica ao caso. Este elemento encontra-se estreitamente ligado à questão da segurança jurídica, isto porque "não é boa estratégia retórica o colocar-se contra a legalidade. As aspirações de segurança jurídica têm de ser atendidas sob pena de ser a sentença considerada ilegal ou arbitrária. Assim, qualquer que seja a decisão do juiz, deve ela parecer estar contida de alguma forma na previsão do legislador ou, noutras palavras, deve ela apresentar-se como derivada da previsão legal."²⁶

O terceiro elemento, que é o *efeito de adequação axiológica*, aumenta a sua proporção de importância à medida em que os valores internalizados pelos processos de socialização na comunidade (que também afetam o magistrado, na condição de homem comum) estejam ou não identificados com os conteúdos dos textos legais a serem aplicados. Indubitavelmente, é na dimensão axiológica da sentença que se deposita a tarefa mais laboriosa, já que "os valores incrustados na significação de base da norma legal podem estar em conflito com os valores predominantes na realidade social. A exigência de que a decisão, além de legal, deva ser justa, coloca o julgador muitas vezes diante do dilema de optar entre a legalidade e a equidade, c, ao mesmo tempo, deixar a impressão de que não houve tal opção valorativa. Compatibilizar o incompatível é uma das tarefas que se pede ao órgão decisório, coisa que somente é viável no terreno retórico."²⁷ Um argumento, desta forma, tornar-se-á persuasivo à medida em que produza um efeito de adequação ideológica, que, na linguagem de Luis Alberto Warat, denomina-se "condições retóricas de significação". Ainda para Warat, "a persuasão realiza-se sempre a partir de uma operação de reconhecimento ideológico. Ora, esse efeito de reconhecimento produz-se no interior de um raciocínio que justifica uma determinada interpretação do sentido da norma, da prova dos fatos ou da aplicação das noções técnico-jurídicas elaboradas pela dogmática do direito. (...) Sem essa vinculação o raciocínio apresentar-se-á como um recurso pleno de boa vontade, uma anedota que não convence. A trama sutil, que nos força a aceitar certas convergências não costuradas por um cálculo lógico, deixa de ser tão sutil quando advertimos que o raciocínio nos

(24) BRUM, Nilo Bairros de, op. cit., p. 14.

(25) BRUM, Nilo Bairros de, op. cit., p. 76.

(26) Idem, p. 78.

(27) Ibidem, p. 82-83.

ajuda a reconhecemo-nos ideologicamente.²⁸ Assim, caso a sociedade não fique convencida de que a norma aplicada encontra-se em consonância com suas aspirações, este requisito não terá sido colmatado.

O último elemento é o *efeito de neutralidade judicial*. Por ele o juiz deve eleger parecendo neutro, ou seja, desprendido de suas ideologias e mesmo de suas idiossincrasias, o que não é factível. “O juiz que não tem valores e diz que o seu julgamento é neutro, na verdade está assumindo valores de conservação. O juiz sempre tem valores. Toda sentença é marcada por valores. O juiz tem que ter a sinceridade de reconhecer a impossibilidade de sentença neutra.”²⁹

No concernente à relação destes elementos com os critérios de segurança e equidade, pode-se dizer que o primeiro elemento, a *verossimilhança fática*, é o único que procura atender simultaneamente à segurança e à equidade, já que nem formalistas nem realistas cogitam a possibilidade de responsabilizar penalmente alguém sem que, efetivamente, o fato exista (materialidade), ou em uma situação em que a pessoa não tenha concorrido para ele (autoria).

Já o segundo elemento (*efeito de legalidade*), identifica-se com a segurança jurídica, “pois se reconhece na lei um meio de controle das decisões judiciais e um fator de previsibilidade e exigibilidade de condutas intersubjetivas pré-valoradas”.³⁰

A racionalidade e cientificidade que são atribuídas ao elemento *efeito de neutralidade judicial*, por sua vez, vincu-

la-o, também, às aspirações de segurança jurídica, já que as idéias de controle e previsibilidade das decisões recebem valioso reforço.

No que tange à *adequação axiológica*, pretende esta atender às aspirações de equidade, uma vez que não só expressamente se reconhece a incapacidade de a lei prever todas as condutas a serem sancionadas, como também admite-se a mudança valorativa delas.

7. A verdade judicial como verdade possível

Por tudo o que se viu, a verdade a ser extraída do processo, como qualquer outra, possui um valor muito diminuto, principalmente porque chega através de arrastados depoimentos e interrogatórios, suportando um largo trabalho de transformação, que vai desde a sensação – momento inicial do processo decisório – até a elaboração da sentença.

Desta forma, a busca pela verdade real é tarefa inexequível. O alcance incondicional da justiça, também. Por isso, pode-se dizer que o processo consegue alcançar, tão somente, a verdade judicial e que a justiça que se faz é formal, já que não há falar em aplicação da justiça quando sequer se tem certeza sobre a verdade dos fatos. Portanto, a sentença (quando muito) poderá traduzir a verossimilhança fática, e, para tal, indubitavelmente, faz-se necessário que os princípios gerais do processo tenham sido obedecidos e que os seus requisitos formais estejam presentes. O que não se pode é fazer o contrário, ou seja, partir do pressuposto de que a aplicação dos princípios gerais do processo e a obediência aos requisitos formais conduzem à verdade dos fatos que deram origem ao processo.

Não se deve olvidar que “a verossimilitude mostra a ilusão de verdade,

(28) WARAT, Luis Alberto, op. cit., p. 117.

(29) PORTANOVA, Rui, op. cit., p. 74, citando a idéia de HERKENHOFF, João Batista. *Como aplicar o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

(30) BRUM, Nilo de Bairros, op. cit., p. 86.

porém, não os seus determinantes. E o raciocínio retórico é eficaz pela ilusão de verdade provocada, senão, pelo valor que está por trás da miragem, fazendo-a manifestar-se.³¹ Desta forma, a verdade que é estabelecida através de um processo, não necessariamente corresponde à verdadeira forma como os fatos se desenvolveram. Todavia, como já se afirmou, ela é a única alcançável.

8. Considerações finais

A submissão dos fatos a um processo, no qual todos os requisitos formais, bem como o procedimento escolhido não possuam qualquer mácula traz uma presunção de certeza, porém, não oferece certeza.

Tal ocorre, conforme se pôde observar, por várias razões, todas, entretanto, partilhando uma mesma característica: a virtualidade. Assim, por razões explícitas, ou por procedimentos internos inconscientes, pode haver uma intensa manipulação não só das provas carregadas ao processo, como, também, em relação ao direito a ser aplicado, o que ocorre no momento da interpretação da lei.

Não se está, com isto, de forma alguma, afirmando que estes comportamentos são realizados intencionalmente e que demonstram fraqueza de caráter dos julgadores. Apenas quer-se chamar a atenção para aspectos subjacentes à vida em sociedade, que vêm a ser a existência das idiossincrasias e ideologias, de alinhamentos a valores e de dimensões inconscientes, aos quais, como não poderia deixar de ser, o juiz não está imune, e que deveriam ser alçados, o máximo possível, ao nível de considerações a serem relevadas, a fim de mitigar seus efeitos.

Temas como neutralidade judicial e verdade real, dentre outros, portanto, não mais são possíveis de serem abordados sem que se denuncie todo este arsenal de contradições que a sentença penal encerra. Torna-se importante perceber que a verdade real não passa de uma verossimilhança fática, que comporta, portanto, a possibilidade de falha no momento conclusivo, distanciando-se, assim, daquilo que seria o ideal de justiça. E o que é mais grave: sem que se compreenda, profundamente, todos os fatores subjetivos que provocam a opção, pelo magistrado, de uma versão para o processo, não se conseguirá evitar que eles incidam, ou que se neutralizem (ainda que um pouco) suas consequências.

Detectar-se, também, os requisitos retóricos que levam sentenças a adquirir maior probabilidade de impor-se à comunidade jurídica como norma vinculante, representa uma importante atitude que pode ser usada para desconstituir decisões fundadas em tais recursos. No entanto, é importante ressaltar que procedimentos como estes representam ações voltadas para anular vícios já perpetrados. A prevenção, por meio da conscientização, portanto, faz-se mais importante, porque através dela poder-se-ia, com resultados benéficos e a curto prazo, evitar que magistrados, em razão do daltonismo oriundo de uma convicção apriorística, ou por outros motivos também elencados (ou não) no presente, tenham uma visão facciosa e iníqua, provocando - mais do que o inevitável - um distanciamento em relação à verdade dos fatos trazidos a julgamento.

9. Bibliografia

- ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. Trad. de Fernando de Miranda. 3.^a ed. Coimbra: Armênio Amado, 1981. v. 1.
———. v. 2

(31) WARAT, Luis Alberto, op. cit., p. 115.

- BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. (Coleção Studium)
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- . *Direito Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1986.
- NORONHA, Fernando. *Direito e sistemas sociais: a jurisprudência e a criação de direito para além da lei*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1988.
- PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 2.^a ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 1994.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica jurídica: seus princípios fundamentais no direito brasileiro*. São Paulo: Lcia, s/d. v. 1.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1994, v. 1.
- WARAT, Luis Alberto, RUSSO, A. Eduardo. *Interpretacion de la ley: poder de las significaciones y significaciones del poder*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, v. 1.

2. DOUTRINA NACIONAL

O DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA, PSÍQUICA E MORAL E A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE*

ANTONIO CELSO CAMPOS DE OLIVEIRA FARIA

SUMÁRIO: 1. A integridade pessoal e o Estado – 2. A integridade pessoal como direito humano fundamental – 3. A pena privativa de liberdade no Brasil e as infrações à integridade física, psíquica e moral – 4. Bibliografia.

1. A integridade pessoal e o Estado

A Convenção Americana de Direitos Humanos (adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22.11.1969), estabelece no seu art. 5.º, o “Direito à integridade pessoal:

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o devido respeito à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.

4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.”⁽¹⁾

A simples leitura do dispositivo mencionado já revela a profunda relação do direito à integridade pessoal e a pena privativa da liberdade.

O Estado moderno que detém os poderes legislativo, executivo e judiciário, em geral, exerce-os por meio de representantes eleitos², estabelecendo

(1) Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Max Limonad, 1996, “convenção americana dos direitos humanos” constante do apêndice, p. 439.

(2) Os arts. 1.º, parágrafo único e 2.º da Constituição da República Federativa do Brasil estabelecem:

Art. 1.º, parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.

“Art. 2.º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

(*) Trabalho apresentado no Curso de Pós-Graduação em Direito Penal da USP (Disciplina: Direitos Humanos Fundamentais) ao Professor Dalmo de Abreu Dallari, em maio de 1997.

limites ao indivíduo para que toda a sociedade possa viver em harmonia e bem-estar. No caso do Brasil, são objetivos fundamentais da República: 1) construir uma sociedade livre, justa e solidária; 2) garantir o desenvolvimento nacional e, 3) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3.º da CF).

Independentemente dos objetivos do Estado, que pode adotar a concepção do Estado do bem-estar, ou do Estado ético, ou do Estado-polícia, ou do Estado liberal, ou do Estado de direito, etc.³, todos, sem exceção, vivem o conflito de determinar normas relativas ao cumprimento da pena privativa de liberdade.

O direito à integridade pessoal é muitas vezes preterido pelos fins do Estado. As questões filosóficas em torno da integridade pessoal são profundas e uma breve observação a respeito delas possibilitará o entendimento mais preciso do significado desse direito na ordem constitucional brasileira e internacional, e qual a razão de sua importância no caso de aplicação da pena privativa de liberdade.

Integridade é a qualidade de íntegro. A palavra íntegro pode significar: "1) inteiro, completo; 2) perfeito exato; 3) reto, imparcial, inatacável; 4) brioso pundonoroso"⁴. Creio que o significado da integridade desejada pelos tratados internacionais de direitos humanos diz respeito à possibilidade do indivíduo manter-se "inteiro", "completo", no sentido de que não pode o Estado ferir a convicção desse indivíduo tentando

mudá-la, obrigando-o a pensar como deseja o Estado.

A integridade física permite ao ser humano exercer a sua liberdade de ir e vir com segurança. Cabe ao Estado estabelecer sanções àqueles que causem ferimentos ou morte a outrem⁵. Da mesma forma, a integridade psíquica permite ao indivíduo exercer a sua liberdade de pensamento com consciência e vontade. Por fim, é direito do cidadão exercer a sua integridade moral, que é a essência de sua formação cultural, ainda que essa integridade contrarie os interesses do Estado.

O indivíduo legalmente preso é aquele que violou bem jurídico tutelado pelo Estado. Apesar dessa violação, cabe ao Estado garantir ao sentenciado o direito à integridade física, psíquica e moral, ainda que pretenda inculcar ao preso novos sentimentos morais. É direito do preso aceitar ou não a proposta de "reintegração", de "ressocialização".

O verbo latino *integro*, -as, -are, -avi, -atum⁶ pode ter o significado de renovar, recomeçar. Portanto, o direito à integridade pessoal, sob a perspectiva do indivíduo que cumpre pena legalmente estabelecida pelo Estado, tanto pode ser entendido como o direito do preso a ver respeitada a sua individualidade (psíquica e moral), como o direito de integrar-se ou renovar-se psíquica e moralmente.

⁽³⁾ O relacionamento do Estado com os indivíduos é mencionado pelo professor Dalmo de Abreu Dallari na obra "Elementos de Teoria Geral do Estado", Saraiva, 1976, pp. 92-94.

⁽⁴⁾ Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, Nova Fronteira, 2. ed.

⁽⁵⁾ O art. 129, *caput*, do Código Penal brasileiro estabelece: Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. Julio Fabiani Mirabete ensina que: Tutela-se com os dispositivos (art. 129 e parágrafos) em estudo a integridade física ou psíquica do ser humano, bem individual e social (Manual de Direito Penal, Ed. Atlas, 1996).

⁽⁶⁾ Dicionário Escolar Latino-Português, organizado por Ernesto Faria, Ministério da Educação, 1962.

O homem procura a felicidade, mas é um ser em conflito constante decorrente do seu egoísmo e de suas dificuldades na vida comunitária. Freud menciona que: "No processo de desenvolvimento do indivíduo, o programa do princípio do prazer, que consiste em encontrar a satisfação da felicidade, é mantido como objetivo principal. A integração numa comunidade humana, ou a adaptação a ela, aparece como uma condição dificilmente evitável, que tem de ser preenchida antes que esse objetivo de felicidade possa ser alcançado (...). Quase parece que a criação de uma grande comunidade humana seria mais bem sucedida se não se tivesse de prestar atenção à felicidade do indivíduo. Assim, pode-se esperar que o processo desenvolvimental do indivíduo apresente aspectos especiais, próprios dele, que não são reproduzidos no processo da civilização humana".⁷

As dificuldades do homem em viver em sociedade não podem ser agravadas pelo Estado. O controvertido filósofo Nietzsche acreditava que: "precisamente a maioria dos homens suporta a vida sem resmungar demais, e com isso acredita no valor da existência, mas precisamente porque cada qual só quer e afirma a si mesmo, e não sai de si como aquelas exceções: todo extrapeso, para eles, ou não é perceptível ou o é, no máximo, como uma fraca sombra. Portanto, somente nisto repousa o valor da vida para o homem comum, cotidiano: ele se dá mais importância do que ao mundo"⁸. Ao tratar da vida e obra de Nietzsche, Olgária Chaim Ferez menciona que: "Nietzsche foi ao mesmo tempo um antidemocrático e um antito-

talitário. 'A democracia é a forma histórica de decadência do Estado', afirmou Nietzsche, entendendo por decadência tudo aquilo que escraviza o pensamento, sobretudo um Estado que pensa em si ao invés de pensar na cultura".⁹

Os trechos citados dos pensamentos de Freud e Nietzsche mostram que o homem é um ser que necessita da cultura para entender os mecanismos de convívio social. Em geral, o sentenciado a uma pena privativa da liberdade, é levado ao cárcere pelas dificuldades na sua busca pela felicidade, nas dificuldades de compreensão das injustiças sociais e o seu inconformismo egoísta. O indivíduo rouba, não só pelas necessidades materiais, mas porque deseja afrontar a sociedade (em geral, consumista). O inconformismo do assaltante, por exemplo, é o inconformismo destituído de sentido moral, é a opção pela ignorância ou a atitude ignorante diante da ausência do Estado na formação cultural desse indivíduo.

Entretanto há casos em que o Estado, por ter agido com violência física, psíquica e moral contra a pessoa, acabou gerando um inconformismo transformador que resultou em libelos históricos contra o arbítrio, contra as penas aviltantes e contra o direito à liberdade de pensamento.

Cesare Beccaria, no final do Século XVIII, escreveu uma obra fundamental para a humanização das prisões - *Dos Delitos e Das Penas*. Da biografia de Beccaria consta que "cursou Direito na Universidade de Pavia. Aos 26 anos publicou *Dos Delitos e Das Penas*, obra que começou a escrever aos 25, em meio a um conflito envolvendo seu próprio pai e a pretendida esposa, Teresa de Blasco. O desentendimento com o pai, motivado pela irremovível objeção deste ao seu casamento com a moça

(7) "O Mal-Estar Na Civilização", Sigmund Freud, *Os Pensadores*, Editora Abril, 1978, p. 190.

(8) "Humano, Demasiado Humano", Nietzsche, *Os Pensadores*, Editora Abril, 1987, p. 52-53.

(9) Nietzsche, *Vida e Obra*, op. cit., p. XVI.

da família Blasco, chegou ao ponto de resultar na prisão do jovem Beccaria, providenciada pelo próprio pai, membro duro da nobreza, autoritário e presumivelmente francamente hostil a qualquer forma de condescendência ou liberalismo. A estadia do jovem Cesare, numa prisão italiana do séc. XVIII, fazendo-o sentir na carne a arbitrariedade do sistema carcerário vigente, teria sido a semente para a germinação e nascimento da obra em pauta¹⁰.

Sobre a resistência à opressão no mundo contemporâneo, Celso Lafer menciona que "a resistência à opressão baseada nas técnicas da violência contrapõe-se à resistência apoiada na não-violência, merecendo destaque todo especial a *desobediência civil*. A reflexão sobre a desobediência civil remonta a Thoreau - um individualista de inclinação anárquica e libertária -, que procedeu a uma crítica da verdade do jurista, afirmando, ao discutir Webster, que ela é apenas uma conveniência consistente baseada na prudência¹¹. Thoreau, o artífice da desobediência civil, permaneceu um período de sua vida morando sozinho numa cabana, às margens do lago Walden, nos Estados Unidos. Consta que, "depois de um ano de sua estada em Walden, durante uma incursão na vila Concord, Thoreau foi preso por uma noite pelo não-pagamento de impostos, explicou mais tarde os antecedentes e os motivos dessa prisão no mais famoso dos seus textos, *A desobediência civil*"¹². Em seus passeios pelo lago Walden, Thoreau diz: "Dou

uma volta para contemplar um de nossos lagos; mas que significa a beleza da natureza quando nossos homens são desprezíveis? Conversamos com os lagos para neles enxergar a imagem de nossa serenidade; quando não temos serenidade, não adiante visitar os lagos. Quem pode ser sereno num país onde tanto os governantes quanto os governados carecem de princípios? Minha andança fica estragada pela lembrança do meu país. Minhas reflexões são ameaças terríveis contra o Estado e conspiram contra ele, involuntariamente"¹³.

Embora não tenha sido preso como Beccaria e Thoreau, Pietro Verri foi o autor de outro grande texto contra a tortura e a violência estatal. Conforme salienta Dalmo de Abreu Dallari, no prefácio da obra "Observações sobre a Tortura": "A leitura de *observações sobre a tortura*, de Pietro Verri, suscita reflexões sobre importantes questões de ordem moral, cultural e jurídica. O próprio Verri tinha consciência disso ao redigir seu livro-denúncia, escrito com a esperança de que a humanidade se envergonhasse de tanta degradação. O povo, o governo, os juizes, são analisados a partir de sua atitude perante a tortura e as formas violentas e primárias de obtenção de uma suposta verdade e de punição dos culpados, que assumiam esta condição a partir da primeira suspeita"¹⁴. O livro de Verri narra "o processo dos unttores", em que inocentes foram presos, acusados de terem alastrado a peste na cidade de Milão, no ano de 1630. Após seguidas torturas, vão os inocentes confessando os "crimes" relacionados aos "ungüentos pestilentos" (líquidos que seriam elaborados pelos criminosos com a finalidade de alastrar

(10) Nota biográfica, "Dos Delitos e Das Penas", Hemus, 1995.

(11) Celso Lafer. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, Companhia das Letras, 1991, p. 199.

(12) Henry Thoreau, *Desobedecendo - a desobediência civil & outros escritos*. Trad. José Augusto Drummond, Rocco, p. 19.

(13) Op. cit., p. 169.

(14) Pietro Verri, *Observações sobre a tortura*, Martins Fontes. Trad. Federico Carotti, 1992, p. XVI.

a peste). O professor Dalmo de Abreu Dallari aduz que “a obra é um formidável libelo contra a violência como instrumento da justiça, deixando evidente que o uso desse método contém em si um princípio de injustiça, pela grande possibilidade de supliciar inocentes, sendo também responsável pela alta incidência de erros judiciais”.¹⁵

As obras de Beccaria, Thoreau e Pietro Verri, contra o autoritarismo e a violência, contribuíram decisivamente no curso da história para a evolução dos direitos humanos fundamentais, especialmente em relação ao direito à integridade física, psíquica e moral. A partir da ratificação dos tratados internacionais e da democratização brasileira com a promulgação da Constituição de 1988, a análise do direito à integridade pessoal parte da premissa da existência de um Estado democrático moderno cujo princípio da legalidade é fundamental. Nas palavras de José Afonso da Silva: “O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições socialmente desiguais”.¹⁶

2. A integridade pessoal como direito humano fundamental

A integridade pessoal está inserida na concepção dos direitos humanos fundamentais. José Soder conceitua os

direitos do homem como “os direitos subjetivos inerentes à pessoa humana pelo só fato de ela possuir racionalidade. Nascem com a pessoa humana e acompanham toda a trajetória da existência do homem. Por isso são chamados direitos do homem, no singular genérico, e não direitos dos homens, ou direito de certos grupos humanos”.¹⁷ O mesmo autor salienta que a noção dos direitos do homem é idêntica à de direitos naturais, ressaltando que a noção de direito natural tem caráter abstrato, teórico, enquanto que os direitos do homem “possuem aspecto prático, concreto”.¹⁸

A visão contemporânea dos direitos humanos busca exatamente os aspectos práticos e concretos que possam melhorar as condições econômicas, culturais e sociais do homem. A melhoria dessas condições é decorrência natural da Declaração Universal dos Direitos Humanos (proclamada em 10.12.1948) e de outros pactos e convenções internacionais, especialmente o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (adotado em 16.12.1966), do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (adotado em 16.12.1966) e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (adotada em 10.12.1984).

O art. XXIX – 2. da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que “No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem, e de satisfazer às justas exigências da

⁽¹⁵⁾ Observações sobre a tortura, Ob. cit., p. XX.

⁽¹⁶⁾ Curso de Direito Constitucional Positivo, Editora Malheiros, 11. ed. 1996, p. 121.

⁽¹⁷⁾ José Soder, *Direito do Homem*, Companhia Editora Nacional, 1960, p. 6.

⁽¹⁸⁾ Ob. cit., p. 7.

moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”.

Nesse artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, está o Estado autorizado a deter alguém quando este atingir direito de outrem, desestabilizando a ordem pública e o bem estar da sociedade democrática.

Permitida a prisão decorrente de sentença proferida por juiz legalmente constituído, buscaram os tratados internacionais deliberar sobre a necessidade de aplicação da pena com garantias à integridade física, psíquica e moral. Assim, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, estabeleceu-se que:

“Art. 7.º – Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento a experiências médicas e científicas.

Art. 8.º – 3. a) Ninguém poderá ser obrigado a executar trabalhos forçados ou obrigatórios; b) a alínea a do presente parágrafo não poderá ser interpretada no sentido de proibir, nos países em que certos crimes sejam punidos com prisão e trabalho forçados, o cumprimento de uma pena de trabalhos forçados, imposta por um tribunal competente.

Art. 9.º – 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos (...); 4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade, por prisão ou encarceramento, terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legalidade de seu encarceramento e ordene a soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

Art. 10 – 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana (...); 3. O regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros. Os delinquentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.

A Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, estabeleceu, dentre os seus trinta e três artigos, que:

Art. 1.º – Para fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são inflingidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são inflingidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício das funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

O presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.

Art. 10 – 1. Cada Estado-parte assegurará que o ensino e a informação sobre proibição da tortura sejam plenamente incorporados no treinamento do

pessoal civil ou militar encarregado da aplicação da lei, do pessoal médico, dos funcionários públicos e de quaisquer outras pessoas que possam participar da custódia, interrogatório ou tratamento de qualquer pessoa submetida a qualquer forma de prisão, detenção ou reclusão.

Art. 16 – 1. Cada Estado-parte se comprometerá a proibir, em qualquer território sob sua jurisdição, outros atos que constituam tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes que não constituam tortura tal como definida no art. 1.º, quando tais atos forem cometidos por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência”.

Os dispositivos retro citados influenciaram decisivamente a Constituição brasileira de 1988 que, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, inseriu em seu art. 5.º, as seguintes normas relativas à integridade pessoal do indivíduo que cumpre pena:

III. Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura (...);

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis

XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

LXVII – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

3. A pena privativa de liberdade no Brasil e as infrações à integridade física, psíquica e moral

O eminente Ministro do Superior Tribunal Federal, José Celso de Mello Filho, na consagrada obra “Constituição Federal Anotada”, a respeito da incolumidade do detento, assim sintetiza o tema: “Aos agentes estatais se impõe, de modo indeclinável, o dever de respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário. O direito à incolumidade física e moral constitui inegável emanção dos direitos da personalidade. O preceito penal incriminador dessa norma constitucional encontra-se consubstanciado no Código Penal e na Lei Federal n. 4.898/65, que pune a violência arbitrária e todas as modalidades de abuso de autoridade. Nenhum tratamento cruel, desumano ou degradante poderá ser infligido a qualquer pessoa detida, presa ou custodiada pelo Estado. Os Tribunais têm reconhecido a responsabilidade civil do Estado, por atos lesivos de seus agentes, omissivos ou comissivos, praticados contra pessoas sujeitas a prisão, custódia ou detenção em estabelecimentos penitenciários, recolhimentos de menores ou cadeias públicas: RT 511:88, 495:261, 477:81, 464:98”.¹⁹

(19) José Celso de Mello Filho, *Constituição Federal Anotada*, Saraiva, 1986, p. 447.

A Lei n. 7.910, de 11.06.1984, a chamada Lei de Execução Penal, é outro importante instrumento jurídico na garantia à integridade pessoal do sentenciado. A Lei n. 7.910/84 alargou a jurisdição, "além dos limites anteriores, passando a inserir-se toda a execução no âmbito do processo de execução penal, caracterizado como instrumento através do qual opera a jurisdição, para a tutela judiciária dos direitos subjetivos do sentenciado e para a efetiva realização do comando concreto emergente da sentença".²⁰

A demonstrar a preocupação do legislador em preservar a integridade pessoal do condenado, citamos alguns artigos da Lei n. 7.910:

"Art. 1.º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 3.º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41. Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

(...)

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa²¹;

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva;

Art. 84. § 1.º. O preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes.

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6m².

A Lei n. 4.898, de 09.12.1965, regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. Referida lei nunca atingiu adequadamente os seus objetivos; ao contrário, gerou um sentimento de impunidade em face das dificuldades na sua aplicação e penas brandas. A lei estabelece expressamente que constitui abuso de autoridade qualquer atentado "à incolumidade física do indivíduo" (art. 3.º, i) e também: "a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder" (art. 4.º, a); "b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei" (art. 4.º, b).

A lei de abuso de autoridade no seu art. 2.º estabelece que "o direito de representação será exercido por meio de petição". Essa exigência é um grande impedimento à persecução dos agentes

(20) Sidnei Agostinho Beneti, *Execução Penal*, Saraiva, 1996, p. 37-38.

(21) O art. 41 da Lei n. 7.910 apresenta quinze incisos, sendo que o art. 42 aduz que:

"aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção".

estatais violentos ou autoritários, uma vez que nos crimes de abuso de autoridade a ação penal é pública condicionada à representação. As pessoas humildes que são as que mais sofrem com a prática do abuso de autoridade, dificilmente vão *peticionar* nos termos da lei. Caso estejam dispostas a “peticionar”, são obrigadas a fazê-lo perante a instituição do infrator que, muitas vezes, age com espírito corporativo. O constrangimento da vítima é evidente, inviabilizando a legislação a punição efetiva de todo caso de abuso de autoridade. As penas de multa e detenção de dez dias a seis meses prescrevem num período exíguo e o rito processual da lei é bastante confuso, o que também explica a impunidade. A Lei que estabelece os crimes de tortura altera parcialmente essa situação de impunidade como será mencionado a seguir.

A Lei n. 9.455, de 07.05.1997, define os crimes de tortura e dá outras providências. Dentre as condutas descritas como tortura, constitui crime “Art. 1.º, inciso II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena-reclusão, de dois a oito anos. § 1.º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. § 2.º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos”. A lei foi sancionada uma semana depois da veiculação de cenas mostrando a violência de policiais militares na cidade de Diadema, na Grande São Paulo. Além de ter sancionada a lei que teve tramitação demorada no Congresso

Nacional, o Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, “assinou decreto criando a Secretaria Nacional de Direitos Humanos.”²²

A legislação ordinária mencionada revela que o Brasil, ao menos formalmente, apresenta instrumental jurídico moderno e com certa harmonia em relação aos tratados internacionais que cuidam dos direitos à integridade física, psíquica e moral.

Citando Jeschek, argumenta Sidnei Agostinho Beneti, que reconhece-se a existência de direitos fundamentais do condenado. Na expressão de Jeschek, “um relevante princípio da execução da pena, em seguida, é o reconhecimento do preso como sujeito de direitos. Esses direitos a rigor, devem conduzir, na palavra do mesmo Professor e Juiz, ao objetivo mais elevado da execução penal, a significar que o preso deve ser apto no futuro a levar vida socialmente responsável sem infrações penais.”²³

Embora os direitos fundamentais do condenado sejam reconhecidos pelo legislador, há um grande descompasso entre a realidade e a lei. É discutível a conclusão do Magistrado Sidnei Beneti, na sua obra “Execução Penal”, ao dizer que “o resultado da segura tradição jurisprudencial e de firme evolução doutrinária foi a efetiva implantação de sistema jurisdicional da execução penal no Brasil, que nesse ponto, além da normatividade sedimentada, pode oferecer à observação científica internacional a própria experiência prática, que tende a aperfeiçoar-se na medida em que ocorrem os necessários investimentos, a cargo do Poder Executivo nos Estados da Federação, para a implementação integral dos dispositivos da Lei da

(22) Jornal “O Estado de São Paulo”, 08.04.1997.

(23) Sidnei Agostinho Beneti, *Execução Penal*, Saraiva, op. cit., p. 10.

Execução Penal.²⁴ Por ora, a experiência prática tem-se revelado inadequada, sendo o modelo brasileiro motivo de vergonha.

O sistema de execução penal pode ser administrativo (Inglaterra, Estados Unidos, França e a quase totalidade dos países da América Latina), jurisdicional (Espanha, Portugal e Brasil) ou eclético (Alemanha e Itália)²⁵. A partir do momento em que o sistema jurisdicional se distancia do Poder Executivo, passam os estabelecimentos penitenciários a sofrer um processo de esquecimento, desconsideração e descaso. O sistema jurisdicional, embora garanta a ampla defesa e o contraditório do preso, acaba por ser moroso e distante do dia-a-dia do cárcere. Muitos dos institutos previstos na Lei de Execução Penal seriam mais rapidamente aplicados se ficassem sob a tutela dos agentes estatais. A jurisdicionalização da execução da pena formaliza demasiadamente o processo de cumprimento da pena e seus incidentes, em face das características do Direito brasileiro (formal, ritualizado, escrito, etc.).

As infrações ao direito à integridade física, psíquica e moral são flagrantes e reconhecidas pelas próprias autoridades.²⁶ A participação da sociedade na ressocialização do preso, salvo poucas iniciativas isoladas e altruístas de alguns cidadãos, é praticamente nula. Presos provisórios são misturados a presos já sentenciados; presos primários são colocados juntamente com os reincidentes; numa cela onde deveriam ser colocados

seis presos, colocam-se doze ou quinze (quando isso acontece, os presos precisam revezar-se para dormir); na maioria dos casos, não há trabalho para o preso; muitas vezes os detentos são torturados ou agredidos pelos agentes penitenciários como "método de correção"; a AIDS prolifera no sistema penitenciário nacional em razão da promiscuidade; doenças como a tuberculose, ressurgem de forma assustadora nas cadeias públicas; etc.

A distância entre a legislação e a realidade é avassaladora e a distância entre os operadores do direito que lidam com a execução penal e os detentos também o é. Os presos são tratados quase como animais, o que inviabiliza qualquer perspectiva de reintegração. A partir do momento em que o homem é tratado como animal, retira-lhe o Estado a condição de agir com racionalidade comprometendo o direito à integridade psíquica.

A pena privativa da liberdade tem um forte componente autoritário. A respeito da prisão, Michel Foucault pontificou que: "a prisão não foi primeiro uma privação de liberdade a que se teria dado em seguida uma função técnica de correção; ela foi desde o início uma 'detenção legal' encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação da liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma, o encarceramento penal, desde o início do Século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação da liberdade e a transformação técnica dos indivíduos."²⁷

Sustenta Miguel Reale Júnior que: "Sob a tônica dos direitos humanos, a pena passa a ser focalizada de outros ângulos, sob novas perspectivas: vista não apenas como consequência obri-

(24) Ob. cit., p. 37.

(25) Sistemas de execução penal *Execução Penal* ob. cit. p. 15 e ss.

(26) Em recente seminário sobre penas alternativas, realizado pelo Governo do Estado de São Paulo, o representante do Governo Federal para assuntos penitenciários, reconheceu a defasagem entre o número de presos e as vagas existentes.

(27) Michel Foucault, *Vigiar e Punir*, editora. Vozes, 1987, 5. ed. p. 209.

gatória e culminante do Direito Penal, como meio para se restabelecer a ordem jurídica violada. Hoje indaga-se da ciência, dos reais e concretos resultados da pena, da sua viabilidade de assumir novas formas, mais positivas, outras que não a prisão, mais benéficas para o condenado e para o próprio Estado.²⁸

Embora válidas as críticas à pena privativa da liberdade, ao contrário do que pensam os adeptos da criminologia radical, não há por ora como simplesmente eliminar as prisões.²⁹ Partindo-se da premissa que a prisão é um mal necessário, cabe ao Estado democrático fazer com que a pena que restringe a liberdade, garanta ao sentenciado o direito à integridade física, psíquica e moral.

O Brasil, apesar da legislação vigente, prossegue infringindo esse direito humano fundamental do preso. A responsabilidade em parte é da sociedade, mas, fundamentalmente, do Estado que não investe no sistema penitenciário. Sendo tratados de forma subumana, acabam os presos a adotar como solução a rebelião motivada pelo ódio, pela ignorância e pelo irracionalismo. A civilidade só pode ser atingida através da cultura e da educação. As prisões no Brasil seguem no sentido inverso da civilização, ou seja, são a imagem da barbárie.

4. Bibliografia

- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito constitucional positivo*. 11. Malheiros, 1996.
 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed., Hemus, 1995.

- BENETI, Sidnei Agostinho *Execução Penal*. Saraiva, 1996.
 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro, Forense, 1981.
 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Saraiva, 1976.
 FARIA, Ernesto. *Dicionário Escolar Latino-Português*. Ministério da Educação, 1962.
 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, Nova Fronteira, 2. ed.
 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Vozes, 1987, 5. ed.
 FREUD, Sigmund. *O Mal-Estar na Civilização. Os Pensadores*, Abril, 1978.
 HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de Direitos Humanos*, v. 1. Acadêmica, 1994.
 LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo, Companhia das Letras, 1991.
 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Max Limonad, 1996.
 MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*. Saraiva, 1986.
 MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. V. I, Atlas, 1996.
 REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos Rumos do Sistema Criminal*. Forense, 1983.
 NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, Demasiado Humano, Os Pensadores*, Abril, 1987.
 SODER, José. *Direitos do Homem*. Companhia Editora Nacional, 1960.
 THOREAU, Henry. *Desobedecendo – a desobediência civil & outros escritos*. Rocco, 2. ed., 1986.
 VERRI, Pietro. *Observações Sobre a Tortura*. Trad. Federico Carotti, Martins Fontes, 1992.

⁽²⁸⁾ Miguel Reale Júnior, *Novos rumos do Sistema Criminal*, Forense, 1. ed., p. 12.

⁽²⁹⁾ Na obra "Criminologia Radical" (Forense, 1981, p. 83), Juarez Cirino dos Santos declara que: "a estratégia alternativa para o sistema carcerário é radical: abolição da prisão".

2. DOCTRINA NACIONAL

O TÉRMINO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Oferecimento de denúncia antes do término do processo administrativo-fiscal – 3. A questão da tipicidade. Competência. O início da ação penal – 4. A jurisprudência – 5. Ausência de interesse de agir. Falta de justa causa – 6. Crédito tributário, auto de infração, lançamento e suspensão da exigibilidade – 7. E o crime formal do art. 2.º da Lei n. 8.137/90? – 8. Conclusões.

1. Introdução

A questão referente à necessidade ou não do prévio esgotamento da via administrativa para o início da ação penal, nos crimes contra a ordem tributária, tem sido objeto de grande divergência na doutrina e jurisprudência.

A extinção da punibilidade pela promoção do pagamento antes do recebimento da denúncia, reintroduzida pelo art. 34 da Lei n. 9.249/95, bem como a edição da Lei n. 9.430, de 27.12.1996, que, em seu art. 83, exigiu *decisão final na esfera administrativa para que seja encaminhada representação fiscal ao Ministério Público*, acirraram ainda mais os debates.

De um lado, está o direito constitucional do Ministério Público em formar livremente sua *opinio delicti* e de exercer o *jus perseguendi*, sobretudo em se tratando de crimes de ação penal pública incondicionada, como os descritos na Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo (Lei n. 8.137/90).

Do outro, está o direito igualmente constitucional de o contribuinte defen-

der-se administrativamente, negando a ocorrência de ilícito tributário, sem o qual não há crime.

No decorrer deste artigo analisaremos, à luz da doutrina e da jurisprudência, a necessidade ou não, para a ação penal, da existência de prévia decisão administrativa. Serão abordadas questões de relevante interesse para o estudo, como a efetiva exigibilidade do tributo, a provisoriedade do auto de infração e do lançamento, a competência para o lançamento do tributo, bem como feitas reflexões acerca da própria tipicidade, materialidade e condições da ação penal.

2. Oferecimento de denúncia antes do término do processo administrativo-fiscal

Pode-se dizer que existem basicamente duas correntes sobre a questão.

A primeira, que ainda predomina na jurisprudência, entende que o prévio esaurimento da via administrativa não constitui condição de procedibilidade ou pressuposto de punibilidade.

Já a segunda corrente, que se fortalece na jurisprudência e encontra amparo na doutrina, é diametralmente oposta àquela, pois defende que o prévio esgotamento da via administrativa faz-se necessário à ação penal.

a) *A primeira corrente*

Para os que defendem o primeiro entendimento, o prévio exaurimento da via administrativa não constitui condição de procedibilidade ou pressuposto de punibilidade.

Assim, Pedro Roberto Decomain lembra que na ação penal em matéria de crimes tributários vigem os mesmos princípios que norteiam os demais delitos de ação penal pública. Citando Magalhães Noronha, recorda que o Ministério Público é o *dominus litis*, que sua atuação é obrigatória e que, devido ao princípio da legalidade, "o Ministério Público é obrigado a agir tão logo se forme a *opinio delicti* ou a suspeita de crime, em face de elementos que lhe são fornecidos pelo inquérito ou por outros meios" (*Crimes Contra a Ordem Tributária*, 2.^a ed., Florianópolis, Obra Jurídica, 1995, p. 166).

Parecendo desviar-se da questão, os defensores desta posição invocam a Súmula 609 do STF, que diz ser pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal.

Sustenta-se a absoluta autonomia entre as instâncias administrativa e penal, sendo, portanto, desnecessária decisão final administrativa para instauração de ação penal. O Ministério Público e o Poder Judiciário não poderiam ficar à mercê da autoridade administrativa...

Nesta esteira, o Ministro Fláquer Scartezzini, do Superior Tribunal de Justiça, já entendeu que "o fato por si só de haver sido ajuizada ação anulatória de débito fiscal, precedida de

depósito judicial, não constitui óbice à procedibilidade da ação penal por sonegação fiscal se os fatos, tal como descritos na denúncia revestem-se, em tese, de ilicitude penal" (5.^a T., REsp 17.776-0-RS, v.u., DJU 20.03.1995, p. 6.136, in RBCrim 10/258).

Ao julgar pedido de liminar na ADIn 1.571, em que se propugna pela inconstitucionalidade do art. 83 da Lei n. 9.430/96, o Ministro Néri da Silveira, do Supremo Tribunal Federal, salientou: "Não define o art. 83 da Lei n. 9.430/96, desse modo, condição de procedibilidade para a ação penal pública, pelo Ministério Público, que poderá, na forma de direito, mesmo antes de encerrar a instância administrativa, que é autônoma, iniciar a instância penal, com a propositura da ação correspondente" (j. 20.03.1997; *Informativo STF*, publicado no DJU em 02.04.1997).

b) *A segunda corrente*

Em sentido contrário, surge uma segunda posição, adotada por nós, que entende ser imprescindível o prévio esgotamento da via administrativa para o oferecimento de denúncia por crime contra a ordem tributária.

Isto, não obstante o fato de a ação penal ser pública incondicionada, já que o tipo penal em questão silencia a respeito (art. 100, *caput*, do CP), e o art. 15 da Lei n. 8.137/90 assim dispõe, não tendo o recente art. 83 da Lei n. 9.430/96 alterado esse quadro. Por outro lado, o fato de o representante do Ministério Público, com base na Constituição e na lei, ter "total liberdade" de formar sua *opinio delicti* e de exercer o *jus perseguendi*, também não prejudica este entendimento.

O contribuinte, usando de seus direitos constitucionais e infraconstitucionais, pode impugnar a autuação admi-

nistrativa, alegando a inexistência de tributo devido, questionando o auto de infração (ou o ato de lançamento), enfim, negando que praticou ilícito tributário, pressuposto do crime. E sem dúvida poderá obter êxito na sua empreitada.

O contribuinte pode também ingressar diretamente com ações judiciais, visando a anular o auto de infração, sem que tenha terminado o processo fiscal-administrativo. Neste caso, porém, a esfera administrativa ficará *preclusa*. Assim, se o contribuinte ingressar de imediato com ação judicial (p. ex.: ação de anulação de lançamento de débito fiscal), o processo administrativo não será instaurado (art. 62 do Decreto n. 70.235/72 – Processo Fiscal Administrativo). Já em execução fiscal, a propositura de ação judicial (para discutir a dívida ativa, por exemplo) *importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto* (art. 38, parágrafo único, da Lei n. 6.830/80 – Lei de Execução Fiscal).

Talvez por tal fato é que já existem autores, como Salvador Cândido Brandão, exigindo para a instauração de ação penal não só o término do processo administrativo, mas também de eventual ação judicial cível.

O que se levanta aqui são questões acerca da tipicidade na Lei n. 8.137/90, da materialidade, das condições da ação, da competência para dizer da real ocorrência (ou incidência) de tributo, do direito do contribuinte ao devido processo legal etc.

3. A questão da tipicidade. Competência. O início da ação penal

Da simples leitura do tipo descrito no art. 1.º da Lei n. 8.137/90, vê-se que se trata de crime material ou de dano, exigindo, para sua configuração, efetiva

supressão ou redução de tributo. Dispõe o *caput* do mencionado dispositivo:

“Constitui crime contra a ordem tributária *suprimir ou reduzir tributo*, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

(...)”.

A primeira questão que surge é a de como se admitir a instauração de uma ação penal, se o próprio crime que ela imputa não está com a sua materialidade comprovada. A nosso ver, como será exposto adiante, justamente por tal fato não há interesse de agir por parte do Ministério Público, afastando a justa causa para a ação penal.

A respeito do início de ação penal tão-somente com base em mero auto de infração, José Eduardo Soares de Melo, com propriedade, ensina que “nem sempre uma autuação terá como consequência dogmática a manutenção das exigências tributárias, formalizando o respectivo crédito fazendário” e que, portanto, “o simples fato do fisco haver dado início ao processo não significa, de modo algum, que se esteja diante de um ilícito tributário, de natureza criminal, com perfeita caracterização de responsabilidade penal da pessoa do infrator (criminoso)” (*Crimes Contra a Ordem Tributária*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 195, *apud* René Bergmann Ávila, *IRPJ 1997 e Outros Tributos*, Porto Alegre, Ed. Síntese, 1997, p. 302).

E continua aquele autor: “O sujeito passivo da relação tributária não pode ser condenado criminalmente no caso da própria Administração, ou Judiciário, declararem a inexistência de responsabilidade de natureza tributária, uma vez que a Lei n. 8.137/90 trata de crime de dano que envolve a materialidade concernente à falta de pagamento do tributo, e ‘dolo específico’ por parte do agente (...). A solução coerente é, sem

dúvida, a de se considerar que a propositura da ação penal deve ficar condicionada ao julgamento definitivo da ação fiscal, na esfera administrativa. Somente depois que a Administração tiver certeza da ocorrência da sonegação do tributo, vale dizer, tiver certeza de que a ação do contribuinte teve por escopo evitar o pagamento de tributo devido, é que se justifica a propositura da ação penal (...). Não pode haver dúvida, portanto, de que a propositura da ação penal só é possível depois de feito, definitivamente, o lançamento tributário, sobretudo porque, com a Lei n. 8.137/90, o resultado passou a integrar o tipo penal. Sem tributo não pode haver o crime" (ob. e loc. eits.).

A doutrina de Hugo de Brito Machado é também neste sentido, *verbis*: "A lei atual define a supressão ou redução de tributo (art. 1.º) como crime material, ou de resultado. Sua configuração exige que se defina a existência de um tributo devido, para que se possa afirmar sua supressão, ou redução, mediante uma ou mais das condutas descritas na lei" ("Prévio esgotamento da via administrativa e a ação penal nos crimes contra a ordem tributária", in *RBCCrim* 15/235).

Eduardo Reale Ferrari, por sua vez, assevera que se "a dívida tributária possui íntima relação com a tipicidade penal fiscal, parece-nos clara a impossibilidade de alguém ver-se processado quando evidente a inexistência do tributo" ("A prejudicialidade e os crimes tributários", in *Boletim IBCCrim* 50/6). Com a devida vênia do ilustre professor, cremos que não é a evidência da inexistência de tributo que impede alguém de ser processado, mas, sim, a dúvida e a incerteza quanto à real existência desse tributo, sem o qual não há materialidade delitiva.

Ao lembrar a garantia constitucional da ampla defesa no processo adminis-

trativo, Hugo de Brito Machado, citando dois julgados da 1.ª Turma do TRF da 5.ª Região, dos quais foi relator, escreveu: "Impõe-se que o início da ação penal, nos crimes contra a ordem tributária, seja condicionado à regular apuração, pelas autoridades administrativas competentes, da ocorrência do ilícito tributário", até porque, "admitir-se o início da ação penal antes da manifestação definitiva da autoridade administrativa sobre a ocorrência da supressão, ou redução do tributo, *resultado que integra o tipo definido no art. 1.º da Lei n. 8.137/90*, implica maus-tratos à garantia constitucional da ampla defesa no processo administrativo" (art. cit., p. 238); esse autor salienta que a 5.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, embora com fundamentação diversa, também já decidiu pelo trancamento de ação penal iniciada antes do exaurimento da via administrativa.

Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas recorda que, no IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo IDEPE - Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial, em 1995, o advogado Arnaldo Malheiros Filho, levando em consideração que se não existir o ilícito fiscal desaparece com ele o subsidiário (nota nossa: que é o penal), defendeu que não se deveria iniciar a ação judicial sem que terminasse o contencioso administrativo. Apoiando este entendimento, aduz aquela autora: "Não deveria existir a independência total de hoje. Por segurança jurídica, o crime contra a ordem tributária deveria ter como condição de procedibilidade para a ação judicial o pronunciamento administrativo" (*Questões Relevantes de Direito Penal Tributário*, São Paulo: Malheiros, 1997 p. 110).

Nelson Bernardes de Souza recentemente escreveu a respeito: "Tendo em vista a definição legal dos crimes contra

a ordem tributária (supressão ou redução de tributos), eles só se consumam com a efetiva produção desse resultado. E, logicamente, só se pode falar em supressão ou redução de tributo após o término do procedimento administrativo, que culmina com o lançamento, atividade privativa das autoridades fazendárias.

(...)

Com efeito, o término do procedimento administrativo comprovará, ou não, a materialidade delitiva, o resultado da ação do contribuinte" ("Crimes contra a ordem tributária e processo administrativo" in *RBCCrim* 18/93).

Mais à frente, esse mesmo autor entende, assim como nós, que o juiz deverá rejeitar a denúncia nos termos do art. 43, III, do CPP, "por faltar ao órgão acusatório interesse de agir, face à não-comprovação do resultado descrito no tipo penal, e, por consequência, inexistirá justa causa para a ação penal" (ob. e loc. cit.).

Na mesma esteira está o entendimento de Rosier B. Custódio e Janaina C. Paschoal, "O término do procedimento administrativo como pressuposto da ação penal nos crimes tributários", in *Boletim IBCCrim/Edição Especial* 45/10.

4. A jurisprudência

Por ausência de justa causa, em respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana e por razões de economia processual, a 2.^a Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em julgamento de *habeas corpus*, tendo como relator o Juiz, hoje Desembargador, Ricardo Lewandowski, assim se pronunciou: "Ora, esta 2.^a Câmara, no *habeas corpus* 269/96-01, já decidiu o seguinte: 'A instauração de ação penal antes de constituído definitivamente o crédito tributário constitui constrangi-

mento ilegal por *ausência de justa causa*."

A prudência, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana e até razões de economia processual recomendam que se aguarde, nos delitos fiscais, o exaurimento da instância administrativa para, só então, desencadear-se o procedimento criminal'.

Argumentou-se, naquela oportunidade, que, embora o Colendo Superior Tribunal de Justiça tenha entendido, no Recurso de *Habeas Corpus* 4.118-8-SP, relatado pelo eminente Min. Pedro Aciole, que, ocorrendo em tese o delito de sonegação fiscal, não é indispensável o prévio exaurimento da via administrativa, para o prosseguimento da *persecutio criminis*, aquela Corte reconheceu, no mesmo acórdão, que a instância penal e a administrativa se intercomunicam. (...)

Isto posto, pelo meu voto, considerando que não existe, por ora, justa causa para o prosseguimento do inquérito, concedo a ordem para *trancá-lo*" (HC 283.226/4, j. 23.11.1995, v.u., RT 728/551).

O Tribunal Regional Federal da 3.^a Região, por sua 2.^a Turma, à unanimidade, no julgamento do HC 96.03.058815-6, realizado em 01.04.1997, tendo como relatora a Juíza Sylvia Steiner, neste mesmo sentido se manifestou: "*Habeas corpus* - Trancamento de ação penal - Falta de justa causa - Ação penal por crime fiscal instaurada na pendência de recurso na esfera administrativa - Inexistência da certeza do ilícito tributário - Questão prejudicial absoluta - Ordem concedida.

1. A certeza da existência de tributo devido e não pago é pressuposto para a instauração da ação penal, pois diz com a prova da materialidade delitiva, que é condição da ação penal.

2. O art. 83 da Lei n. 9.430/96 não criou hipótese de condição de procedibilidade, destinando-se apenas a derrogar normas contidas no Decreto n. 982/93, que previam a representação da autoridade fiscal ao Ministério Público tão logo lavrada a notificação fiscal de lançamento de débito.

3. Compete privativamente à autoridade fiscal dizer da existência de tributo devido (art. 142 do CTN). Antes de apurada a existência de ilícito tributário, não se pode falar em ilícito penal. Precedentes.

4. Ordem concedida, para trancar-se a ação penal por falta de justa causa" (ementa).

Vale a pena transcrever parte do judicioso voto da relatora Juíza Sylvia Steiner, no julgamento acima: "Ora, nos crimes fiscais, o pressuposto de quaisquer dos tipos que os definem é, exatamente, a existência de um tributo devido. Sem a constatação de existência de um tributo devido, não há como falar-se em supressão, redução, ou na omissão de seu pagamento ou recolhimento. O pressuposto diz com a materialidade delitiva, elemento essencial para configuração da justa causa para a ação penal".

Neste voto, foram trazidos à colação os seguintes precedentes: TRF da 3.^a Região, 2.^a Turma, HC 96.03.060711-8, rel. Juíza Sylvia Steiner, j. 17.09.1996, DJU 09.10.1996, p. 76292; TRF da 1.^a Região, 4.^a Turma, rel. Juíza Eliana Calmon, j. 20.03.1995, DJU 17.04.1995, p. 21.581; TRF da 5.^a Região, 1.^a Turma, in *Revista de Direito Tributário do TRF da 5.^a Região*, 1, 1995, p. 171). De nossa parte, lembramos mais este: TRF da 3.^a Região, 2.^a Turma, HC 97.03.001571-9, rel. Juíza Sylvia Steiner, j. 06.05.1997, v.u., DJU 21.05.1997.

Ainda naquele mesmo aresto, a referida relatora transcreveu preciosa lição do Ministro Assis Toledo: "A

ilicitude penal não se restringe ao campo do direito penal: projeta-se por todo o direito. Por isso é que Welzel define a ilicitude como sendo 'a contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico como um todo.' Disso resulta que um dado ilícito penal não pode deixar de ser igualmente ilícito em outras áreas do direito, pois um ato lícito, civil, administrativo, etc., não pode ser ao mesmo tempo um ilícito penal" (*Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, 1986, p. 153).

Em outra oportunidade, o Tribunal Regional Federal da 3.^a Região, por sua 1.^a Turma, no julgamento do HC 96.03.021354-3, realizado em 11.03.1997, in DJU 25.03.1997, p. 17.836, tendo como relator o Juiz Sinval Antunes, por unanimidade, manifestou-se nesse exato sentido, *verbis*: "(...) 2. Apresenta-se precipitada a denúncia apresentada antes do término do processo administrativo fiscal. Se à Fazenda Pública não é dado o ajuizamento de execução fiscal, enquanto houver pendência de recurso na instância administrativa, porquanto somente após o julgamento de referido recurso o débito passará a ser inscrito em dívida ativa, igualmente não pode o Ministério Público, antes disso, propor ação penal, até porque inexistente ainda ilícito fiscal. Portanto, inexistindo ilícito tributário, muito menos existirá razão para apuração de ilícito penal. (...)” (*Boletim IBCCrim* 54/193).

Em idêntica manifestação dos mesmos Tribunal, Turma e relator, estão os seguintes acórdãos: HC 96.03.019171-0, j. 25.03.1997, v.u., DJU 15.04.1997; HC 96.03.021354-3, j. 11.03.1997, v.u., DJU 25.03.1997; HC 96.03.021515-5, j. 25.03.1997, v.u., DJU 15.04.1997.

Ainda o Tribunal Regional Federal da 3.^a Região, em r. despacho da lavra do Juiz Newton De Lucca, nos autos do

HC 97.03.004211-2, concedeu parcialmente liminar para suspender a ação penal até o julgamento definitivo do processo administrativo. Referindo-se ao art. 83 da Lei n. 9.430/96, é daquele judicioso despacho a seguinte passagem: "O referido dispositivo legal passa a integrar em boa hora o nosso ordenamento jurídico. É curial que a existência e a legalidade do crédito é prejudicial ao processo penal que se move para apenar o sujeito passivo da obrigação tributária que permanece inadimplente, como já vinha sustentando doutrinariamente Hugo de Brito Machado (cf. 'Prévio esgotamento da via administrativa e ação penal nos crimes contra a ordem tributária', in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, n. 15, p. 231).

Vinculando a denúncia criminal à certeza de que o crédito é mesmo exigível e legal, resguarda-se a máquina judiciária, que só será movimentada quando o crédito tributário for considerado legítimo pelo menos no seio da própria administração".

Edmar Oliveira Andrade Filho lembra que o Supremo Tribunal Federal, por sua 1.^a Turma, no julgamento do RHC 50.523/SP, em 09.02.1973, manteve acórdão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, onde ficou consignado o entendimento de que não havia regra geral que vinculasse o Poder Judiciário, em matéria de sonegação fiscal (Lei n. 4.729/65), à decisão definitiva proferida na instância administrativa. Naquela oportunidade, consignou-se ainda que somente a questão prejudicial do art. 92 do CPP é obrigatória, sendo as demais facultativas (*Direito Penal Tributário – Crimes Contra a Ordem Tributária*, São Paulo, Atlas, 1995, p. 154). Porém, o voto vencido do mencionado aresto paulista, da lavra do Juiz, depois Desembargador, Francis Davis, merece ser transcrito: "Não se

aguardar, nos casos concretos, o pronunciamento final das autoridades administrativas, de último escalão, representará, na prática, por via indireta, cerceamento de defesa, com infringência da garantia prevista no art. 153, § 4.^o, da CF, e pela qual 'a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual'. (...) Mas pouco adiantará o direito de Recurso ao contribuinte, ou estar desobrigado de garantir a instância, se ficar sujeito, por outro lado, antes do julgamento de seu apelo, aos ônus, limitações, percalços e humilhações, de uma ação penal, por sonegação fiscal" (ob. e p. cit.).

Edmar Oliveira de Andrade faz parte daqueles que entendem, a nosso ver acertadamente, "que a consumação dos crimes contra a ordem tributária só pode ser afirmada depois de esgotadas todas as instâncias administrativas de que dispõe o sujeito passivo para discutir a exação. Isto porque o lançamento tributário, como vimos, pode perfeitamente ser desconstituído, hipótese em que desapareceria o núcleo do tipo penal: a supressão ou redução ilegal do tributo ou contribuição" (ob. cit., p. 96). E continua o mencionado autor: "se há contestação acerca do lançamento ou da materialidade da obrigação tributária, não há como comprovar a materialidade do crime contra a ordem tributária, que como vimos, requer o resultado para se consumir" (ob. cit., p. 147).

O autor acima citado lembrou, ainda, a existência de acórdão do Supremo Tribunal Federal (HC 71.755-1, in *DJU* 04.11.1994) da lavra do Ministro Paulo Brossard, em que foi concedida ordem de *habeas corpus* para obstar o seguimento da ação penal, já que a materialidade do fato gerador da obrigação tributária ainda se encontrava em fase de discussão no âmbito administrativo (ob. cit., pp. 146 e 147).

Judicioso foi o voto vencido do Juiz Paim Falcão, do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, no julgamento do HC 97.04.31100-1/SC, *verbis*: "Se o crédito tributário nasce com o lançamento, e o lançamento ainda não se efetivou, porque está sendo discutido na esfera administrativa, não se pode exigir do contribuinte o pagamento de qualquer quantia. Isso é uma lição básica de Direito Tributário. A exigibilidade do crédito tributário condiciona-se à sua constituição por meio do lançamento. É claro que são duas instâncias bem diferentes, a administrativa e a judicial. Mas, na verdade, *esse crédito tributário não existe, e o fato típico imputado ao paciente é o de que ele deixou de recolher o tributo*. E existe tributo? Se o tributo ainda está sendo discutido, na verdade, trata-se de uma questão prejudicial, e, enquanto não estiver constituído definitivamente o crédito tributário com o lançamento - art. 142 do CTN -, esse crédito tributário inexistente. Em consequência, a ação típica imputada a ele não existe também. Ante o exposto, concedo a ordem" (DJU de 17.09.1997).

Recentemente surgiu jurisprudência, com a qual não comungamos, no sentido de que a ação penal independe da conclusão do procedimento administrativo-fiscal, mas a instauração deste é indispensável para comprovar a glosa da dedução tida como indevida (TRF da 1.^a Região, 3.^a Turma, Ap. 96.01.31.381-8-DF, rel. Juiz Osmar Tognolo, j. 24.06.1997, v.u., DJU 15.08.1997, p. 63.687, in *Ementário de Jurisprudência*, na *RBCCrim* 20).

Com efeito, sabemos que o auto de infração (que geralmente se constitui em ato imposição de multa e lançamento) é *provisório*, existindo por isso mesmo recurso administrativo (que suspende a exigibilidade). A mera indicação do valor da glosa da dedução tida como indevida, feita naqueles procedimentos,

não pode ser o suficiente para a instauração de ação penal, já que não traz a necessária materialidade delitiva.

O art. 34 da Lei n. 9.249/95 previu a promoção do pagamento antes do recebimento da denúncia como causa extintiva da punibilidade. Num primeiro momento, este dispositivo é bastante benéfico, pois, com o pagamento, extingue-se a punibilidade. Mas, por outro lado, e sob a ameaça de um processo penal, acaba-se por compelir o contribuinte ao pagamento imediato do tributo, sem qualquer contestação.

Em nossa opinião, tal dispositivo não tolheu o contribuinte do direito de contestar o lançamento através de procedimento próprio, podendo, sem dúvida, obter êxito, e demonstrar não haver tributo devido nem, portanto, crime. Deve-se pagar o montante realmente devido, o que só ocorre após o julgamento de todos os recursos administrativos cabíveis. Exigir que o contribuinte pague sem contestar, a fim de se ver livre de ação penal, é forma atentatória de princípios constitucionais, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, atropelando, ainda, a lei ordinária que lhe dá o direito de contestar (Decreto n. 70.235/72 alterado pela Lei n. 8.748/93 - Processo Administrativo Fiscal). É por isso que o referido art. 34 não retirou o direito de o contribuinte contestar o auto de infração. Se o contribuinte preferir pagar, sem contestar, a punibilidade está extinta; mas, se quiser contestar, a ação penal não poderá ter início, sob pena de violação de nossa Lei Maior. O exercício de um direito constitucional (o da impugnação administrativa) não pode acarretar consequências tão danosas como a instauração de ação penal.

Têm-se tido notícias de que juízes federais criminais têm determinado, antes do recebimento da denúncia, a intima-

ção do denunciado para, se quiser, promover o pagamento, com a consequente extinção da punibilidade, e os tribunais já se manifestam no sentido da legalidade da medida. Não obstante tal atitude seja louvável, porque favorável ao acusado que pode se ver livre do processo criminal, ela, como dissemos, viola os direitos constitucionais e infraconstitucionais do devedor-contribuinte, que acaba por ser forçado a abrir mão de direitos tão arduamente conquistados. Sem dúvida, o referido art. 34 é que se deve amoldar à Constituição, e não o contrário. Cremos que, se o contribuinte, através de seu advogado, peticionar ao juiz e demonstrar que está contestando o auto de infração e o lançamento perante a autoridade administrativa, tudo de acordo com a Lei Maior e com a legislação infraconstitucional, o juiz não poderá receber a denúncia, sob pena de gerar constrangimento ilegal sanável por *habeas corpus*.

E o art. 83 da Lei n. 9.430/96, que exigiu *decisão final na esfera administrativa para que seja encaminhada representação fiscal ao Ministério Público*, não obstante não tenha restringido a atividade do Ministério Público (art. 129, I, da CF/88), está a demonstrar a vontade do legislador de não ter início a ação penal sem o término do processo administrativo.

5. Ausência de interesse de agir. Falta de justa causa

Enquanto não houver o término do processo administrativo-fiscal, não haverá, por parte do Ministério Público, interesse de agir, importando em falta de justa causa para a ação penal.

Conforme prelecionam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, as

condições da ação são: legitimação *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica. Salientam que a doutrina processual penal costuma acrescentar, a essas condições genéricas, outras, denominadas *condições específicas de procedibilidade*, tais como a representação do ofendido, a requisição do Ministro da Justiça, a entrada do agente no território nacional etc. (*As Nulidades no Processo Penal*, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 59).

Quanto ao interesse de agir, esses autores explicam: "O primeiro requisito do interesse de agir é a necessidade ou utilidade do uso das vias jurisdicionais; o segundo é a adequação do provimento e do procedimento. Nessa colocação, o interesse de agir é uma imposição do princípio da economia processual (...) Pode-se também falar no interesse-utilidade, compreendendo a idéia de que o provimento do pedido deve ser eficaz: de modo que faltará interesse de agir quando se verifique que o provimento condenatório não poderá ser aplicado (...) Mas a doutrina processual penal brasileira costuma apontar a justa causa (ou *fumus boni juris*) vista como idoneidade do pedido, como interesse de agir na ação penal condenatória (ob. cit., p. 60 e 61).

A ausência de decisão final administrativa sobre a ocorrência de ilícito tributário implica não-demonstração da materialidade, sem a qual há falta de interesse de agir (interesse-utilidade). Isto porque, sem a prova da materialidade, o pedido condenatório certamente não augurará provimento, tolhendo o processo de qualquer utilidade, além de gerar constrangimento ilegal e de atentar ao princípio da economia processual.

Com efeito, sabemos que a autoridade administrativa é a única exclusivamente competente para dizer da existência de tributo devido, conforme o art.

142, *caput*, do CTN, *verbis*: “Compete *privativamente* à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor aplicação da penalidade cabível”.

Ives Gandra da Silva Martins, em parecer intitulado “O ilícito tributário e o ilícito penal tributário”, publicado na RT 700/449, referindo-se ao art. 142 do CTN, escreveu: “A clareza do dispositivo espanca qualquer dúvida, visto que *apenas, tão-somente, exclusivamente e unicamente* a autoridade administrativa, na modalidade de ofício, pode constituir o crédito tributário”, tratando-se de “um ato declaratório e constitutivo de competência exclusiva do órgão administrativo e nunca do Ministério Público” (p. 454).

Sobre a questão da independência das esferas penal e administrativa, esse mesmo autor, no citado parecer, fez a seguinte assertiva: “Um último argumento merece ser rebatido, qual seja, o da desvinculação da ação penal em relação à ação fiscal. Tal desvinculação, todavia, colocada por força da Súmula 609 do STF, tem seus limites no âmbito do direito penal, que, não conformando a hipótese da punição por integração analógica, não pode admitir que onde a lei penal extingue a punibilidade por atos pertinentes ao processo fiscal, a desvinculação seria restabelecida, à luz exclusiva da tese da ‘procedibilidade autônoma’” (p. 453).

Por tal motivo é que cremos não poder o juiz criminal decidir, antes da autoridade administrativa, pela existência de supressão ou redução de tributo, mesmo em se tratando de mero juízo preambular de recebimento da denúncia.

Caberá a ele, portanto, aguardar o pronunciamento definitivo da autoridade extrajudicial, sem o qual não poderá receber denúncia e, muito menos, proferir sentença condenatória.

É claro que, devido a demora na conclusão do processo administrativo, a prescrição de tais crimes será provável. Evidentemente, a suspensão do curso do prazo prescricional resolveria o problema. Todavia, a nossa legislação não prevê a suspensão da prescrição para o particular caso. Saliente-se que a disciplina do art. 116 do CP (causas impeditivas ou suspensivas da prescrição) destina-se às questões prejudiciais dos arts. 92 a 94 do CPP, que em princípio só se aplicam à ação penal já instaurada, o que não será objeto do presente estudo.

Hugo de Brito Machado sustenta a respeito: “Crime de resultado, para cuja configuração é indispensável a *supressão ou redução de tributo*, pressupõe a existência de uma relação jurídica tributária, isto é, pressupõe a existência de um tributo. Sem um tributo, que possa, de fato, ser suprimido, ou reduzido, evidentemente não se pode consumir o crime contra a ordem tributária (...). No sistema jurídico brasileiro, compete *privativamente* à autoridade administrativa dizer da existência, e dimensionar economicamente a relação tributária. Em outras palavras, compete *privativamente* à autoridade administrativa lançar o tributo. Assim, a manifestação definitiva da autoridade da Administração Tributária é indispensável para que se possa ter como configurado o crime de supressão ou redução de tributo, ou fraude com esse fim praticada” (art. cit., p. 236).

Em recente artigo “Anotações ao crime de não recolhimento de contribuições previdenciárias”, da lavra do Juiz Ney de Barros Bello Filho, *in* RT 732/484, entendeu-se, também, que “não

cabe ao juiz criminal decidir se é ou não devida a contribuição social”, raciocínio que por analogia deve ser aplicado também aos crimes descritos na Lei n. 8.137/90.

Pensamos, assim, que a pendência de processo administrativo-fiscal (desde que nele esteja sendo discutida questão elementar do crime, como a real exigibilidade do tributo) traduz falta de interesse de agir do Ministério Público, pois, na esteira dos autores acima citados, o provimento do pedido, *in casu*, não será possível, tornando o processo sem utilidade e, portanto, ineficaz, constituindo afronta ao princípio da economia processual e configurador de constrangimento ilegal.

O Juiz Federal Nelson Bernardes de Souza, no artigo “Crimes contra a ordem tributária e processo administrativo”, divulgado na revista virtual *Teia Jurídica – Internet*, manifestou-se a respeito, *verbis*: “Com efeito, o término do procedimento administrativo comprovará, ou não, a materialidade delitiva, o resultado da ação do contribuinte (...). Como então ter-se como comprovado o delito contra a ordem tributária tão-somente com base na autuação fiscal, que não passa em última análise de um lançamento provisório. Na esteira dessas lições pode-se concluir facilmente que *só o lançamento definitivo trará a demonstração da materialidade delitiva; se constituirá no corpo de delito, já que é ele que corporifica o resultado supressão ou redução de tributo ou contribuição (...)*” (*apud* artigo “Considerações sobre a natureza jurídica da norma prevista no art. 83 da Lei n. 9.430/96”, de Aloísio Firino Guimarães da Silva e Paulo Fernando Corrêa, no prelo para publicação no *Boletim IBCCrim*)

Nesse sentido, Salvador Cândido Brandão escreveu: “Inobstante a posição da jurisprudência também nos

filiamos à corrente que entende que a procedibilidade da ação penal depende de prévia apuração da dívida fiscal e após decisão definitiva não só administrativa mas judicial. E isto porque uma exigência fiscal, base para uma ação penal, pode ser afastada por ilegalidade ou inconstitucionalidade pelos Tribunais administrativos ou judiciais (arts. 156, IX e X, do CTN). Vide voto vencido do Juiz Francis Davis, no HC 37.638-SP, *RTJ* 65/631”.

É interessante notar que este último autor foi mais longe, exigindo também a decisão final de eventual ação judicial, e não apenas da esfera administrativa. Sem dúvida, nada impede que após o término do processo fiscal o contribuinte entre com ação judicial, que poderá desconstituir ou anular a decisão administrativa, entendendo que o tributo (elemento configurador do tipo penal), a final, não era exigível. Todavia, cremos, por ora, que apenas o término do processo administrativo é necessário à ação penal, isto é, constitui condição da ação penal consistente no interesse de agir.

Duas colocações da jurisprudência merecem considerações. A primeira delas pretende que o início da ação penal *independe* do término do processo administrativo, mas a decisão final administrativa constitui pressuposto para a tipicidade e, portanto, para a condenação. A segunda, muito semelhante, entende que a ação penal também *independe* da conclusão do procedimento administrativo-fiscal, mas a instauração deste é indispensável ao início daquela.

Data venia, a nosso ver, ambas as assertivas encontram-se equivocadas.

Quanto à primeira, como pode um processo ter início na pendência de uma decisão incerta e variável (que é a decisão final administrativa *condenatória*), sem a certeza, portanto, de que

poderá ser julgado procedente? Há evidente falta de interesse de agir, pois, como vimos, a viabilidade do provimento do pedido (isto é, a condenação) deve ser aferida no exato momento em que o pedido é feito, ou seja, por ocasião do recebimento ou rejeição da denúncia. Essa viabilidade não pode ser presumida nem postergada para o momento da sentença, havendo, assim, falta de justa causa (ou do *fumus boni juris*) para a ação penal.

A segunda orientação também merece críticas. É que a instauração do procedimento administrativo-fiscal, a despeito de se tratar de um *ato administrativo*, nada traduz. Não pode jamais ser o suficiente para o início de ação penal, pois o lançamento é totalmente provisório, podendo ser revogado ou anulado pela própria Administração, ou até anulado pelo Judiciário. Por último, o auto de infração e o lançamento não trazem a certeza da materialidade delitiva, que, aliás, está sendo discutida na esfera administrativa, importando em falta de interesse de agir (condição da ação) do Ministério Público.

Assim, por exemplo, se a acusação referir-se ao art. 1.º, I (omissão de informação ou prestação de declaração falsa para suprimir ou reduzir tributo), ou mesmo ao art. 1.º, II (fazer declaração falsa ou omitir declaração ou empregar outra fraude para eximir-se total ou parcialmente de pagamento de tributos), da Lei n. 8.137/90, e o contribuinte estiver contestando tal acusação administrativamente, o Ministério Público carecerá de interesse de agir, já que a materialidade não está comprovada. O mesmo sucede com um auto de lançamento feito de má-fé ou por engano. Iniciar-se a ação penal com base tão-somente numa autuação ou lançamento administrativo, que são provisórios, viola não só os requisitos da ação penal, mas as garantias do devido pro-

cesso legal e da ampla defesa no processo administrativo, bem como o princípio da economia processual.

6. Crédito tributário, auto de infração, lançamento e suspensão da exigibilidade

Como se diz, o Direito Penal Tributário criminaliza condutas que primeiramente devem ser ilícitos tributários, razão pela qual se costuma dizer ser subsidiário o crime tributário. Assim, o estudo de institutos do Direito Tributário, bem como de outros ramos do Direito, é necessário à melhor compreensão da matéria.

Paulo de Barros Carvalho ensina que “nasce o crédito tributário no exato instante em que irrompe o laço obrigacional, isto é, ao acontecer, no mundo físico exterior, aquele fato hipoteticamente descrito no suposto normativo” (*Curso de Direito Tributário*, 7. ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 250).

O mesmo autor preleciona que o “lançamento é o ato jurídico administrativo, da categoria dos simples, modificativos ou assecuratórios ou vinculados, mediante o qual se declara o acontecimento de fato jurídico tributário, se identifica o sujeito passivo da obrigação correspondente, se determina a base de cálculo e a alíquota aplicável, formalizando o crédito e estipulando os termos de sua exigibilidade” (ob. cit., p. 260).

Explicando a diferença entre as expressões *auto de infração* e *lançamento*, aquele professor salienta a possibilidade de na peça nominada *auto de infração* existirem aqueles dois atos. Neste caso, aduz que “na parte que exigir tributo será ato de lançamento; na que impuser penalidade, ato de imposição de multa” (ob. cit., p. 274).

É também do mesmo autor a afirmação de que “o lançamento, como ato jurídico administrativo que é, pode ser tido como nulo ou anulável. Mas convém lembrar que a anulação não se confunde com a figura da revogação. A Súmula 473 do STF, deixou isso bem claro: ‘A Administração revoga ou anula o seu próprio ato; o Judiciário somente anula o ato administrativo...’” (ob. cit., p. 275).

Feito o lançamento, o crédito, que já existia desde a ocorrência do fato gerador, mas era ilíquido e incerto, passa a ser exigível. Todavia, se o contribuinte impugnar o ato administrativo, a exigibilidade do tributo estará suspensa, nos termos do art. 151, *caput*, do CTN, *verbis*: “Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: I – a moratória; II – o depósito do seu montante integral; III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança”.

É ainda do magistério de Paulo de Barros Carvalho a assertiva de que a sustação da exigibilidade do crédito significa “que o Poder Público, na pendência da solução administrativa, ficará inibido de inscrever a dívida e procurar o Poder Judiciário para requerer seus direitos” (ob. cit., p. 296).

E aqui voltamos à nossa questão. Se o recurso administrativo suspende a exigibilidade do crédito, não podendo ser inscrito na dívida ativa nem, portanto, objeto de execução fiscal, como pretender ser possível, então, o início de ação penal por crime contra a ordem tributária, se este mesmo tributo (que está com sua exigibilidade suspensa) é elemento constitutivo do crime?

Ou seja, pendente recurso administrativo, não se pode proceder à execução fiscal, mas a ação penal poderia perfei-

tamente ter início! A nosso ver, trata-se de uma total incongruência...

7. E o crime formal do art. 2.º da Lei n. 8.137/90?

Por outro lado, indagamos: a prévia constatação da existência do tributo na esfera administrativa, seria também vital para a instauração de ação penal pelo crime formal do art. 2.º da Lei n. 8.137/90?

A doutrina, em geral, tem exigido o término do procedimento fiscal somente nos crimes materiais, e não nos formais. Neste sentido, está o artigo de Alex Nunes de Figueiredo, promotor de justiça em Rondônia, “Os crimes materiais contra a ordem tributária e a ação penal respectiva”, no prelo para publicação no *Boletim IBCCrim*. Este autor, que entende ser imprescindível o término do procedimento administrativo-fiscal apenas nos crimes materiais, explica “que o lançamento somente se tornará imutável quando o agente passivo da obrigação tributária, após ter sido regularmente notificado, deixa de oferecer a competente defesa, ou recurso administrativo, ou se defendendo, não lograr êxito na instância recursal tendo contra si decisão transitada em julgado no âmbito administrativo; aí sim estará definitivamente constituído o crédito tributário, passando, portanto, a ser exigível”.

Ousamos ir mais longe, para exigir o “trânsito em julgado” da esfera administrativa não só para os crimes materiais mas, também, para os crimes formais previstos no art. 2.º da Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária.

Como vimos, o legislador exigiu para a configuração do crime do art. 1.º da referida lei a ocorrência efetiva de supressão ou redução de tributo, mediante as condutas que descreve: I –

omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal etc.

Já no art. 2.º, tal exigência não foi feita, contentando-se o legislador com a mera ocorrência das condutas descritas, não exigindo, *a priori*, resultado. Prevê o referido dispositivo: "Constitui crime da mesma natureza: I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributos; II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos".

Como vimos, o crime do art. 1.º da Lei n. 8.137/90, por ser material, só se configura com a efetiva supressão ou redução de tributo. Quanto ao crime do art. 2.º, a doutrina, via de regra, entende tratar-se de crime de mera conduta e/ou de crime formal, que se configura no momento da ação ou omissão, independentemente do resultado.

A questão que se propõe é a seguinte: se o elemento subjetivo do tipo do art. 2.º, I, constitui-se no fim especial de *eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributos*, e se o crime do inciso II é *deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo*, poder-se-ia também indagar: se a prévia constatação da existência e da exigibilidade de tal tributo (a ser decidida pela esfera administrativa) constitui *imperativo* para que o crime se configure, e para que haja, conseqüentemente, justa causa para a ação penal? Entendemos que sim.

Com efeito, a exemplo do que ocorre nos crimes materiais, se o contribuinte,

nos formais, vier a provar na esfera administrativa (exercendo seus direitos constitucionais) que o tributo não era exigível, cremos que não há como subsistir os crimes descritos nesse art. 2.º, impedindo-se, destarte, o início da ação penal.

Outro fator importante que embasa esta nossa opinião, *quiçá* censurável, está em que há enorme identidade (senão homogeneidade) entre as condutas descritas nos arts. 1.º e 2.º da Lei n. 8.137/90. Como exemplo, tomemos os seguintes dispositivos:

Art. 1.º, inciso I: *omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias*; pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 1.º, inciso II: *fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal*; pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Art. 2.º, inciso I: *fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo*; pena: detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

É fácil notar a enorme semelhança entre tais dispositivos. Assim, temos que a conduta prevista no art. 1.º, I (*omitir informação ou prestar declaração falsa*) encontra também previsão no art. 2.º, I (*fazer declaração falsa ou omitir declaração*). Igualmente, quanto ao emprego de fraude, há tipificação tanto no art. 1.º, II, como no art. 2.º, I.

Sobre os incisos I dos arts. 1.º e 2.º, Paulo José da Costa Jr. e Zelmo Denardi já escreveram que eles "mantêm estrita relação" e que "em ambos os dispositivos é incriminada a omissão de infor-

mação ao Fisco, ou a prestação de declarações falsas às autoridades fazendárias" (*Infrações Tributárias e Delitos Fiscais*, São Paulo, 2. ed., 1996, p. 109).

O legislador, assim, tipificou as mesmas condutas, mas em artigos diferentes. No art. 1.º exigiu a ocorrência da supressão ou redução de tributo; já no art. 2.º, relevou o resultado, contentando-se tão-somente com a mera conduta.

Ora, se para a ocorrência do crime material do art. 1.º – cuja pena é mais severa – doutrina e jurisprudência exigem o término do procedimento administrativo-fiscal, por que não exigi-lo também para a configuração do art. 2.º, que é bem menos grave!? Haveria total desproporcionalidade e tratamento desigual para condutas que, no fundo, são as mesmas.

Aliás, Hugo de Brito Machado já enfrentou a questão, dizendo: “É certo que a Lei n. 8.137/90 define também crime formal, ou de mera conduta. Mesmo neste, porém, é imprescindível a existência de um tributo devido, sem o qual o dolo específico não é possível”.

Em nota de rodapé, o autor acima conclui: “Mesmo em relação ao crime de mera conduta, é razoável admitir-se que é imprescindível a prévia decisão administrativa sobre o tributo devido, desde que o dolo específico, o propósito de suprimir ou reduzir tributo, é essencial para a configuração do crime” (*Ação penal nos crimes contra a ordem tributária – Prévio esgotamento da via administrativa*, RJ 234 – abr/97, Síntese, Porto Alegre, p. 34).

Tratando mais precisamente da omissão prevista no art. 2.º da Lei em questão, Arnaldo Malheiros Filho diz: “Ao lado dos remissos (nota nossa: que não entregam suas declarações no prazo), estão fora também da esfera de incidência da norma penal os que

omitirem informações que não levem à incidência ou ao acréscimo de imposto” (“Omissão de rendimentos presumidos”, RBCCrim 15/223).

E não é por menos que o mesmo autor conclui: “A omissão penalmente relevante *pressupõe uma situação típica, caracterizada pela existência material de fato que se ajuste ao dever de declarar*. Além disso, deve ser fraudulenta e idônea para o fim de eximir o agente, total ou parcialmente, mas significativamente, do pagamento de tributo” (art. cit., p. 229).

Interpretando as palavras desse autor, temos que a omissão só será relevante, típica portanto, se estiver caracterizada a existência material do fato que deve ser declarado, qual seja, a existência certa do tributo, o que, em nosso entendimento, só existirá com a decisão final na via administrativa. E isto se aplica também para a omissão descrita no inciso I do art. 2.º.

Discorrendo sobre a tipicidade nos crimes de omissão da Lei n. 8.137/90, esse ilustre advogado salienta, ainda, que “a omissão não é um simples não fazer, mas sim ‘não fazer algo determinado’ (Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, II/848). Assim, o primeiro requisito de qualquer crime omissivo é a existência da *situação típica*, que é aquela que ‘permite deduzir em cada caso o conteúdo concreto do dever de atuar’ (*idem*, *ibidem*), dever esse, cuja inobservância leva a um resultado vedado pela norma. Além do *elemento objetivo*, há, nos delitos omissivos de um modo geral, o elemento subjetivo, que inclui o conhecimento do agente, quanto à existência da situação típica, de seu dever de agir e sua consciência e vontade de não fazer o que a lei determina para aquela situação (cf. o monumental estudo de Alberto Cadopi, *Il Reato Omissivo Proprio*)”

(art. cit., p. 223).

É ainda daquele mesmo autor a assertiva de que "o Direito Penal pune a conduta que, com a fraude, se dirige ao fim de não adimplir e não o inadimplemento" (art. cit., p. 222). Defende também a idéia de que "não há crime contra a ordem tributária sem ilícito tributário patrimonial" (art. cit., p. 222). E lembra, por fim, que "inexiste crime culposos contra a ordem tributária" (art. cit., p. 223).

Em consequência, a conduta de *fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude para eximir-se de pagamento de tributo* (art. 2.º, I), ou de *deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou contribuição social (...)* que deveria recolher aos cofres públicos (art. 2.º, II), apenas será típica diante da existência material de fato que se ajuste ao dever de declarar ou de recolher, o que só poderá ser averiguado e comprovado, como vimos, pela decisão final da autoridade administrativa, antes da qual há falta de justa causa para a ação penal.

Vale dizer: se o contribuinte empregar fraude para eximir-se de pagamento de tributo (art. 2.º, I), ou deixar de recolher tributo (art. 2.º, II), a constatação de que tal tributo não era exigível descaracteriza o delito, podendo-se falar até em crime impossível.

Assim, antes de terminada a via administrativa, a ação penal não poderá iniciar-se, mesmo em se tratando do crime formal do art. 2.º, I e II, da Lei n. 8.137/90.

8. Conclusões

1. A ação penal nos crimes definidos pela Lei n. 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária) é pública incondicio-

nada, não tendo a sua natureza sido alterada pelo art. 83 da Lei n. 9.430/96. O entendimento hodierno já é pacífico no sentido de que este dispositivo destina-se à administração pública, não criando condição de procedibilidade à ação penal.

2. O direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa abrange não só o processo judicial, mas também o processo administrativo. Atingem, enfim, a todo o acusado em geral (CF, art. 5.º, LV), garantindo-se que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV). Então, contraditório, ampla defesa e devido processo legal são garantias também do contribuinte perante a autoridade administrativa.

3. A legislação infraconstitucional, como o Decreto n. 70.235/72 alterado pela Lei n. 8.748/93 (Processo Administrativo Fiscal), propicia ao contribuinte impugnar o ato administrativo, podendo anular a autuação fiscal e o lançamento, afastando o ilícito fiscal e, portanto, o crime.

4. A existência de tributo devido constitui pressuposto para a ocorrência dos delitos previstos nos arts. 1.º e 2.º da Lei n. 8.137/90, pouco importante tratar-se de crime material ou formal. Sem tributo definitivamente constituído não há sequer ilícito fiscal, não havendo, por isso mesmo, que se falar em crime.

5. A impugnação suspende a exigibilidade do crédito que não pode ser inscrito na dívida ativa, nem objeto de execução fiscal. Também nessa ótica, não há como se admitir a ação penal.

6. Tanto os crimes materiais do art. 1.º como os formais do art. 2.º da Lei n. 8.137/90 exigem, para sua configuração, o "trânsito em julgado" na esfera administrativa, isto é, que o contribuinte deixe transcorrer o prazo para impug-

nação do lançamento, ou, o fazendo, que haja decisão definitiva sobre a exigibilidade do tributo. Explica-se: se o elemento subjetivo do tipo do art. 2.º, I, constitui-se no fim especial de *eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributos*, e se o crime do inciso II é deixar de recolher valor de *tributo*, pode-se também concluir que a prévia constatação da existência e da exigibilidade de tal tributo (a ser decidida pela esfera administrativa) é imperativo também para que o crime formal do art. 2.º se configure. A semelhança, ou mesmo homogeneidade, entre as condutas descritas nos arts. 1.º e 2.º do citado diploma, exigem tratamento igual (término do procedimento administrativo-fiscal para o recebimento de denúncia), sob pena de violação do princípio da proporcionalidade e conseqüente tratamento desigual para condutas *idênticas*.

7. A competência para dizer da existência de tributo devido é exclusiva da autoridade administrativa (CTN, art. 142). Desta feita, enquanto a questão estiver em discussão na esfera administrativa, a denúncia não poderá ser recebida, com base no art. 43, III, do Código Processo Penal (falta de condição exigida pela lei para o exercício da ação penal; no caso, interesse-utilidade).

8. Sem a certeza da existência de tributo não há materialidade delitiva e o pedido de condenação não será acolhido, tolhendo o processo de qualquer

utilidade, afastando a condição da ação do interesse de agir, além de gerar constrangimento ilegal e de atentar ao princípio da economia processual.

9. É inadmissível o início da ação penal com base apenas em auto de infração e lançamento que esteja sendo questionado. Isto porque, este é provisório podendo ser anulado ou revogado pela administração.

10. É de se ressaltar, por fim, que o interesse de agir (no sentido da utilidade do processo penal em face do princípio da economia processual) deve ser aferido no momento do recebimento da denúncia, e não, evidentemente, no da sentença. Caso contrário, estar-se-ia admitindo denúncia temerária e violando o princípio da economia processual, o que torna ilegal o constrangimento advindo da instauração de ação penal nessas condições.

11. A suspensão do prazo prescricional penal durante o contencioso administrativo, mas por lapso delimitado, seria solução apaziguadora das divergências em torno do assunto. Por um lado, a pretensão punitiva do Estado não desapareceria e, por outro, evitar-se-ia o início de ações penais sem justa causa, com a preservação, para os acusados em geral, dos direitos constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, garantindo-se a necessária harmonia entre os diversos ramos do Direito.

2. DOUTRINA NACIONAL

A TENDÊNCIA DO PROCESSO PENAL MODERNO

MARCELO BATLOUNI MENDRONI

Não são poucas as vozes que desferem severas críticas à Justiça Penal, considerando-a lenta e ineficiente. O descrédito chega ao cúmulo de se ouvir nas ruas as famosas frases "Só pobre vai para a cadeia" ou "Como sempre, vai acabar em pizza".

Os lamentos populares nos fazem sentir com a nítida impressão de que algo não anda bem e por conseguinte deve ser alterado para melhorar a eficiência da nossa justiça penal. Referida alteração, no meu pensamento, vai além de esforços individuais e institucionais daqueles que trabalham, direta ou indiretamente para aplicação da justiça. A mudança deve ocorrer a nível amplo e geral da sistemática do Processo Penal brasileiro, a partir da própria legislação.

Elaborado para a realidade da época - 1942, o atual Código de Processo Penal revela-se desajustado às sensíveis alterações comportamentais dos criminosos de nossa época: "De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da

criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum". (Francisco Campos em "Exposição de motivos do Código de Processo Penal). Estas verdades de épocas passadas parecem se aplicar ainda com maior evidência nos tempos atuais, inobstante sejam decorridos 55 anos.

O que se deve pretender alcançar quando se refere a "maior eficiência da justiça penal" é, em suma, o desenvolvimento do Processo Penal mais célere e conclusivo.

Embora algumas alterações legislativas já tenham sido feitas recentemente, outras ainda, em vários aspectos, deverão ser realizadas para que nos aproximemos de um modelo mais condizente com a necessária sistemática de persecução penal da atualidade.

Pois bem, tratando-se de alteração de sistema processual penal para torná-lo mais eficiente, não há como deixar tratar de aprimorar e fortalecer a atuação do Ministério Público na fase pré-processual, qual seja, de investigação no inquérito policial.

Isso mesmo, fortalecer a atuação Ministério Público. Não há como falar em reforma de Direito Processual Penal dos tempos atuais que não se inicie pelo fortalecimento do Ministério Público a nível de funções de investigação do fato criminoso referindo-se à fase que antecede a propositura da ação. No âmbito

da análise comparada, os Sistemas processuais penais Italiano, Alemão e Português passaram recentemente por reformas, e diga-se, colheram excelentes resultados com relação à pretendida busca de eficiência.

Quando se fala em mudança, sempre é de bom alvitre analisar os exemplos daqueles que, tendo enfrentado problemas semelhantes, aplicaram soluções inovadoras e verificar o grau de sucesso que obtiveram para, seguir-lhes ou não.

Sem pretender aqui pormenorizar o estudo, não é demais citar alguns dispositivos das referidas legislações, com caráter exemplificativo.

O Código de Processo Penal Alemão (StPO - Strafprozeßordnung), em vigência desde 1975, prevê em seu art. 160 o seguinte dispositivo:

“StPO § 160: (1) Tão pronto tenha conhecimento a Promotoria de Justiça, por meio de denúncia ou por outra via, da suspeita de um fato punível, deverá averiguar as circunstâncias com o fim de tomar sua resolução sobre se deverá exercitar a ação pública. (2). A Promotoria de Justiça deverá averiguar não só as circunstâncias que sirvam de incriminamento, como também as que sirvam de inocentamento, e cuidar de colher as provas cuja perda seja temível. (3). As averiguações da Promotoria deverão estender-se às circunstâncias que sejam de importância para a determinação das consequências jurídicas do fato. Para isto poderá valer-se de ajuda do Poder Judicial.”¹⁾

⁽¹⁾ StPO § 160: (1) Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen.

(2) Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur

e no seu art. 161 o seguinte:

“StPO § 161: “Para a finalidade descrita no parágrafo precedente, poderá a Promotoria de Justiça exigir informação de todas as autoridades públicas e realizar averiguações de qualquer classe, por si mesma ou através das autoridades e funcionários da Polícia. As autoridades e funcionários da Polícia estarão obrigados a atender a petição ou solicitação da Promotoria.”²⁾

Como se observa, o sistema alemão já pretendeu entregar ao Ministério Público, de forma ampla, a iniciativa e o controle geral da atividade de investigação criminal.

Em termos Processuais Penais, o StPO (Strafprozeßordnung) distingue claramente duas fases, uma preparatória, o chamado processo de investigação ou de inquérito (Ermittlungsverfahren), da competência do Ministério Público, que é constituído pelos atos de investigação praticados no sentido de possibilitar a uma fundamentação da decisão final para a formulação de acusação ou não, e numa segunda fase de apresentação do(s) fato(s) criminosos em juízo, direcionados para a audiência de julgamento.

Englastung dienenden Umstand zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist.

(3) Die ermittlungen der Staatsanwaltschaft sollen sich auch die Umstände erstrecken, die für die Bestimmung der Rechtsfolgen der Tat von Bedeutung sind. Dazu kann sie sich der Gerichtshilfe bedienen.

⁽²⁾ StPO § 161: Zu dem im vorstehenden Paragraphen bezeichneten Zweck kann die Staatsanwaltschaft von allen öffentlichen Behörden Auskunft verlangen und Ermittlungen jeder Art entweder selbst vornehmen oder durch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen lassen. Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes sind verpflichtet, dem Ersuchen oder Auftrag der Staatsanwaltschaft zu genügen.

Consiste o sistema em que deve ser o Ministério Público encarregado de decidir e proceder a todos os atos de investigação necessários para a tomada da decisão de processamento ou não. Cabe portanto à polícia somente uma tarefa de auxílio material sempre e quando requerido pelo Ministério Público.

Nessa mesma esteira de metodologia surgiu o revolucionário e bem sucedido sistema do Codice di Procedura Penale Italiano, no qual, seguindo linhas mestras traçadas pela "Legge Delega" 16.02.1987, está previsto:

Art. 326: (Finalidade da investigação preliminar) "O Ministério Público e a Polícia Judiciária realizarão, no âmbito de suas respectivas atribuições, a investigação necessária para o termo inerente ao exercício da ação penal."³ e

Art. 327: (Direção da investigação preliminar): "O Ministério Público dirige a investigação e dispõe diretamente da Polícia Judiciária".⁴

O sistema italiano, mais audacioso, introduziu, além destas, outras muitas normas nesta fase do *indagini preliminari* que proporcionam importantes poderes ao Ministério Público, como valer-se de consultores técnicos, ouvir testemunhas em declarações, ouvir o suspeito, decretar a detenção do suspeito (que deve ser ratificada pelo Juiz no prazo de 48h), entre outras, sempre revestidas dos acautelamentos necessários dos princí-

pios básicos Constitucionais de Processo Penal.

Ensina Giovanni Salvi: "O novo Código eliminou a figura do Juiz de Instrução e concentrou toda a fase das investigações preliminares no Ministério Público, que em nosso País é um Magistrado independente, pertencente à ordem judicial, na mesma carreira do Juiz.

O Ministério Público é informado pela Polícia Judiciária da notícia do crime imediatamente (dentro das 48hs a partir do momento em que chega à Polícia) e inicia as ordens para as investigações; dispõe já de uma Polícia judicial constituída ante sua Promotoria assim como de vários órgãos territoriais ou especializados aos quais se atribui a qualificação de Polícia Judicial.

O Ministério Público pode delegar a atividade de investigação à Polícia judicial ou realizá-la diretamente; pode levar a cabo uma completa atividade incluindo também ações que recaem em esferas constitucionalmente protegidas: Dispõe do sequestro, da busca domiciliar, dos registros pessoais, das inspeções de locais ou pessoais, das interceptações das comunicações nos casos de urgência, nomeia defensor dativo nos casos em que o investigado não tenha; pode interrogar a pessoa investigada e ouvir as pessoas informadas sobre o fato; estas últimas têm a obrigação de dizer a verdade e são punidas se não o fazem.

Os poderes do Ministério Público são muito limitados em matéria de liberdade pessoal: Pode dispor da detenção (que deve ser convalidada dentro de breve tempo pelo Juiz) em casos particulares e dispor da liberdade do preso ou do detido pela Polícia Judicial. Em todos os outros casos, as medidas de limitação de liberdade pessoal são adotadas pela autoridade Judiciária competente, apreciando petição do Ministério Público.

⁽³⁾ Art. 326 - Codice di Procedura Penale: (Finalità delle indagini preliminari). 1. Il pubblico ministero (358) e la polizia giudiziaria (55) svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale.

⁽⁴⁾ Art. 327 - Codice di Procedura Penale: (Direzione delle indagini preliminari). Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria (58).

Na fase de investigação, esta autoridade é o Juiz encarregado das investigações preliminares, que tem também funções de controle sobre o não exercício da ação penal ou sobre o exercício aparente por parte do Ministério Público. Diferentemente do Juiz de Instrução abolido, o Juiz encarregado das investigações preliminares não realiza investigações e se limita a intervenções "específicas", apreciando petição das partes ou ao final das fases do procedimento."⁵

O sistema Português, por seu turno, a exemplo do italiano, já teve previsão das atuações do Ministério Público e da Polícia Judiciária nos ns. 45 e 47 da "Lei n. 43/86 - Autorização Legislativa em matéria de Processo Penal."⁶

Em seguida, vieram os dispositivos do Código Processo Penal Português que assim regularam a matéria:

"Art. 262: (Finalidade e âmbito do inquérito) 1. O inquérito compreende o

conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação. 2. Ressalvadas as exceções previstas neste Código, a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de inquérito.

Art. 263: (Direcção do inquérito) 1. A direcção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal. 2. Para efeito do disposto no número anterior, os órgãos de polícia criminal actuam sob a directa orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional."

Como se constata, os órgãos de Polícia Judiciária são colocados sob a "directa orientação" do Ministério Público. Isso implica em que o Ministério Público, a exemplo dos sistemas Alemão e Italiano, mantenham contatos frequentes de orientação dos rumos da investigação a se destinar a cada caso concreto.

Note-se que os dispositivos legais citados utilizam em relação ao Ministério Público a denominação de "Diretor do Inquérito", ou "Diretor da investigação", o que não é demais e tampouco exagerado, já que, como se sabe e inclusive em nosso sistema, os "inquéritos" e/ou "investigações preliminares" são destinados exclusivamente a servir de convencimento do "Dominus Litis", bem como embasar o oferecimento de uma acusação.

Cite-se ainda o exemplo do Código de Processo Penal Francês, de 1958, que embute a característica de haver sido o modelo histórico primário na vinculação entre a Polícia e o Processo Penal, desde logo inclinando-se para a colocação do Ministério Público como o "Diretor" da fase de investigação criminal:

(5) "Mani Pulite": Os Procedimentos Penais por Corrupção na Itália. Giovanni Salvi - Procuratore presso la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma - Direzione Distrettuale Antimafia.

(6) Lei n. 43/86, de 26 de setembro - Autorização Legislativa em Matéria de Processo Penal: N. 45: Existência de um inquérito preliminar a cargo do Ministério Público, coadjuvado pelos órgãos de polícia criminal, com a finalidade de investigar a notícia do crime e de proceder às determinações inerentes à decisão de acusação ou não acusação, definindo-se, nestes termos, ser o inquérito bastante para a introdução do feito em juízo; tornando-se necessária a prática de actos que directamente se prendam com os direitos fundamentais das pessoas, tais actos deverão ser presididos, praticados ou autorizados pelo juiz, o qual terá para o efeito na sua disponibilidade os órgãos de polícia judiciária. N. 47: Colocação dos órgãos de polícia judiciária sob orientação e na dependência funcional do Ministério Público, e bem assim na do juiz, relativamente aos actos da sua competência.

Art. 12: “A Polícia Judiciária é exercida, sob a direção do Procurador da República, pelos funcionários e agentes designados no presente título.”⁷

Art. 41: “O Procurador da República procede ou faz proceder a todos os atos necessários à investigação e ao processamento das infrações da lei penal. Para esse fim, ele dirige a atividade dos oficiais e agentes da polícia Judiciária dentro das atribuições do seu tribunal”.⁸

Os processos são iniciados por atividade da Polícia que, nos casos de flagrante, comunica por telefone o Procurador imediatamente após o fato, o qual passa as instruções das diretrizes a serem seguidas no que diz respeito à colheita das provas. A Polícia então elabora a “enquête” ou “Procedure Preliminare”, equivalente a um inquérito, porém, sempre instruída por um representante do Ministério Público incumbido especialmente desta tarefa. A “enquête” deve ser completa e pormenorizada o mais que possível, repleta de laudos técnicos minuciosos. Terminada a “enquête” a Polícia envia-a ao Procurador que, através da “requisitoire Introductif” inicia o Processo. Passa então às mãos do Juiz de Instrução que realiza os atos da instrução probatória – em juízo.

O inquérito preliminar ou “enquête”, como chamado, apesar de inserido somente no bojo da sistemática introduzida pelo *Code de Procédure Pénale*, já

era utilizado na prática e nestes moldes, na vigência do antigo *Code d'Instruction Ciminelle*, como observa Rassat: “Ao se reconhecer a direção da Polícia Judiciária ao Procurador (Ministério Público), e, na medida em que também o juiz estava dependente do Ministério Público, dificilmente poderia resistir o Ministério Público a não fazer uso dos seus poderes de investigação que deveriam ser limitados ao flagrante delito”.⁹

Nos casos de flagrante de crimes de menor potencialidade ofensiva, cujos Procedimentos levam o nome de *Comparution immédiate*, a Polícia goza de autonomia de realizar a “enquête”, que contém a síntese do fato, qualificação, ficha de antecedentes e breve oitiva do agente bem como oitiva das testemunhas, demais diligências exigíveis ao caso; e encaminha, em menos de 24 horas o agente e a “enquête” ao Ministério Público que, após oitiva do agente, envia-a ao Poder Judiciário para julgamento, designado no prazo máximo de 2 (duas) semanas. Nestes casos, portanto, a Polícia goza de maior autonomia em relação à apuração dos fatos, já que praticamente inexistente investigação de maior complexidade a ser realizada.

Finalmente, para terminar a exemplificação, faço referência ao sistema Espanhol que, com o advento do “Procedimento Abreviado para determinados delitos” – LO n. 7/1988, introduziu algumas inovações no sentido de fortalecer a atuação da Promotoria de Justiça em plano de investigação criminal:

Art. 781: “O Ministério Público se constituirá nas atuações para o exercício das ações penais e civil conforme a lei. Velará pelo respeito das garantias processuais do imputado e pela proteção

⁽⁷⁾ Art. 12 – *Code de Procédure Pénale*: La police judiciaire est exercée, sous la direction du procureur de la République, par les officiers fonctionnaires et agents dédignés au présent titre.

⁽⁸⁾ Art. 41 – *Code de Procédure Pénale*: Le procureur de la République procède ou fait à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale. A cette fin, il dirige l'activité des officiers et agents de la police judiciaire dans le ressort de son tribunal.

⁽⁹⁾ Rassat, Michéle-Laure; “Le Ministère Public, entre son passé et son avenir”, 1967, p. 168 e segs.

dos direitos da vítima e dos prejudicados pelo delito.

Neste procedimento corresponde ao Ministério Público, de maneira especial, impulsionar e simplificar sua tramitação sem prejuízo do direito de defesa das partes e do caráter contraditório do mesmo, dando à polícia judicial instruções gerais ou particulares para o mais eficaz cumprimento de suas funções, intervindo nas atuações, aportando meios de prova de que possa dispor ou solicitando do Juiz a prática dos mesmos, assim como instar deste a adoção de medidas cautelares ou seu levantamento e a conclusão da investigação tão pronto quanto estime que estejam praticados os atos necessários para resolver o exercício da ação penal".¹⁰

É importante acentuar que à grande maioria dos crimes previstos no atual Código Penal Espanhol aplica-se este referido Procedimento.

Apesar de sensíveis as alterações para melhor, nesta reforma em que se

introduziu a LO n. 7/1988, a mudança em relação ao fortalecimento do Ministério Fiscal poderia ter sido muito mais efetiva para fortalecê-lo. Entretanto o CSPJ (Conselho Superior do Poder Judicial) foi muito crítico em relação às novas atribuições do Ministério Fiscal, e as restrições das mudanças acabaram sendo acolhidas pelo Governo que suprimiu dispositivos importantes.

Segundo o anteprojeto, o Ministério Público (Ministério Fiscal) dispunha de outros importantes poderes em plano de investigações, como por exemplo:

1. Outorgavam-lhe faculdades até este momento exclusivamente judiciais. P.e. podia adotar por si mesmo, ainda que com caráter de urgência, medidas cautelares, designar a pensão provisional que deviam abonar as companhias seguradoras, decretar o arquivo provisório das atuações quando não existir autor conhecido etc.

2. Se fazia das diligências preliminares uma fase não necessária, já que era possível a investigação da Promotoria desembocar na formulação direta de um "escrito de acusación" (art. 781.3c).

3. Se possibilitava a existência de duas investigações paralelas, a judicial e a da Promotoria, já que esta última cessaria quando o juiz tivesse iniciado a praticar diligências sobre os mesmos fatos e então as avocasse (art. 781.5).

Embora tenham ocorrido mudanças sensíveis, pela sistemática que entrou em vigor, no caso de o juiz iniciar uma investigação sobre os mesmos fatos, o Ministério Público deve interromper a sua investigação - art. 785.3, em aparente preferência da atuação do Juiz. Isto equivale a um ensaio de entregar, com muitas reservas, a "diretoria" da investigação da fase pré-processual ao Ministério Público.

(10) Art. 781 LECrim: "El Fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley. Veralá por el respecto de las garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito.

En este procedimiento corresponde al Ministerio Fiscal, de manera especial, impulsar simplificar su tramitación sin merma del derecho de defensa de las partes y del carácter contradictorio del mismo, dando a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, interviniendo en las actuaciones, aportando los medios de prueba de que pueda disponer o solicitando del Juez de Instrucción la práctica de los mismos, así como instar de éste la adopción de medidas cautelares o su levantamiento y la conclusión de la investigación tan pronto como estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver el ejercicio de la acción penal.

Ao que parece, a princípio o legislador pretendia entregar ao Ministério Público o domínio da investigação pré-processual, com o que, romperia de uma só vez com o sistema antigo de investigação realizada pelo Juiz instrutor. Entretanto, temeroso de mudança drástica, no final, decidiu-se por entregar apenas alguns aspectos, com característica de alteração apenas parcial da sistemática, mantendo, todavia, o maior poder de controle sobre essas investigações ainda nas mãos do Juiz Instrutor.

Interpretou-o bem Juan Antonio Xiol Ríos: “Ciertamente, era mucho más expresiva de este espíritu la “Exposición de motivos” del anteproyecto de esta Ley que se sometió al informe del Consejo General del Poder Judicial. En él se decía, entre otros extremos, que “sin alteración de los principios por los que se rige actualmente el proceso penal, se ofrecen al Ministerio Fiscal unos instrumentos de actuación que permitirán adquirir experiencia sobre la eficacia de su intervención en esta fase, para definir en definitiva y en marco de la futura reforma global del proceso penal el modelo de investigación preparatoria de juicio oral que se considere más adecuado”¹¹.

Há que se ter em conta, como visto, que a Espanha vive uma intensa fase de estudos e reformas processuais, e segue ainda a discussão no meio jurídico, com forte inclinação para concentrar nas mãos do Ministério Público a direção das investigações criminais, de forma a seguir e adotar integralmente os sistemas referidos da Alemanha, Itália e Portugal.

Assim, valendo-nos dos exemplos dos sistemas estrangeiros europeus em

evidente evolução, e ainda sem incluir o Norte-Americano; concluímos que não podemos ignorar que a justiça penal, para que realmente possa ser chamada de Justiça, requer a somatória de vários fatores, entre eles a celeridade, a qualidade, priorização e seletividade das provas, e isso parece ser inatingível sem a participação efetiva do Ministério Público desde o nascedouro da investigação criminal, ao menos em relação à apuração dos crimes mais graves. Deve incumbir ao Promotor de Justiça dizer quantas e quais provas devem ser obtidas, pois o Promotor de Justiça, “dominus litis”, é que saberá o que necessitará para apresentar uma denúncia e posteriormente um pedido, de condenação ou mesmo absolvição. É dizer: Deve incumbir ao Promotor de Justiça, eleger, numerar, selecionar, priorizar, desistir e até abdicar das provas, em favor de, consequência do convencimento pessoal, obter um Processo ajustado às necessidades que cada caso requeira.

Ora, se o que vemos ocorrer é a atuação apenas por parte da Polícia após a prática de um crime ou da chegada da “notitia criminis”, parece-me evidente que os Processos, na sua grande maioria, terão poucas chances de ser rápidos, objetivos e conclusivos.

Exemplifico o que foi dito fazendo uma analogia que parece cabível e aclaradora, guardadas as devidas proporções: Quando uma pessoa sofre um acidente qualquer (de automóvel p. ex.) a sua chance de melhor recuperação dependerá preponderantemente dos primeiros socorros que vier a receber, e tanto melhor quanto for atendido por uma pessoa de especialização técnica do problema, vale dizer, do médico. Transportando este raciocínio para o meio jurídico-penal; quando um crime ocorre, a chance de que melhor justiça seja feita dependerá preponderantemente do tra-

(11) Juan Antonio Xiol Ríos (Magistrado del Tribunal Supremo): *La reforma del Proceso Penal – II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*.

tamento inicial que se lhe destinar, ou seja, quanto antes se lhe destinar tratamento técnico-especializado, tanto melhores serão as chances de obtenção de um Processo claro e conclusivo. Em poucas palavras: Em ambos os casos, a melhor solução advirá com a aplicação conjunta de dois fatores que são diretamente proporcionais: O tempo e a especialização técnica. No caso do acidentado, quanto antes vier o atendimento médico-especializado, tanto maiores serão as chances de melhor recuperação, e vice-versa; no caso do crime, igualmente, quanto antes vier a atuação técnico-especializada, tanto maiores serão as chances de obtenção de um Processo claro, objetivo e conclusivo. Então, se no caso do acidente o atendimento técnico-especializado advirá de um médico (especialista, se possível), no caso do crime certamente o aten-

dimento técnico-especializado advirá de um Promotor de Justiça.

Embora o atual Código de Processo Penal Brasileiro careça de dispositivo expresse referente à “Direção” do Ministério Público no inquérito policial, a exemplo do que ocorre nas Legislações supra referidas; decorrência da própria finalidade jurídica das Instituições — Ministério Público/Polícia, esta condição implica, desde logo, em conclusão inafastável.

Finalmente, não é excessivo ressaltar que, a par da atividade de correlação da atividade Ministério Público — Polícia Judiciária, nada impede e, ao contrário, parece aconselhar, desenvolva o Ministério Público, concomitante e paralelamente, outras investigações criminais pertinentes a nível da própria Promotoria de Justiça.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE A BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

2. DOCTRINA NACIONAL

A DOCTRINA, A JURISPRUDÊNCIA E O ART. 327, DO CÓDIGO PENAL

ROBERTO WAGNER BATTOCHIO CASOLATO

SUMÁRIO: 1. O *caput* – 2. O § 1.º: a extensão da equiparação conceitual – 3. O § 2.º: só causa de aumento? Causa de aumento e equiparação? Se há, qual a equiparação? – 4. O alcance dos dispositivos: da definição do *caput* e da equiparação consagrada no § 1.º.

“Funcionário público

Art. 327 Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1.º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.

§ 2.º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo 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.”

1. O *caput*

O art. 327, na verdade, vem estudado pela maioria da doutrina antes mesmo do art. 312, iniciando-se pela norma definidora a análise do Capítulo I do Título XI da Parte Especial do CP, capítulo que contempla os crimes praticados por funcionários públicos contra a administração e que tem na referenciada norma a sua última disposição. Não cabe, aí, nenhum reparo, a nosso

ver. O rol dos delitos que vêm definidos nos arts. 312 a 325¹ – à exceção do crime de abandono de cargo público (art. 323) – se põe, no atinente à subjetividade ativa, sob a regência do dispositivo ora enfocado. Sujeito ativo de tais crimes (ressalvada, insista-se, a exceção do art. 323), a despeito de no tipo constar menção a “cargo” ou a “função”, é o agente conceituado no art. 327, do diploma penal. Tais delitos têm, no dizer de Magalhães Noronha, “como *pressuposto* o ser o agente ou sujeito ativo funcionário público”² daí derivan-

(1) Importa observar que o art. 326 foi revogado pelo art. 94, da Lei n. 8.666/93.

(2) *Direito Penal*, Saraiva, 1995, v. 4, p. 203. O autor cita Riccio, que se reporta à qualidade funcional como atributo do sujeito ativo para dizer que ela “constitui um elemento lógico e temporale antecedente alla condotta, il quale, riguardato da un punto di vista statico, va considerato come un presupposto” (idem, pp. 203-4). Como se percebe, a condição de ser funcionário público do agente, na visão do penalista ora considerado, precede, lógica e temporalmente, a realização da conduta do chamado *crime funcional*, bem aceitando ser situada como seu pressuposto. Voltaremos à questão mais adiante, observando, à luz da lição de Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior (*Dos Crimes contra a Administração Pública*, Malheiros, 1997),

do toda a importância de que se dê saber o que se deve considerar como tal.

Pois bem: a expressão “funcionário público” não é, decididamente, daquelas cuja conceituação venha despida de divergências. Na doutrina administrativa acham-se, de outra parte, termos que bem mereceriam o qualificativo de “paralelos”, como *servidores* e *agentes públicos*³. Assim, cabia ao legislador

que mais que a aludida (e existente, não se pode negar) relação de *estática precedência*, se estabelecerá entre a condição de ser funcionário sujeito ativo de crimes contra a administração e a conduta pelo agente desenvolvida uma prevalente relação de *dinâmica contemporaneidade*, já que se extrairá aquela (a condição de ser funcionário público *autor* de crimes funcionais) desta (da conduta tipificada enquanto caracterizadora de um crime funcional). Por outras palavras, será necessário examinar a conduta, caracterizá-la como uma conduta *funcional* para, aí sim, se poder afirmar que seu realizador atuou, penalmente, *enquanto* funcionário, *como* funcionário. Sim porque o só fato de o agente ser titular de cargo público, por exemplo, não faz de todas as suas condutas criminosas condutas de crimes funcionais.

- (3) Julio Mirabete, sobre o conceito em pauta (*Manual de Direito Penal*, Atlas, 1996, v. 3, pp. 288-9): “Em sentido mais amplo, na doutrina são ‘os servidores legalmente investidos nos *cargos públicos* da Administração Direta e sujeitos às normas do Estatuto da entidade estatal a que pertencem’ — *definição que o autor traz desde Hely Lopes Meirelles* —. São eles uma das espécies de servidores públicos, como os agente políticos, os agentes honoríficos e agentes delegados, reunidos sob a denominação genérica de *agentes públicos*. Agentes públicos são ‘todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitariamente, do exercício de alguma função estatal’ — *nova citação do pensamento de Meirelles* —. No dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, agente público é ‘toda pessoa física que presta serviço ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta’. No intuito de evitar divergências e controvérsias referentes ao conceito de

penal contornar tais controvérsias. Foi o que buscou fazer: para o Código, e no âmbito de aplicabilidade do art. 327, é funcionário público, como se depreende do *caput*, quem exerce cargo, emprego ou função pública, mesmo que transitoriamente, mesmo que sem remuneração.

A ênfase, assim, foi dada à atividade (função pública) que o agente exerce, não aos seus predicados *formais* de servidor público (legalizado titular de posto nos quadros do funcionalismo): *Não interessa que se trate ou não de um verdadeiro funcionário público, segundo o define o Direito Administrativo, uma vez que nossa lei considerou menos a condição de funcionário público do que o exercício da função pública*⁴.

funcionário público, além de resguardar mais efetivamente a Administração Pública, a lei dispõe: ‘Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública’ (art. 327). Com esse dispositivo, adotou-se a expressão no sentido mais amplo possível, correspondente ao conceito doutrinário de *agente público*”.

- (4) Ementa de acórdão do TACrimSP (Julgados 90/74-7), da lavra de Clineu Ferreira, sufragando entendimento que é mesmo caro aos nossos tribunais: “Aquele que desempenha funções ou atribuições de interesse público, recebendo e executando ordens emanadas de uma autoridade, para efeitos penais, deve ser considerado funcionário público, enquadrando-se na definição do art. 327 do CP. Tal conceituação decorre da tendência dos modernos códigos repressivos em ampliar a noção de servidor público, em vista de ser a noção de função pública mais ampla que a de funcionário estatal” (JTACrim 3/45, grifamos). “A caracterização de funcionário público, para efeitos penais, dispensa a investidura regular. Basta o exercício da função pública” (RT 550/356). Os dois últimos julgados foram extraídos da obra de Pagliaro e Paulo José (cit., p. 181).

Ora, numa estrita acepção, tem-se que funcionário público seria o titular de um cargo público. Este, *cargo público, é o criado por lei, com denominação própria, em número determinado de postos e cuja atividade é remunerada pelos cofres públicos.*⁵ Mas um tal conceito, de caráter administrativo, se entendeu por demais restrito, incompatibilizando-se com a destinação de tutela penal que o Código quis conferir à administração pública, preservando-a dos ataques que os próprios servidores podem cometer. Desse modo, houve o legislador penal por estender a definição de funcionário, de tal forma que não apenas os ocupantes de cargo público nela viessem inseridos, mas também os que servem em emprego público e mesmo os exercentes de função pública.⁶

(5) A Lei n. 8.112/90 (que dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, as autarquias e das fundações públicas federais), dá a saber, em seu art. 3º: *Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.* Na obra de Mirabete se tem que o cargo público é o “lugar instituído na organização do funcionalismo, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente” (p. 289).

(6) Noronha (ob. cit., p. 205) inicia seu estudo do tema por mencionar Nino Levi que, “com toda razão, chega a dizer que as definições de funcionário público são ‘tante quanti gli autori’... Avança, todavia, o mestre: “De modo geral, pode-se dizer que o conceito é tomado em sentido amplo ou restrito. Neste, funcionário é aquele que exerce um poder de império, autoridade ou discricionário, por pequeno que seja. Em sentido amplo, o conceito está jungido ao de *função pública*, isto é, à atividade exercida pelo Estado, para consecução de

Assim, *por emprego público se deve entender o vínculo trabalhista que o Estado estabelece com o indivíduo,*

seus fins. Agiu bem nosso Código, conceituando amplamente esse elemento do tipo” (idem, ibidem). Heleno Fragoso também elabora seu pensamento a partir da *noção de função pública*: “É realmente o exercício de função pública o que caracteriza o funcionário público perante o direito penal. *Função pública*, na lição de Maggiore, II, 111, ‘é toda atividade que realiza os fins próprios do Estado, mesmo quando exercida por pessoas estranhas à administração pública. A publicidade da função é, assim, avaliada *objetivamente*, fazendo-se abstração das pessoas que nela são investidas. O que conta não é a qualidade do sujeito, público ou privado, mas, a natureza da função. Se esta é tal que o sujeito forme ou concorra para que se forme a vontade do Estado para a obtenção de fins públicos, quem nela está investido se transforma em órgão da administração pública, e, somente por isso, torna-se funcionário público” (*Lições de Direito Penal*, Forense, 1986, Parte Especial, v. II, p. 385). Nélson Hungria é outro que assim desenvolve seu raciocínio: “O conceito de *funcionário público* deve ser, assim, ligado à noção de ‘função pública’. Este, o critério prevalente ou moderno. Consoante a lição de Gavazzi, o conceito de funcionário público já não deriva do de *autoridade*, mas do de *função pública*, e por função pública se deve entender *qualquer* atividade do Estado que vise diretamente à satisfação de uma necessidade ou conveniência pública. Adotando a noção extensiva, o nosso Código ainda lhe deu maior elástico, não exigindo, para caracterização de funcionário público, nem mesmo o exercício *profissional* ou *permanente* da função pública. Pode dizer-se, como corolário do art. 327, que não é propriamente a *qualidade de funcionário público* que caracteriza o *crime funcional*, mas o fato de que é praticado por quem se acha no exercício de função pública, seja esta permanente ou temporária, remunerada ou gratuita, exercida profissionalmente ou não, efetiva ou interinamente...” (*Comentários ao Código Penal*, Forense, 1959, v. IX, p. 400-401).

contratando-o para o desempenho de serviço temporário, sob um contrato em regime especial ou nos moldes da Consolidação das Leis de Trabalho. Servem em empregos públicos os diaristas, mensalistas, tarefeiros...

Já o conceito penalístico de *função pública*, nos termos do art. 327, deve ser o de uma atividade que o Estado comete a alguém, que a desempenhará no interesse plural da coletividade (interesse público e, então, do Estado), seja remunerada, ou não, seja permanente ou transitória.⁷

(7) Do Superior Tribunal de Justiça, em voto do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (RHC n. 3.900-0-SP, in RT 728/460-3), se recorre: "O Código Penal, como faz com domicílio (art. 150, § 4.º), estrada de ferro (art. 260, § 3.º) e outras hipóteses, emitiu conceito de funcionário público. Estatuiu no art. 327, *verbis*: 'Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública'. Cargo, repetem os administradores, é lugar e conjunto de atribuições confiadas pela Administração a uma pessoa física, que atua em nome do Estado. Emprego é o vínculo de alguém com o Estado, regido pelas leis trabalhistas. Função pública, por seu turno, atividade de órgão público que realiza fim de interesse do Estado. Nota-se, o conteúdo do art. 327 engloba todas as modalidades de atuação do Estado. A última categoria - função pública - nessa passagem, é gênero. Os dois casos anteriores, espécies. As funções são amplas. Abrangem todas as atividades do Estado. Pouco importa se legislativa, executiva, ou judiciária. Permanentes, temporárias, eventuais, é indiferente. Assim, o funcionário público, titular de cargo, exerce função. O servidor contratado por tempo certo também o é. O jurado e o presidente da mesa receptora de votos, não obstante a eventualidade, também exercitam função pública". Exemplo de exercente de função pública que não se exhibe permanente nem remunerada é mesmo o do *jurado*, sendo certo que o Código de Processo Penal, no art. 438,

Será útil distinguir, desde já, função de *múnus público*, em que a atividade cometida ao agente se desenvolverá em prol de um interesse privado, de um, ou de alguns poucos.⁸ Exercente de *múnus*

fixa: "Os jurados serão responsáveis criminalmente, nos mesmos termos em que o são os juízes de ofício, por concussão, corrupção ou prevaricação (Código Penal, arts. 316, 317, §§ 1.º e 2.º, e 319)".

(8) Exemplos de *múnus públicos*, em uma tal significação penalística, se acham arrolados no inciso II do § 1.º do art. 168 do Código, em que se alistam, na condição de agentes de apropriação indébita (e não peculato, justamente por *não* haver aí *função pública*) majorada os que receberam a coisa alheia móvel de que se irão apropriar "*na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial*". Veja-se: as atividades por tais pessoas desempenhadas, ainda que provenientes de um comando estatal, se realizarão em benefício de um interesse particular (de um ou de alguns: tutelado, curatelado, da massa, do espólio, do depositante e dos eventuais terceiros interessados). O acórdão citado em nota de rodapé anterior (STJ, RT 728/460-3) referia-se a *advogado remunerado por convênio público*, que veio compreendido como *realizador de um múnus público*, excluído, portanto, do âmbito de abrangência do art. 327 do Código: "O Defensor Público, ao contrário do advogado, exerce função pública. O advogado, designado para exercer a defesa de alguém, exerce *munus publicum* (Lei n. 8.906, 14.07.1994, art. 2.º, § 2.º). Assim, não exercendo função pública não é funcionário público para os efeitos penais". E, de fato, o aludido diploma da advocacia (Lei n. 8.906/94, Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB) dispõe: "Art. 2.º *O advogado é indispensável à administração da justiça. (...) § 2.º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público*". Mas, ao mesmo Min. Cernicchiaro incumbiu relatar outro feito (RHC 1.208-SP). Ali, por estabelecer a análise da atividade do perito judicial em confron-

público *não é* funcionário público, portanto, nos termos do artigo ora em estudo.⁹

E, predominante para a determinação do conceito oferecido pelo art. 327, a noção de função pública, como se desprende da passagem de Fragoso, admite mesmo ser situada como gênero: “Pode o exercício da função pública ser voluntário ou obrigatório; permanente ou eventual; gratuito ou remunerado, e sua natureza específica é irrelevante. Pode, assim, tratar-se do exercício de uma função pública, correspondente a cargo ou emprego público eletivo (membros do Poder Legislativo), de nomeação ou contratual, como também de

mera situação de fato. São funcionários públicos, no sentido da lei penal os funcionários de fato (irregularmente investidos), a menos que pratiquem usurpação de função pública”¹⁰.

to com a do advogado, desenvolveu o insigne penalista interessante raciocínio: “O processo desenvolve-se por atos. A instrução probatória inclui a perícia. O perito, por seu turno, ainda que indicado pelas partes, exerce função pública. O Estado tem interesse porque indispensável ao processo e integrante da prestação jurisdicional. Ao prestar o compromisso, ou ao fazer a perícia sob o compromisso de seu grau, desvincula-se da parte que o indicou. Investe-se de agente de função pública. Aliás, falsa perícia é crime contra a Administração da Justiça. Tal como o jurado, desempenha função pública. Em consequência, para os fins penais, o perito é funcionário público. (...) O perito judicial, para os fins realçados, não se confunde com o advogado. Este, ao contrário daquele, desempenha, no processo, através da *legitimatío ad postulandum*, atos de interesse privado, ou seja, de seu constituinte. O experto, por seu turno, é investido na função pública. O Estado confia-lhe a missão de trazer elementos úteis ao julgamento. Não no interesse da acusação ou da defesa. Mas no interesse de esclarecer o fato descrito na imputação” (RT 679/398-402, grifamos).

(9) Fragoso diz não serem funcionários públicos “aqueles que apenas exercem um *mínus público* (curadores e tutores dativos, inventariantes judiciais, etc.) em que prevalece um interesse privado” (ob. cit., p. 385).

(10) Ob. cit., p. 385-6. Mirabete (ob. cit., p. 289): “Como bem acentua Hungria: ‘Referindo-se à função pública *in genere*, o art. 327 abrange todas as órbitas de atividade do Estado: a de *legis executio* (atividade *rectória*, pela qual o Estado praticamente se realiza), a da *legis latio* (atividade *legislatória*, ou de normatização da ordem político-social) e a da *jurisdictio* (atividade judiciária, ou de apuração e declaração da vontade da lei nos casos concretos)”. O mesmo Mirabete, *elencando julgados pertinentes a cada um deles*, alista como sendo funcionários públicos para os efeitos do art. 327: o *Presidente da República*, o *prefeito municipal*, eleito ou nomeado, os *membros das casas legislativas*, inclusive o *vereador*, o *militar*, o *serventuário de Justiça* (oficial, escrivão, escrevente) de cartório não oficializado, ainda que não remunerado, o *perito judicial*, o *advogado encarregado da cobrança da dívida ativa municipal*, o *contador da Prefeitura Municipal*, o *guarda municipal*, o *inspetor de quarteirão*, o *guarda-noturno no exercício de função de policiamento*... Conclui, então, seu raciocínio: “Estende-se o conceito a todas as pessoas que exercem qualquer atividade com fins próprios do Estado, ainda que estranha à administração pública, com ou sem remuneração” (idem, *ibidem*). Na obra de Alberto Silva Franco e Outros (“Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, RT, 1997, v. 1, tomo II, p. 3.653 a 3.656) também se acham julgados sobre *estudante de direito em estágio junto à Defensoria Pública* e *leiloeiro judicial*, além do seguinte escólio sobre *titulares e auxiliares de tabelionatos e ofícios de registro*: “*Funcionário público – Serventuários de Justiça – Responsabilidade penal* – “*Funcionário público para efeitos penais* (CP, art. 327): *titulares e auxiliares de tabelionatos e ofícios de registro*: caracterização não afetada pelo art. 326 da Constituição. O art. 326 da Constituição – ao dispor que os serviços notariais

2. O § 1.º: a extensão da equiparação conceitual¹¹

O texto do parágrafo é claro: “equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal”. Nada obstante, a aplicabilidade do dispositivo tem ensejado intensa controvérsia, derivada da imprecisão de significado da expressão “entidade paraestatal”.

Parte da doutrina, refletindo uma posição que até estaria a merecer o tratamento de “tradicional” no pensamento penal brasileiro, tem o dispositivo como *alusivo exclusivamente às autarquias*. Hungria¹²: “Assim, em face do Código, funcionário público não é apenas o que serve à administração direta do Estado, senão também o empregado de entidades paraestatais (autarquias que gravitam na órbita da União, Estados-membros ou Municípios), não passando estas, em última análise, de desdobramentos ou descentralizações da administração pública ou estatal”¹³. Noronha assim também se posiciona: “Têm-se em vista, aqui, órgãos descentralizados da administração pública, dotados de personalidade jurídica toda própria: refere-se a lei às

autarquias”¹⁴. Damásio, de sua parte: “Seguimos a orientação restritiva”¹⁵. A norma do art. 327 é de extensão, conceituando a elementar ‘funcionário público’ contida em várias incriminações. Por isso é também norma penal incriminadora. Sua interpretação deve ser restritiva, não podendo ser alargada”¹⁶.

Mirabete tem outra visão, uma visão que, pelo esmero de sua exposição, nos permitimos transcrever: “As *entidades paraestatais*, não se confundem com as autarquias, órgãos do próprio Estado e que realizam atividades públicas típicas. Aquelas, paralelas ao Estado, são ‘pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei, com patrimônio público ou misto, para realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado’. Dividem-se elas em *empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas pelo*

e de registro serão exercidos em caráter privativo, por delegação do Poder Público – não lhes afetou, mas antes lhes confirmou a publicidade da natureza, da qual resulta a consideração de seu pessoal como funcionários públicos, para efeitos penais, ainda que não para outros efeitos. (STF – 1ª T. – RE – Rel. Sepúlveda Pertence – j. 11.02.1992 – RDA 188/75)”.

(11) O atual § 1.º era, primitivamente, o parágrafo único do dispositivo. Foi a Lei n. 6.799/80 que, para acrescentar o atual § 2.º, operou tal modificação.

(12) Cujos ensinamentos se deram em momento precedente da Lei n. 6.799 (de 1980), nunca é demais lembrar.

(13) Ob. cit., p. 403.

(14) Ob. cit., p. 206. Segue-se, na lição do grande penalista brasileiro, que “*Autarquia* significa direção própria, *administração de si mesmo*. Referindo-se a ela, escreve Oscar Saraiva que ‘estes organismos são, por isso, verdadeiras emanações do Estado e representação sua num determinado setor da atividade. Buscando na biologia imagem para ilustrar este processo criador, poderíamos dizer que tal criação se assemelha à reprodução da célula por cissiparidade, em que da célula matriz se destacam células menores, que passam a ter vida independente. Do Estado, célula *mater* da administração, destacam-se essas microadministrações, que passam a ter vida própria...’” (idem, p. 207).

(15) Que o próprio autor se incumbiu de caracterizar: “para essa posição, a *equiparação só alcança as autarquias* (pessoas jurídicas que realizam atividades públicas típicas), não se aplicando às sociedades de economia mista ou aquelas em que o poder público figura como acionista majoritário” (ob. cit., p. 102, grifamos).

(16) Ob. cit., p. 102.

Poder Público e serviços autônomos. As duas primeiras, juntamente com as autarquias, compõem a Administração Indireta da União, e, os dois últimos, fora dessa Administração, constituem os entes de cooperação. Embora a interpretação literal do § 1.º do art. 327 não deixe dúvidas quanto à inclusão no conceito de funcionário público, para os efeitos penais, das pessoas que exercem cargo, emprego ou função pública nessas entidades paraestatais, há na doutrina séria resistência em abrangê-las na definição. Fragoso afirma que, realizando essas entidades serviços industriais ou comerciais que não constituem fins próprios do Estado e que não configuram função pública para os efeitos da lei, a ampliação é inadmissível. Ana Maria Babette Bajer Fernandes, afirmando que na elaboração do Código Penal não se previa o desenvolvimento 'desenfreado' da estrutura burocrática do Estado, repele a solução normal da interpretação progressiva, recomendando que se restrinja o conceito. Na jurisprudência, embora pacífica a admissão de funcionários autárquicos no conceito (RT 555/393, 564/356¹⁷; RF 176/334, 232/389; JTACrSP 67/381), alguns tribunais não têm admitido essa qualidade nos funcionários de sociedades de economia mista, como o Banco do Brasil S/A, por exemplo, entendendo não serem elas entidades paraestatais (RT 376/113, 472/388, 513/451, 591/330-331; RF 159/344, 267/328).

Recentíssimas decisões do Superior Tribunal Federal, porém, confirmam que 'o empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista está equiparado, para os efeitos penais, ao funcionário público' (RECr. 96.358-8-RJ, DJU de 28.08.1982, p. 7.874¹⁸; RTJ 101/869 e 413; RT 566/406). Assim tem-se decidido em outras ocasiões no STF (RTJ 56/766, 46/27; RT 589/418), no TFR (RF 182/308)¹⁹, no TJSP (RT 613/318)²⁰, no TACrSP (JTACrSP 69/

(18) "O empregado de empresa pública está equiparado, para os efeitos penais, aos funcionários públicos" (STF, RE, rel. Min. Alfredo Buzaid - DJU 20.08.1982, p. 7.874). Há, ainda, outros decisórios da Suprema Corte, elencados na obra de Silva Franco e Outros (cit., p. 3.658): "*Penal - O empregado de empresa pública está equiparado, para os efeitos penais, ao funcionário público* - A Companhia Brasileira de Alimentos - COBAL - é empresa pública, cujo capital foi constituído exclusivamente pela União. Comete peculato e não apropriação indébita o empregado de empresa pública, que pratica o crime previsto no art. 312 do CP" (STF, RE, rel. Min. Alfredo Buzaid, RTJ 103/413); "*Peculato - Empregado de empresa pública* - Apropriação de dinheiro pertencente à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, praticada por empregado da mencionada entidade no exercício de suas funções. Crime de peculato e não de apropriação indébita. Aplicação dos arts. 312 e 327 do CP" (STF, RE, rel. Min. Soares Muñoz, RTJ 103/869).

(19) "A norma penal em branco do art. 327 do CP equipara a funcionário público qualquer servidor de entidade paraestatal, seja ela empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público" (TFR, rel. Carlos Thibau, RTFR 117/239).

(20) "*Peculato - Crime atribuído a gerente de Caixa Econômica estadual - Função pública por ele exercida - Admissibilidade - Condenação confirmada - Inteligência e aplicação dos arts. 312 e 327 do CP de 1940* - Para efeitos penais, o art. 327

(17) De fato, sem que se descure da conceitualização administrativa que *distingue* as autarquias das entidades paraestatais, assume ares de *incontroversa* a inclusão do funcionário de *autarquia* no conceito de funcionário público emanado do § 1.º do art. 327: "O empregado de autarquia é funcionário público enquanto sujeito ativo do crime, mas não se lhe estende essa qualidade quando sujeito passivo da infração" (TACrimSP, rel. Juiz Penteado de Moraes, RT 564/356).

287) e no TJDF (RF 22/267). Não há que se negar que, em se tratando de entidade paraestatal de qualquer espécie, a equiparação é indiscutível. Não é só a interpretação literal da expressão 'entidade paraestatal' que leva a esta conclusão. A Lei n. 6.799, de 23.06.1980, que reenumerou o antigo parágrafo único para § 1.º e acrescentou o § 2.º, dissipa qualquer dúvida ao dispor: 'A pena será aumentada de terça parte quando os autores dos crimes previstos nestes capítulos 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 função instituída pelo poder público'. Adotou o legislador, portanto, o sentido jurídico próprio da expressão *entidade paraestatal* na conceituação de funcionário público para os efeitos penais, abrangendo todos os que exercem cargo, emprego ou função nessas entidades (diretores ou empregados), embora o aumento de pena previsto no dispositivo somente se aplique aos ocupantes dos cargos especificados na lei. Não se pode concluir que a equiparação se refere apenas aos dirigentes; já no § 1.º, referindo-se a lei à entidade paraestatal, abrange todas as entidades citadas, o que fica confirmado no § 2.º. Embora possam não ter elas fins próprios do Estado, são constituídas, ao menos em parte, com patrimônio público, visam à realização de vários fins de interesse coletivo, e se submetem às normas e controle do Estado,

do CP de 1940 considera funcionário público também aquele que exerce emprego público, como o contratado, o diarista etc., ou de qualquer modo exerce função pública. O conceito advém, portanto, desta, dando-lhe a legislação penal maior extensão que a do Direito Administrativo" (TJSP, rel. Des. Dirceu de Mello, RT 613/318).

justificando-se a maior proteção que a lei vai-lhes emprestando²¹.

Rui Stoco também vê a expressão "entidades paraestatais" com plena significação: "Em síntese, para efeitos penais, consideram-se funcionários públicos, independentemente da forma de admissão, regime jurídico ou remuneração (ainda que não haja remuneração por parte da Administração direta ou indireta), as pessoas físicas que exerçam cargos ou funções, em caráter permanente ou transitório, na Administração Direta, Indireta (autarquias, entidades paraestatais - de que são espécies a empresa pública, sociedade de economia mista e serviços sociais autônomos) e fundacional da União, Estados e Municípios"²².

De grande valia será considerar, ainda, o pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "Como ensina Cretella Júnior (1980:140), *paraestatal* ou *parestatal*, 'é vocábulo híbrido formado de dois

(21) Ob. cit., p. 290-291. O autor alinha mais um seu argumento: "O Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, aprovado pelo Decreto n. 1.171, de 22.06.1994, prevê a criação de comissões de ética em órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta, autárquica e fundacional, ou qualquer órgão ou entidade que exerça atribuições delegadas pelo poder público. Para fins de apuração de comprometimento ético, entende-se por servidor público todo aquele que, por força de lei, contrato ou qualquer ato jurídico, preste serviços de natureza permanente, temporária ou excepcional, ainda que sem retribuição financeira, desde que ligado direta ou indiretamente a qualquer órgão do poder estatal, como as autarquias, as fundações públicas, as entidades paraestatais, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, ou em qualquer setor onde prevaleça o interesse do Estado" (idem, p. 291).

(22) "Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial", cit., v. 1, tomo II, p. 3.658.

elementos, a saber, a partícula grega *pará*, que significa 'ao lado de', 'lado a lado', e *estatal*, adjetivo fornado sobre o nome latino *status*, que tem o sentido de Estado. À letra, paraestatal é algo que não se confunde com o Estado, porque caminha lado a lado, paralelamente ao Estado'. Conforme demonstrado por Celso Antonio Bandeira de Mello (1968:350), o termo foi empregado, pela primeira vez, no direito italiano, em um decreto-lei de 1924, para indicar a existência de certos entes paraestatais, ao lado das autarquias; para alguns autores, o que se quis abranger, sob essa designação, seria um *tertium genus* intermediário entre as pessoas públicas e privadas; por outras palavras, seria um pessoa semi-pública e semi-privada. No entanto, posteriormente, o mesmo vocábulo foi utilizado, em outras leis italianas, para fazer referência a autarquias de base fundacional. O termo passou para o direito brasileiro com a mesma imprecisão conceitual, havendo diferentes correntes de pensamento a respeito de seu significado: 1. para Cretella Júnior (1980:140-141), baseado na lição de Miguel Reale, 'paraestatais são as *autarquias* que conservam fortes laços de dependência burocrática, possuindo, em regra, cargos criados e providos como os das demais repartições do Estado, âmbito de ação coincidente com o do território do Estado e participando amplamente do *jus imperii*'; 2. segundo Themístocles Brandão Cavalcanti, o vocábulo designa os entes autárquicos que têm menores laços de subordinação com o Estado (*apud* Cretella Júnior, 1980:141); 3. para Hely Lopes Meirelles (1996:320) '*entidades paraestatais* são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei específica, com patrimônio público ou misto, para realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado'; são o meio termo

entre o público e o privado; compreendem as *empresas públicas*, as *sociedades de economia mista*, as *fundações instituídas pelo Poder Público* e os *serviços sociais autônomos*; 4. para Celso Antonio Bandeira de Mello (1968:353), a expressão abrange pessoas privadas que *colaboram* com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e à qual o Poder Público dispensa especial proteção, colocando a serviço delas manifestações de seu poder de império, como o tributário, por exemplo. Não abrange as sociedades de economia mista e empresas públicas; trata-se de pessoas privadas que exercem função típica (embora não exclusiva do Estado), como as de amparo aos hipo-suficientes, de assistência social, de formação profissional (SESI, SESC, SENAI). O desempenho das atividades protetórias (próprias do Estado de polícia) por entidades que *colaboram* com o Estado, faz com que as mesmas se coloquem próximas do Estado, paralelas a ele".

A eminente administrativista, então, se posiciona: "Na realidade, o vocábulo não deveria ser utilizado na legislação, a não ser que fosse por ela definido. No entanto, encontra-se, por vezes, a menção a entidades paraestatais em dispositivos legais; cite-se, a título de exemplo, o art. 327, parágrafo único²³, do CP, que equipara a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal; o sentido óbvio é o de alcançar as pessoas que exercem *função pública*, mesmo que o façam em entidades *paralelas* ao Estado; quer-nos parecer que tal dispositivo abrange as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais. Da mesma forma, o Código Judiciário do Estado de São Paulo (Decreto-lei Complementar n. 3, de 27.08.1969) que, no art. 36, confere

(23) Hoje, § 1.º, como se viu.

juízo privativo às *entidades paraestatais*, parecendo-nos ter a mesma abrangência já assinalada e que é aquela com que a expressão se vulgarizou no direito brasileiro. Não a empregaremos mais nesta obra, por entendermos que não tem sentido jurídico preciso²⁴.

Pois bem, temos que o acerto está com esta última posição. Não se trata, pensamos, de “alargar” a significação de “entidade paraestatal”, mas de *dar à expressão o seu efetivo significado*. Um significado que hoje decorre da letra da lei.

Isso mesmo: *a lei que vige definiu sim o que se deve entender por elas, entidades paraestatais*. O art. 84, da Lei n. 8.666/93, dispositivo de patente similitude com o art. 327, do CP, estabeleceu, no *caput*, que: “Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público”. No § 1.º, de evidente paralelismo com o estudado § 1.º do art. 327, o legislador fez certo que: “Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, *assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público*”²⁵.

Diferenciando-se de seu modelo (o art. 327), o legislador de 1993, ao elaborar o preceito equiparador no § 1.º do art. 84, foi além, dando saber, com positividade, *quais entidades se devem considerar paraestatais*: “além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público”. Para nós, o § 1.º do art. 84, da Lei n. 8.666 pode ser tomado

como uma resposta do legislador à oscilação doutrinária e à conseqüente incerteza pretoriana.

Assim, e escorada na jurisprudência dos últimos tempos referida por Mirabete, nossa posição é a de que a expressão “entidade paraestatal” do § 1.º abrange: as autarquias (abstraida a discussão de cunho administrativo sobre a sua natureza), no que o pensamento dos autores e das cortes jamais divergiu, as *empresas públicas*, as *sociedades de economia mista*, as *fundações instituídas pelo Poder Público*²⁶.

Cabe, todavia, uma ressalva, notadamente em razão das sociedades de economia mista: quando a entidade ostentar uma face privada, será o agente de ser considerado funcionário público para se ver enquadrado nos tipos do estudado Capítulo I quando, ao delinquir, estiver atuando em setor que desempenhe função pública (serviço público, atividade pública), ou, se delinquir para atingir um tal setor. Se a atuação revestir um ataque que se resolva em âmbito exclusivamente particular a incriminação deverá vir em outros dispositivos que não os do Título XI do Código.

Nesse sentido, merece transcrição a lapidar lição de Pagliaro e Paulo José: “Os crimes funcionais são compreendidos na mais ampla categoria de ‘crimes próprios’, que são aqueles delitos que podem ser praticados, no que se refere

(26) Ainda: *dado o afirmado e reafirmado caráter de priorização da função pública de que se valeu o legislador do Código*, pensamos que até mesmo os *entes de cooperação*, sob controle do Estado (os *serviços sociais autônomos* de que cuida Meirelles), poderiam admitir caracterização enquanto entidades paraestatais. Mas, impõe-se-nos registrar, doutrina e jurisprudência, como se viu, não chegam a tanto.

(24) “Direito Administrativo”, cit., p. 307-309.

(25) Grifamos.

aos autores, somente por aqueles indivíduos dotados de particular qualificação. (...) Os delitos funcionais dispõem, entretanto, entre os crimes próprios, de uma característica de todo particular. Neles, a qualificação subjetiva não precede o fato, mas deriva do sujeito por uma atividade que ele exercita no momento do fato. (...) Em outras palavras: o *prius* lógico dos crimes funcionais é que o sujeito, na situação concreta, esteja exercitando uma função pública. Deste dado de fato (e não da qualidade de funcionário público honorário, etc.) deriva a qualificação de funcionário público necessária à configuração dos crimes. Logo, os delitos funcionais podem ser classificados como “delito próprios com estrutura inversa”, no sentido de que é necessário indagar sobre o fato antes de concluir que a qualificação subjetiva de funcionário público subsista realmente. Mesmo diante de uma vinculação constante com a administração pública, e até com relação àqueles funcionários públicos considerados “sempre em serviço”, poderá suceder que uma conduta concreta não tenha qualquer relação com o exercício da função pública. Em tais casos, a qualificação de funcionários públicos não poderá fundamentar nem agravar o crime”²⁷.

Com efeito, se na maioria dos crimes próprios as condições pessoais (qualidades que no tipo identificam o sujeito ativo) são autônomas em relação ao fato praticado, nos crimes funcionais a condição de funcionário público virá caracterizada à medida em que a conduta for uma conduta de função pública, como vimos. Por isso que o só fato de ser funcionário de sociedade de economia mista não fará do apropriador indébito um peculatório. Não sempre, pelo menos. Haverá de haver uma apropriação

que se relacione ao exercício, naquela entidade paraestatal, de uma atividade (função) pública pelo agente. Bem por isso citamos, uma outra vez, a anotação de Nélson Hungria: “Pode dizer-se, como corolário do art. 327, que não é propriamente a *qualidade de funcionário público* que caracteriza o *crime funcional*, mas o fato de que é praticado por quem *se acha no exercício* de função pública, seja esta permanente ou temporária, remunerada ou gratuita, exercida profissionalmente ou não, efetiva ou interinamente...”²⁸.

3. O § 2.º: só causa de aumento? Causa de aumento e equiparação? Se há, qual a equiparação?²⁹

Duas coisas são certas neste segundo parágrafo.

Primeira: ele se reporta aos *funcionários enquanto autores dos crimes previstos no Capítulo I* (do peculato, art. 312, até a violação de sigilo funcional, art. 325).

Segunda: *os funcionários nele designados – 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* – sofrerão majoração de terça parte da pena quando vierem condenados pela prática de um de tais delitos. Com isso o dispositivo abriga uma causa de exasperação (aumento especial de pena em padrão fixo: um terço).

Bem assim, é inteiramente cabível a destacada (e reiterada) referência a este § 2.º que boa parte da doutrina realiza quando da abordagem do sujeito ativo

(28) Ob. cit., p. 401, grifamos.

(29) O § 2.º veio acrescido ao art. 327 pela Lei n. 6.799, de 23.06.1980, relembre-se.

(27) Ob. cit., pp. 30 e 31.

no estudo de *cada um dos delitos do capítulo*. Por isso, seja um dirigente o peculatório, o corrupto, o prevaricador, etc. e sua sanção virá majorada.

Pois bem: para nós não há mais na disposição legal. *Ela encerra uma causa especial de aumento de pena (majorante), nada além*. Majoração relacionada ao elevado posto que o funcionário delinqüente ocupa quando do crime. Tais agentes, desfrutando de posição privilegiada na estrutura da instituição a que pertencem, deterão maiores poderes de atuação, gozarão de maior prestígio e influência sobre os demais, sofrerão menor vigilância. Ora, porque sua responsabilidade é mais grave que a dos subordinados, porque sua posição poderá lhe facilitar o crime, a pena de um tal sujeito ativo vem exasperada, no que se mostra o legislador perfeitamente razoável.

Mas uma grande parte da doutrina – para quem o § 1.º somente se refere aos funcionários de autarquias – vê também neste § 2.º a norma que equipara a funcionário público, *para os efeitos penais do artigo*, alguns (*somente aqueles mencionados no dispositivo*) funcionários de sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações instituídas pelo poder público.

Fragoso: “O § 2.º do art. 327 (introduzido pela Lei n. 6.799, de 23.06.1980), altamente defeituoso, realiza equiparação implícita a funcionário público de ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento em sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. A equiparação é limitada, pois somente se refere aos crimes do primeiro capítulo do título XI (crimes praticados por funcionário contra a administração em geral) e só se aplica nos casos em que o funcionário é *autor* do crime. Por outro lado, a equiparação só abrange os ocupantes de

cargos em comissão, de função de direção ou de assessoramento. Assim sendo, quem ofender um diretor de empresa pública, no exercício do cargo, pratica apenas um crime contra a honra comum, e não desacato. Os funcionários de sociedades de economia mista, de empresa pública ou de fundação instituída pelo poder público, que não ocupem cargo em comissão, nem exerçam função de direção ou de assessoramento, *não são funcionários públicos para os efeitos da lei penal*”³⁰. Damásio: “somente são funcionários públicos, sofrendo a causa de aumento de pena dos crimes previstos no Capítulo I, as pessoas expressamente mencionadas, as que ocupam cargos em comissão ou exercem função de direção ou assessoramento nas entidades indicadas. Os outros, por exemplo, os que não exercem função de direção etc., não são funcionários públicos”³¹. Pagliaro e Paulo José: “A equiparação e a causa de aumento deverão ser restringidas às pessoas mencionadas pela lei. Os demais funcionários da sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público não podem ser considerados funcionários perante a lei penal”³².

(30) Ob. cit., p. 387. Como se percebe, também para Fragozo o § 1.º só se aplica aos funcionários de autarquias. Assim, entende o mestre que a equiparação que atinge os funcionários de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais somente veio estabelecida neste § 2.º e de modo restrito, atingindo apenas estes agentes de maior proeminência na estrutura das instituições. Diz ele, sintetizando: “A tendência para ampliar o círculo dos funcionários públicos para os efeitos penais é imprópria” (idem, ibidem).

(31) Ob. cit., p. 103 (grifamos), em que conclui o autor: “Essa é a posição que entendemos correta”.

(32) Ob. cit., p. 29.

Pensamos, todavia, que o § 2.º, longe de promover qualquer equiparação, justamente reforça a idéia de que é no § 1.º que se acha a ampla equiparação de todos os funcionários das entidades paraestatais aos funcionários públicos para os efeitos do art. 327. É que o mencionado § 2.º, vindo para aumentar a pena de alguns, dá a entrever que, silenciando quanto aos demais, a (existente, portanto) sanção destes remanecerá sem o cogitado aumento.

Em lapidar acórdão do TACrimSP³³ o sempre profícuo Corrêa de Moraes proporciona uma apurada visão da questão. Merece transcrição o primoroso trabalho de Sua Excelência: “*Não oferece dúvida que se equipara a funcionário, para os efeitos penais, quem tenha vínculo empregatício com entidade paraestatal (gênero de que a sociedade-vítima é espécie, por ser de economia mista). A equiparação, formulada em termos expressivamente genéricos, não leva em conta o estrato hierárquico do cargo ocupado nem o nível de importância da função exercida. Tivesse em mente restringir a equiparação aos ‘ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento’, o legislador (Lei n. 6.799, de 23.07.1980) simplesmente teria substituído o parágrafo preexistente pelo atual § 2.º, que traz implícita a equalização. Por outras palavras, fosse também para reduzir o âmbito da equiparação, — e não apenas para cominar punição mais severa a agentes mais categorizados —, razão não havia para a manutenção do atual parágrafo primeiro. Tão apodíctica é a impossibilidade de aplicação extensiva da causa especial de aumento de pena (§ 2.º), quanto é evidente que o acréscimo legislativo não havia de estar destinado*

a ‘esvaziar’ o parágrafo mantido. De modo que segue equiparado a funcionário público, para os efeitos penais, quem ocupe qualquer cargo, tenha qualquer tipo de emprego, exerça qualquer função em entidade que se inclua na categoria de paraestatal (v.g., a sociedade de economia mista), conquanto diverso o tratamento punitivo relativamente à posição hierárquica do agente. Insista-se: objetivasse a adição do § 2.º não apenas punir com maior severidade agentes mais categorizados, mas, também, a eles reduzir o âmbito da equiparação, não se justificaria a manutenção do atual § 1.º”. Percebase, por outro lado, como o eminente magistrado paulista também lê o § 1.º como abrangente de outras entidades paraestatais, além das autarquias. Para nós, o julgado é uma lição a seguir.

Também vale registrar ter o Ministro Soares Muñoz declarado que o § 2.º veio “explicitando quais sejam as entidades paraestatais a que se refere o § 1.º”³⁴.

4. O alcance dos dispositivos: da definição do *caput* e da equiparação consagrada no § 1.º

Outra questão que pende, objeto da controvérsia doutrinária, é a que respeita ao alcance das disposições abrigadas no dispositivo ora estudado. Por um lado, cabe considerar a situação topográfica do artigo. Quis o legislador

(34) RTJ 103, em voto encartado nas p. 872 e 873, onde se lê, inclusive: “Poderá, quiçá, objetar-se que o mencionado § 2.º foi acrescentado ao art. 327 pela Lei n. 6.799, de 23.06.1980, sendo assim posterior ao fato *sub judice*. A objeção, entretanto, não procede, porque o argumento extraído do aludido parágrafo é de mero reforço, harmônico que se acha o texto do novo dispositivo com o *caput* do artigo, o qual apenas completa e explicita”.

(33) Apelação n. 588.839/6, julgado de 27.09.1990.

instalá-lo no Capítulo I, que cuida dos crimes cometidos por funcionário público em detrimento da administração. Nessa conformidade, ter-se-ia que a definição só alcança os funcionários enquanto sujeitos ativos dos delitos. De fato, a disposição poderia ter vindo na Parte Geral do Código, ou, ao menos, em um capítulo que dispusesse genericamente sobre a criminalidade contra a administração³⁵. Mas, não.

Por outro lado, há a dicção da norma em si considerada. Por ela, a disposição teria abrangência, inexistindo ali qualquer delimitação tópica para o conceito que se anuncia: “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem...”.

Pois bem: com relação à norma do “caput” o pensamento dominante é o de que tal disposição tem alcance não restrito ao estudado Capítulo I do Título XI, apresentando-se como autêntica regra de caráter geral, “aplicável a todo o Código Penal e à legislação penal extravagante”, como aponta Celso Delmanto³⁶.

Mas em função da equiparação estabelecida no § 1.º — cujo conteúdo, como vimos, não se exhibe satisfatoriamente definido... — estabeleceu-se controvérsia, havendo os que afirmam que aqueles exercentes de cargo, emprego ou função em entidade paraestatal — uma vez que se determine o que se deve entender por ela... — também se apresentarão como funcionários públicos quando o delito os tiver como vítimas.

Pois bem, Fragoso assim se posiciona: “A definição de funcionário público estabelecida no Código Penal, embora situada no capítulo relativo aos crimes praticados por funcionários contra a administração em geral, aplica-se não só ao título XI inteiro, como também a todas as demais disposições contidas no Código Penal e em leis extravagantes”. O mestre fluminense prossegue, sustentando a aplicabilidade do conceito estabelecido no art. 327 (*caput* e § 1.º) inclusive para as situações em que o funcionário vier como *ofendido*: “Diante de nossa lei, portanto, parece-nos não haver dúvida de que pratica corrupção ativa quem oferece vantagem indevida a um presidente de autarquia, nos termos do art. 333, sendo ele, pois, sujeito passivo secundário. O legislador poderia dispor diversamente, mas sem dúvida não o fez, e o intérprete não poderá distinguir onde a lei não distingue”³⁷.

Pagliari e Paulo José: “A definição de funcionário público, embora localizada no final do capítulo dedicado aos crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral, é válida para todas as disposições contidas no Código e em leis extravagantes. Esta definição de funcionário público, apesar de colocada no final do capítulo dedicado aos funcionários públicos, é válida para os casos em que uma disposição do Código Penal ou de uma lei especial faça referência a um funcionário público. Isto resulta da expressão ‘para fins penais’, a qual significa que, sempre que a lei penal se referir ao funcionário público, os critérios para determinar aqueles que devem reentrar nessa categoria são extraídos do art. 327. Corolário disto é que a definição vincula o intérprete não só quando o funcionário público é o sujeito ativo do

(35) Algo como, por exemplo, o Capítulo IV do Título VI do Código (arts. 223 a 226), onde se encartam disposições pertinentes aos antecedentes crimes contra os costumes, ou o Capítulo VIII do Título II (arts. 181 a 183), em que se encontram as imunidades para os delitos patrimoniais.

(36) Ob. cit., p. 493.

(37) Ob. cit., p. 384 e 386.

crime, mas também quando é ele o ofendido, como no delito de desacato³⁸.

Hungria, entretanto, tem outra visão, e doutrina, aludindo àquele que era o parágrafo único do artigo (hoje, § 1.º): “Cumprе, porém, notar que a equiparação é tão-somente para os efeitos penais concernentes aos crimes em que o funcionário é *sujeito ativo* (isto é, somente em relação aos crimes chamados *funcionais*). Se assim não fosse, o art. 327 teria de figurar como disposição geral do Título XI, e não apenas do respectivo cap. I”³⁹.

Noronha, referindo-se ao § 1.º e se reportando ao abono de Hungria para a posição: “Necessário, entretanto, é observar que essa equiparação é feita exclusivamente tendo em vista os efeitos penais, quando aqueles empregados forem *sujeitos ativos do crime*. Dessarte, se alguém, v.g., ofender um empregado de entidade paraestatal, no exercício da função, não comete o delito de desacato”⁴⁰.

Mirabete: “Na esteira de Hungria, tem-se afirmado que a equiparação a

funcionário público daqueles que exercem cargo, emprego ou função em entidade paraestatal tem em vista os efeitos penais apenas com relação ao *sujeito ativo* do crime (RT 483/312). ‘Se assim não fosse – afirma o mestre – o art. 327 teria de figurar como disposição geral do Título XI, e não apenas do respectivo Capítulo I.’ Na jurisprudência não se tem considerado como funcionário público, na qualidade de sujeito passivo do crime, os empregados de empresa de economia mista (RT 378/181, 409/70, 606/449; RTJ 118/328; JSTJ 8/244; RJTJESP 76/299). Não há que se fazer tal distinção. Embora o art. 327 do CP esteja no capítulo dos crimes praticados por funcionários públicos, o conceito aí definido, como é pacífico na jurisprudência, estende-se não só a toda parte especial como às leis penais extravagantes, tendo a característica de *regra geral* como a chama o art. 12 do CP. O fato de ter sido incluída na parte especial não lhe retira essa qualidade. Ademais, referindo-se a lei genericamente a ‘efeitos penais’, não há porque se excluir do conceito de *sujeito passivo* do crime aqueles que a lei equipara ao funcionário público como agentes do delito (RT 655/328), máxime quando se admite como vítima de crime praticados contra funcionários públicos, aqueles que não são no sentido estrito, como os vereadores (RT 551/351-4), e mesmo os particulares quando exercem função pública (RT 617/301), como os peritos judiciais (RTJ 100/135; RT 556/397) e guardas-noturnos (RT 374/164; JTACrSP 29/327-8)”⁴¹.

Para nós a razão, no ponto em estudo, está com Hungria e Noronha. O dispositivo instalado no § 1.º deve ser tomado como alusivo aos funcionários

(38) Ob. cit., p. 22.

(39) Ob. cit., p. 404. *Damásio* (ob. cit., p. 102) é outro que se escora na questão topográfica para sustentar sua inclinação pelo entendimento *restritivo*, ou, aquele no sentido de que a equiparação do § 1.º (que para ele somente alude aos funcionários das autarquias) incide apenas sobre a figura do *sujeito ativo* dos crimes.

(40) Ob. cit., p. 208. O mesmo Noronha, ao cuidar do *caput* do art. 327, e antes, portanto, de lecionar sobre o § 1.º: “o citado artigo, ao lado de outros, como os arts. 140, § 1.º; o 142; o 181 etc., podia, sem qualquer inconveniente, figurar na *Parte Geral*. Tal significa que o conceito de funcionário público que o legislador enunciou nesse artigo aplica-se a todo o Código Penal e mesmo a outras leis penais” (ob. cit., p. 204). Assim, imaginamos que o mestre vê um alcance para o *caput* e outro para o § 1.º.

(41) Ob. cit., p. 291-292.

enquanto agentes dos crimes do Capítulo I, em que se situa⁴². Se a cabeça do artigo, a despeito da topografia, pode servir como regra geral, pensamos que será ampliar demasiado o tratamento penal das questões que envolverem o funcionário de paraestatal como *vítima* ou *elemento do tipo* de crime considerar tal funcionário um funcionário público. Aqui, sim, há a considerar a prevalência de um posicionamento restritivo.

Ademais, não será exagero considerar que já haverá alguma dificuldade na demonstração do dolo (no atinente à imprescindível ciência, ainda que leiga, de que se atua contra ou em face⁴³ de um funcionário público) quando de um crime cometido contra (em face de) exercente de determinados empregos públicos que, mercê de sua transitoriedade, talvez inviabilizem a percepção de que aquela pessoa é um "funcionário público". O mesmo se poderá observar quando de práticas desenvolvidas em detrimento (em face) de exercentes de dadas funções públicas. Ora, tomando-se o *caput* como regra geral, a questão, já problemática, se reduzirá à ambiência probatória...

Com efeito, e avançando no raciocínio: muito mais difícil se tornará a caracterização do conhecimento, pelo autor de um desacato, v.g., de que a pessoa aviltada (ou desobedecida, num exemplo de desobediência) naquela sociedade de economia mista (autarquia,

empresa pública, fundação...) era um funcionário público.

Alberto Silva Franco, em julgado de sua lavra, acrescenta outro argumento: "O próprio § 2.º, recentemente introduzido no art. 327 do CP, se tornou argumento exegético de real importância. Se, em verdade, a equiparação coubesse indiferentemente para o sujeito ativo e para o sujeito passivo, a causa de aumento de pena não deveria conter limitação alguma: atenderia logicamente às duas posições: a ativa e a passiva. No entanto, o referido dispositivo penal só autoriza o aumento em quantidade fixa de pena, para os crimes funcionais e só para a hipótese em que os ocupantes de cargos em comissão, de função de direção ou assessoramento de entidades paraestatais sejam autores daqueles crimes. O dispositivo não deixou, portanto, de ser uma definição do legislador a respeito do sentido e do alcance da equiparação, na linha de pensamento de Nelson Hungria e Magalhães Noronha"⁴⁴.

Concluindo: para caracterizar o conceito de funcionário público como vítima ou elemento da definição de um delito melhor será desprezar a equiparação elaborada à luz das entidades paraestatais (no § 1.º), equiparação que se instituiu para servir à conceituação do funcionário quando autor dos crimes funcionais.

(42) Podendo o mesmo se dar, de outra parte, quando da determinação dos *sujeitos ativos* dos crimes *funcionais* alojados em outros capítulos do Código (delitos qualificados ou especialmente agravados em virtude de terem sido cometidos por funcionário público) e também na legislação extravagante.

(43) "Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela" (art. 331); "desobedecer a ordem legal de funcionário público" (art. 330).

(44) Julgado de 02.06.1981, prolatado, portanto, pouco depois da Lei n. 6.799/80, e extraído da obra de Silva Franco e Outros (cit., v. 1, tomo II, p. 3.660). Delmanto é outro que professa esse sentir: "A nosso ver, o novo § 2.º deixou claro que a primeira corrente é a certa, pois limitou a causa de aumento 'aos autores dos crimes previstos neste capítulo', demonstrando que tanto a equiparação do § 1.º, como a do § 2.º - para Delmanto há uma equiparação no § 2.º, como se pode perceber - devem ficar limitadas ao sujeito ativo" (ob. cit., p. 493).

2. DOCTRINA NACIONAL

CONEXÃO E CONTINÊNCIA NA LEI N. 9.099/95

SIDNEY ELOY DALABRIDA

Pacificamente reconhecidas como causas modificadoras da competência, disciplinadas nos arts. 76 *usque* 82, do CPP, a conexão e a continência, em suas variadas formas de manifestações, determinam a unidade de processo e julgamento, ou seja, as infrações penais interligadas em função da conexão e continência devem ser processadas e julgadas em um *simultaneus processus*, pelo juízo competente para a apreciação da infração penal que, diante das regras processuais, exerça a *vis attractiva* sobre as remanescentes, ressalvadas naturalmente as exceções legalmente estabelecidas, o que permitirá uma abrangente visualização dos fatos e de todo contingente probatório, possibilitando assim uma justa e precisa prestação jurisdicional.

Superadas as discussões sobre as resistências mais veementes que de início foram opostas ao novo modelo consensual de justiça implantado com a Lei que revolucionou o sistema processual penal brasileiro (n. 9.099/95), e já consolidadas algumas práticas a nível procedimental, restam inúmeras questões que ainda suscitam intensa polêmica, dentre as quais avulta a que se relaciona com o tema proposto – conexão e continência e a Lei 9.099/95.

Verificando o Promotor de Justiça, após a análise dos termos circunstanciados ou mesmo do inquérito policial, a existência de dois ou mais delitos interligados *ratione conexitatis* ou pela

continência, figurando entre eles infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 61, Lei 9.099/95), tem-lhe ocorrido: aplicam-se as regras que fixam o *forum attractionis* previstas no art. 78, do CPP, motivadoras da reunião dos processos para julgamento único, o que implica o oferecimento de uma única denúncia perante o Juízo da atração abrangendo todas as infrações penais, ou a hipótese implica a quebra da unidade, disjunção dos processos e conseqüente pluralidade de julgamento, em virtude do que de rigor será o oferecimento de denúncia, em separado, perante o Juizado Especial Criminal?

No encaminhamento dessa questão estão sendo seguidos os mais variados direcionamentos, o que tem conseqüentemente implicado a adoção de uma indesejável diversidade de procedimentos, revelando a necessidade de uniformização da atuação, eliminando-se, assim, os conhecidos reflexos negativos advindos desta praxis, notadamente os decorrentes da apreciação de matéria por juízo incompetente, sem falar no desrespeito a garantia constitucional do devido processo legal, também em virtude da tramitação totalmente irregular do processo, já que corolário do inafastável princípio é o direito do acusado ao regular desenvolvimento do processo segundo a forma preestabelecida legalmente.

Para a hipótese anteriormente figurada, segundo pesquisa que realizamos junto às Comarcas do Estado, são estes,

basicamente, os posicionamentos adotados:

1. Oferecimento de denúncia única perante o Juizado Especial Criminal (nas comarcas com varas específicas), abrangendo todas as infrações penais ligadas pela conexão ou continência;

2. Oferecimento de denúncia única perante o Juízo Comum (nas comarcas com o Juizado Especial Criminal instalados em varas específicas), descrevendo todos os delitos, inclusive os de menor potencial ofensivo;

3. Oferecimento de denúncia perante o Juizado Especial Criminal relacionando as infrações de sua competência e, em separado, denúncia junto ao Juízo Comum abrangendo as demais infrações penais.

A primeira opção é absurda, padecendo todos os processos julgados pelo Juizado Especial Criminal de incontornável vício de nulidade absoluta (art. 564, inc. I, CPC), passível de arguição em qualquer fase do procedimento, até mesmo quando já prolatada sentença condenatória e suas vias impugnativas tenham precluído, caso em que poderá ser atacada inclusive via *habeas corpus*. A razão é simples. A competência do Juizado Especial Criminal foi firmada a nível constitucional (art. 98, inc. I, CF), restringindo-se à conciliação (composição e transação), processo, julgamento e execução de infrações penais de menor potencial ofensivo. É competência que delimita o poder de julgar em razão da natureza do delito (*ratione materiae*), e, sendo assim, absoluta. Logo, na ausência de disposição legal permissiva, é inadmissível a submissão a processo pelo Juizado Especial Criminal de outras infrações penais, sob pena de nulidade absoluta. Desta forma, a denúncia oferecida perante o Juízo Especial Criminal somente poderá abarcar infrações penais que ostentem menor potencia-

lidade lesiva, assim entendidas “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial” (art. 61, Lei 9.099/95), não havendo possibilidade de ocorrência de um *simultaneus processus*.

Por outro lado, sem afastar a possibilidade de adoção da segunda opção, atrevo-me a combater o argumento até aqui levantado pela doutrina para justificá-la, assim sintetizado pelo consagrado Julio Fabbrini Mirabete: “Tratando-se de continência ou conexão nas hipóteses de crimes comuns, na ausência de norma específica sobre a hipótese dos Juizados Especiais, a competência é determinada pelo juízo competente para processar e julgar o crime mais grave, aplicando-se o art. 78, II, do CPP” (in *Juizados Especiais Criminais*. Atlas, 1997. p. 34 – grifos meus).

Preconizam aquele procedimento os insígnies Damásio E. de Jesus (in *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. Forence, 1995, p. 40), Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes (in *Juizados Especiais Criminais*, Revista dos Tribunais, 1995, p. 65), Marino Pazzagliani Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio, Luiz Fernando Vaggione (in *Juizado Especial Criminal*, Atlas, 1996, p. 28) e ainda Weber Martins Batista Luiz Fux (in *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal*, Forence, 1997).

Permito-me divergir do enfoque conferido à questão pela doutrina citada, por entender inaplicável ao caso a regra processual de fixação do juízo da atração que lhe serve de fundamento, prevista no art. 78, inciso II, do CPP, estabelecendo que no concurso de jurisdições da mesma categoria preponderará

a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave, fator que obrigatoriamente fixará o Juízo Comum como competente para o processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo conexas ou continentes com as demais.

A omissão da Constituição Federal e da própria Lei 9.099/95 no que se refere aos casos de conexão e continência, apesar das regras processuais-penais serem aplicadas subsidiariamente, conforme previsão expressa da Lei 9.099/95 (art. 92), não autoriza o manejo da citada norma processual, porquanto a sua utilização, *in casu*, implicará a alteração de competência constitucionalmente definida (art. 98, inc. I, CF). Ao se remeter ao Juízo Comum os processos relativos a infrações penais de menor potencial ofensivo em virtude de previsão infraconstitucional (art. 78, inc. II, CPP) estar-se-ia, em última análise, negando vigência a preceito constitucional.

Como se sabe, a delimitação do poder jurisdicional é realizada em vários planos, sendo o primeiro deles a Constituição Federal, não podendo a lei discipliná-la de forma a afastar competências nela expressamente previstas, sob pena de sobre ela se projetar o vício da inconstitucionalidade. Assim, a distribuição pela via legislativa comum da jurisdição entre os vários órgãos do Poder Judiciário encontra seu limite na Constituição Federal sempre que esta expressamente já houver atribuído o poder de julgar a determinado órgão.

Assim, embora jurisdição de idêntica categoria, não há falar-se em prorrogação de competência do Juízo Comum para o processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo conexas ou continentes, posto que tal implicaria no afastamento de competência constitucionalmente definida, o que, à evidência, não pode ser admitido.

Em outras palavras, se a própria Constituição Federal determina no art. 98, inciso I, que o Juizado Especial Criminal é competente para o processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, não pode a lei ordinária alterar o dispositivo constitucional. Nada impediria que a própria Constituição atribuisse tal competência a outro órgão da justiça. Não, porém, lei infraconstitucional.

Sendo assim, por decorrência lógica, é defeso ao operador jurídico valer-se de interpretação que conduza ao mesmo fim, devendo, no caso, desprezar a regra do art. 78, inciso II, do CPP, porquanto sua aplicação inegavelmente afronta o Texto Maior.

Tomemos por exemplo o Tribunal do Júri, cuja competência também se encontra definida a nível constitucional (art. 5.º XXXVIII, letra d, CF), delineada igualmente em função da matéria – crimes dolosos contra a vida –. A regra processual de determinação da competência estabelece que na hipótese de concurso entre a competência do Júri e de outro órgão da jurisdição, prevalecerá a competência do Júri (art. 78, inc. I, CPP). Indago: poderia o legislador, sem ferir o texto constitucional, retirar a competência do tribunal do júri para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida em caso de conexão ou continência, atribuindo-a a outro órgão da jurisdição? Certamente não. O Excelso Pretório, provocado, seja pelo controle concreto ou mesmo difuso, não exitaria em proclamar a inconstitucionalidade da norma, justamente porque a Carta Magna fixou a competência do Tribunal Popular, não sendo lícito ao legislador alterá-la sob qualquer pretexto. Portanto, optou o legislador pela única solução compatível com a disposição constitucional, ou seja, estender ao Tribunal do Júri a competência para o processo e julga-

mento da infração penal conexa ou continência.

Ainda nessa linha de raciocínio, poderia o Código de Processo Penal, em caso de concurso de jurisdição de diversas categorias, estabelecer como predominante a de menor graduação, ao invés do contrário, conforme consta no art. 78, inciso III? Também não, porquanto previsão desta natureza faria letra morta a disposição constitucional que por exemplo estabelece competência especial por prerrogativa de função aos Promotores de Justiça. Optou, pois, o legislador pela única alternativa compatível com a norma constitucional.

Portanto, na distribuição da jurisdição a nível infraconstitucional é defeso o estabelecimento de regras que modifiquem competências constitucionalmente definidas, o que importa reconhecer como inaplicável a regra do art. 78, inciso II, do CPP, aos casos de conexão e continência envolvendo infrações penais de menor potencial ofensivo.

Desta maneira, constatando o Promotor de Justiça a existência de conexão ou continência de quaisquer delitos com infrações penais de menor potencial ofensivo, como regra, o caminho devido é o oferecimento, em separado, de denúncia perante o Juizado Especial Criminal abrangendo aquelas que se inserem no conceito do art. 61, da Lei n. 9.099/95, com a disjunção dos processos.

Não se ignoram as conhecidas inconveniências resultantes da cisão dos processos, como a múltipla produção de diversos atos processuais e principalmente a possibilidade de decisões conflitantes. Todavia, não há como admitir a unificação dos processos para a obtenção de decisão unitária frente a presença do óbice apontado, que reputo intransponível.

Convém, porém, lembrar que o *simultaneus processus* em caso de conexão e continência não foi fixado como regra absoluta. O próprio Estatuto Processual Penal excepciona o princípio em várias oportunidades, como diante do concurso entre a jurisdição comum e a militar, o juízo comum e o de menores, prevendo ainda que cessará a unidade do processo se, em relação a algum co-réu, sobrevier a hipótese de doença mental após a prática da infração penal (art. 152), ou mesmo que tal unidade não implicará a do julgamento se houver co-réu foragido que não possa ser julgado a revelia, ou ocorrer a hipótese do art. 461 do mesmo Código (art. 79, CPP). Mais, permitiu a separação facultativa dos processos em determinada circunstâncias, evidenciada a sua conveniência (art. 80, do CPP).

Disciplinou, ademais, expressamente, a possibilidade de, não obstante a conexão e continência, a instauração de processos diferentes, permitindo a unidade dos processos para efeito de soma ou unificação das penas, portanto, após a sentença definitiva (art. 82, do CPP).

Como se vê, a quebra da unidade de processo em casos de conexão e continência com a consequente pluralidade de julgamentos foi admitida pelo próprio Código de Processo Penal em várias hipóteses, não se podendo falar que a providência importaria nulidade dos processos, conforme iterativo entendimento jurisprudencial, inclusive emanado do Pretório Excelso (v. Habeas Corpus n. 74.470-2, relator: Min. Mauricio Corrêa; Habeas Corpus n 57.764-SP, in *RTJ*, 94/135).

Contudo, no âmbito dessa discussão, o que me parece necessário destacar são os casos de ocorrência de concurso de crimes, previstos nos arts. 69 (concurso material), 70 (concurso formal) e 71 (crime continuado), envolvendo infrações penais de menor potencial ofensivo.

O fator determinante da prorrogação da competência em tais hipóteses, ao contrário do que, com extremada ênfase, vem sendo defendido por juristas de nomeada, não é a existência de conexão ou continência, o que, não fosse a apontada ressalva, justificaria a invocação da regra inserta no art. 78, inciso II, do CPP, mas sim a natureza do concurso e seus naturais reflexos.

Como dito alhures, a competência do Juizado Especial Criminal restringe-se à conciliação, julgamento e à execução das infrações penais de menor potencial ofensivo (arts. 98, inc. I, CF, e 60, da Lei n. 9.099/95), assim definidas “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial” (art. 61, Lei n. 9.099/95 grifos meus).

O critério utilizado pelo legislador para a identificação da potencialidade lesiva de determinado crime foi a pena que lhe foi *abstratamente cominada* pela lei penal. Esta a razão que possibilita por exemplo a submissão aos efeitos da Lei n. 9.099/95 de crime que, se consumado, não se ajustaria àquela definição, mas que, por ter sido tentado, com a redução prevista no art. 14, parágrafo único, do CP a ela se harmonizaria.

Ocorre que a lei não catalogou os crimes que entendeu de menor potencial ofensivo (lesão corporal, receptação culposa, etc), mas fixou um parâmetro de determinação dessa circunstância — *pena cominada em abstrato* —, de sorte que todas as causas que sobre ela se projetem devem ser consideradas para o efeito de determinação de seu potencial ofensivo, porquanto integram o fato criminoso praticado, agravando ou diminuindo a sua gravidade, embora não lhe modifique a essência.

Novamente exemplificando, no caso da lesão corporal culposa (129, § 6.º, CP), que em princípio é infração penal de menor potencial ofensivo, visto que a pena máxima não excede a um ano, uma vez agravada pelas circunstâncias do § 4.º, do art. 121, do CP (§ 7.º, do 129, do CP), perderá tal característica, em face do aumento de pena de um terço que se dá sobre a pena cominada em abstrato.

Portanto, as causas genéricas e especiais de aumento ou diminuição de pena previstas na Parte Geral ou Especial do Código Penal que interfiram na pena cominada à infração de menor potencial ofensivo devem ser consideradas para efeito de determinação da potencialidade lesiva do delito e, portanto, da competência para a sua apreciação.

O concurso formal e o crime continuado inegavelmente constituem circunstâncias legais genéricas de aumento de pena, de aplicação impositiva, que se projetam sobre a pena cominada em abstrato. Obrigatoriamente, portanto, devem ser consideradas por ocasião da aferição da potencialidade lesiva do delito.

Como nas hipóteses de concurso entre infrações penais de menor potencial ofensivo e delito de natureza diversa, com a elevação da pena em abstrato por decorrência da regra que lhes é pertinente, o limite legal de determinação da natureza do delito restará superado, tem-se como inadmissível a proclamada cisão dos fatos, porquanto aquele crime que, a princípio se ajustava ao conceito legal, diante da causa de aumento de pena, perdeu a característica que a lei lhe emprestava. Não mais se tratando de crime de menor potencial ofensivo, deverá ser processado no Juízo da atração, segundo as regras comuns, não se podendo falar em separação dos processos ou aplicação das normas da

Lei 9.099/95, exceto quanto à exigência de representação para os crimes de lesões corporais dolosas leves e culposas (art. 88).

Ainda que se trate de concurso material de crimes (art. 69, do CP), outra não pode ser a solução, até mesmo porque implicaria em se privilegiar situação que retrata uma gravidade inegavelmente maior àquela traduzida nos casos de concurso formal e crime continuado, o que por óbvio não foi o objetivo do legislador, centrado na mitigação da repressão penal sobre os delitos de menor potencialidade lesiva, característica que se afasta com a ocorrência de *concursum delictorum*.

Não podendo se considerar as infrações penais praticadas, uma vez verificada a ocorrência de concurso material, formal ou crime continuado, como de menor potencial ofensivo, não há falar-se em tais hipóteses, até sob pena de se oficializar a impunidade, na aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei n 9.099/95.

Face ao exposto, embora reconheça que o entendimento esposado desafia a doutrina produzida sobre o tormentoso tema, concluo:

a) Havendo conexão ou continência entre infrações de menor potencial ofensivo e outras de natureza diversa, via de regra, impõe-se a disjunção dos processos, devendo o Promotor de Justiça, portanto, oferecer denúncias em separado perante os respectivos juízos competentes, face a inaplicabilidade do art. 78, inciso II, do CPP, por importar sua incidência afronta à Constituição Federal;

b) Tratando-se de concurso material, formal ou crime continuado, envolvendo infrações penais de menor potencial ofensivo, caso diante da aplicação das regras pertinentes, restar superado o limite previsto no art. 61 da Lei 9.099/95 (pena máxima não superior a um ano), deverá ser oferecida denúncia única, abrangendo todos os delitos, a ser ajuizada no Juízo Comum, desprezadas as regras da Lei 9.099/95, exceto as do art. 88.

3. DIREITO DE TRÂNSITO

NÃO É O QUE PARECE

FRANCISCO GUIMARÃES DO NASCIMENTO

De 1966 para cá, a frota brasileira de veículos automotores teve um acréscimo imenso. Só no Estado de São Paulo estão cadastrados mais de onze milhões de veículos. O automóvel popularizou-se, e seu preço chegou ao piso. Nos feirões, compra-se um veículo por até mil reais: a famosa BMV (Brasília Muito Velha).

Para fazer face a este incremento, que nos levou à triste condição de recordista mundial de acidentes, se levado em conta cálculo proporcional veículo/habitantes, fazia-se necessário aperfeiçoar o Código Nacional de Trânsito, de 1966, ou criar um novo instrumento para diminuir o caos. Optou o Governo Federal por remeter ao Congresso um anteprojeto de Código Viário em que foram incorporados conceitos oriundos da Convenção de Viena de 1969.

Após alguns anos de tramitação veio à luz o Código de Trânsito Brasileiro, de feição municipalista. Alguns conceitos do novo código na verdade representam uma tentativa de civilizar a conduta dos nossos condutores.

Código de Trânsito é, acima de tudo, um conjunto de normas de conduta para coagir o mal-educado. Os que persistirem na má educação, receberão a punição merecida. O Código de Trânsito Brasileiro é, na realidade, uma reação da sociedade a um estado de coisas insuportável.

A reação à situação existente foi um tanto radical, e remédio em demasia

pode matar o doente. Faz-se necessário que a aplicação de seus dispositivos seja feita com muito critério e bom senso pelas autoridades executivas de trânsito.

Um dos dispositivos a que a Imprensa está dando maior importância é o demérito que permite, computadas as infrações cometidas, seja suspenso o direito de dirigir de todos nós.

A pontuação, que pode implicar na suspensão do direito de dirigir, não é novidade: já fazia parte do Código Nacional de Trânsito, de 1966: três infrações graves no período de um ano acarretavam a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação pela autoridade de trânsito competente. Até a Constituição de 1988, era rotineira a suspensão dos infratores por excesso de velocidade, pois o condutor fora identificado pelo policial rodoviário quando da lavratura do auto de infração. Se seus recursos no Departamento de Estrada de Rodagem (defesa prévia de 1.^a instância na JARI ou de 2.^a instância no Conselho Estadual de Trânsito) não prosperassem, tinha a carteira suspensa por ato administrativo coletivo. A partir de 1988, entendeu-se que para cada infrator era necessário um processo administrativo individual, assegurando ao infrator ampla defesa.

Como se dará a suspensão do direito de dirigir no novo Código?

São vários os passos do processo. Inicialmente, o agente da autoridade de trânsito – que pode ser servidor civil estatutário, celetista ou policial militar

— designado, preenche o auto de infração, onde constarão, obrigatoriamente, a sua tipificação, o local, a data e a hora, a placa, a marca, a espécie e outros dados pertinentes ao veículo; se possível, nome, prontuário e assinatura do infrator. Se a infração for detectada por meios eletrônicos ou outros, isto deverá constar do auto. Anote-se que, por portaria, a autoridade de trânsito pode designar qualquer servidor como seu agente. Isto ao nível municipal, por este São Paulo e pelo Brasil afora. Note-se que o agente não multa, ele apenas autua.

Na prática, o agente limita-se a denunciar o que ele supõe ser uma infração à autoridade de trânsito. Esta julgará sua consistência e aplicará a penalidade cabível após notificar o infrator. Dir-se-ia que recebeu a denúncia e mandou citar o acusado para se defender. Instaurou-se, pois, o processo. Para esta notificação, que antecede a decisão da autoridade de trânsito, que deve julgar o auto de infração e a defesa apresentada, a autoridade terá trinta dias de prazo. Se não o fizer, o auto será declarado insubsistente. Para implantação desta notificação, o Código deu 240 dias de prazo às repartições, a contar de 23.09.1997. Até lá, serão expedidas notificações já de multa.

Qual a autoridade competente? Para as infrações de circulação, estacionamento, parada e excesso de peso, a Prefeitura Municipal, quer seja a de São Paulo, quer seja a do município de Quadra, às margens da Castelo Branco, com dois veículos licenciados. Por exemplo, o DSV, na capital, autuava os que não usavam cinto de segurança com base na lei municipal 11.720/95, e a condução de crianças no banco dianteiro pela lei municipal 11.659/94. Como o Código prevê tais infrações, e elas são de responsabilidade do condutor, estas autuações passam a ser de competência

do DETRAN, como também as demais infrações, na área urbana: os agentes do diretor do DETRAN ou das Circunscrições de Trânsito (Ciretrans) no interior, ou os do superintendente do DER nas estradas estaduais ou seu congênere nas estradas federais. Cabe aos dirigentes analisá-las.

Por se tratar de um julgamento, este deverá ser motivado, um a um, caso a caso, como se faz ao aceitar uma denúncia. Pode parecer burocracia, mas na realidade está se instaurando um processo que pode resultar numa interdição de direito: não é a pena pecuniária, é coisa mais séria, e a feliz maioria das autoridades de trânsito municipais disto não está se dando conta. A multa imposta e recolhida vem acompanhada da pontuação, a qual, completados vinte pontos, dá início ao processo administrativo da suspensão do direito de dirigir, promovido pela autoridade competente, isto é, pela emissora da CNH: seis meses a um ano, e, na reincidência, de seis meses a dois anos. Se o condutor for flagrado dirigindo com seus direitos suspensos, terá a carteira cassada, e somente dois anos depois é que poderá requerer sua reabilitação, submetendo-se a todo o processo inicial de habilitação. Isto, sem contar o curso de reciclagem, na suspensão.

A cada infração gravíssima são computados 7 pontos; para as graves, 5 pontos; para as médias, 4 pontos; para as leves, 3 pontos. Se eu sair de casa em dia de rodízio (4 pontos) e me esquecer de afivelar o cinto (5 pontos), chamar alguém com a buzina (3), passar um veículo pela direita (4) e estacionar em local proibido (4) fiz, antes do almoço, vinte pontos. Se notificado, não me defender, estou sujeito a um processo administrativo e a ter meu direito de dirigir suspenso.

A autoridade de trânsito manda imprimir a notificação: se julgar (é o

termo do Código) procedente o auto e impuser a penalidade, fa-lo-á fundamentadamente: em virtude de ação responderá a autoridade de trânsito, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro, diz o Código de Trânsito Brasileiro.

O proprietário do veículo infrator, responsável, sempre, pelo pagamento da multa, deve ser notificado no prazo máximo de trinta dias, sob pena de cancelamento da infração. Tem 15 dias de prazo para indicar o infrator, isto é, indicar nome e prontuário de quem dirigia o veículo. Se não o fizer, pela confissão, assume o ônus. Se for pessoa jurídica e não indicar o motorista, receberá multa idêntica no mesmo valor.

O proprietário, ou o infrator, recorrerá da penalidade à autoridade, que, no prazo de dez dias, remetê-lo-á à JARI (Junta Administrativa de Recursos de Infrações), que em trinta dias deverá julgá-lo; da decisão da JARI cabe recurso ao Conselho Estadual de Trânsito, no prazo de trinta dias, que terá também um mês para decidir.

Os recursos não têm efeito suspensivo, e a decisão do CETRAN esgota a instância administrativa.

O Código anterior e o atual exigem que o CETRAN só receba recurso com prova de que a multa foi paga. Entretanto, vários magistrados, por julgarem inconstitucional a exigência, vêm determinando o julgamento sem o pagamento. A meu ver, diante das decisões que julgaram inconstitucional o art. 15 da Lei Delegada n. 4, e do que consta da Convenção de Costa Rica, que hoje integra o Direito Interno Brasileiro, referendada pelo Decreto n. 678/92, há razão.

Só depois de prolatada decisão de segunda instância, o infrator terá os pontos correspondentes à infração julgada procedente insertos em seu prontuário. Nada impede que a anotação seja

feita a priori no prontuário: só produzirá efeito mediante trânsito em julgado da sentença condenatória. A advertência, com penalidade aplicada no lugar da multa, gera pontuação, também.

Felizmente o Código de Trânsito Brasileiro eliminou a figura da reincidência específica aplicada na vigência do Código anterior. Mas, não estabeleceu critério prescricional: vale dizer que o motorista que fez dezoito pontos logo que habilitado, e que dez anos depois cometeu outra infração, se apenas, ultrapassará os vinte pontos e terá seus direitos suspensos. No direito brasileiro não há pena perpétua, exceto na área de trânsito. Quando feitos os vinte pontos, iniciar-se-á o regular processo administrativo, citando-se o infrator a apresentar defesa. Da decisão da autoridade cabe recurso ao CETRAN.

Mesmo com todas as garantias atribuídas à defesa, há um perigo a rondar a nós todos: a constituição dos órgãos julgadores.

O Código de Trânsito Brasileiro peca pelo elitismo: enquanto no Código anterior representantes da sociedade civil permeavam o Conselho Nacional de Trânsito, os Conselhos Estaduais de Trânsito e as Juntas Administrativas de Recursos de Infrações, no Código de Trânsito Brasileiro aconteceu uma coisa lamentável: o CONTRAN é integrado por Ministros de Estado; os CETRANS serão constituídos por Secretários de Estado; as JARIS municipais serão presididas por representante indicado pelo Prefeito e terão um representante do órgão de Trânsito local, o que transformará o terceiro membro num eterno voto vencido. Nas pequenas cidades, adversário algum do Prefeito terá autuação cancelada. Curiosamente, o presidente da República vetou minudências do Código com relação aos CETRANS e às JARIS porque, no seu entender, feriam a autonomia das unidades

federadas e das comunas. Como o Conselho Nacional de Trânsito não leu o veto presidencial, nas diretrizes que emitiu a respeito, repetiu o que fôra vetado. Curiosamente, nos Estados o CETRAN será presidido pelo Secretário da Justiça. O Secretário da Segurança, chefe da PM, que integra o corpo de agentes, e dos Delegados que dirigem o DETRAN e as Ciretrans, foi esquecido. Coisas de Brasília. O Conselho Nacional de Trânsito, que interpreta o Código via Resoluções, não está sendo feliz: determinou que os documentos de porte obrigatório são a CNH, no original, o Certificado de Registro e Licenciamento, que pode ser apresentado em cópia reprográfica autenticada pela repartição de Trânsito que o expediu e mais o IPVA e o Certificado de Seguro Obrigatório. Foi além do Código, que afirma serem apenas os dois documentos referidos anteriormente os de porte obrigatório. Extrapolou, portanto, exigindo o que a lei não exige. Isto motivou representação ao CETRAN-SP, pedindo revogação da exigência espúria.

Como o Código tem caráter eminentemente arrecadador, não é de estranhar a composição totalitária dos órgãos julgadores. Quem afirma o caráter do Código é o presidente, ao vetar um trecho: "a fórmula prevista no § 3.º pode levar a uma distorção do sistema de sanções, fazendo com que se privilegie o propósito arrecadador em detrimento do propósito educativo". Este pedaço foi visto, mas o resto passou.

Esta feição arrecadadora torna-se particularmente perigosa, pois a multa pecuniária está jungida à pena de interdição de direito, que terá graves efeitos na sociedade se praticada com o intuito arrecadatório, notadamente na área trabalhista. Os dirigentes de grandes frotas ver-se-ão compelidos a demitir, por justa causa, os motoristas impedidos de dirigir; se não o fizerem e admitirem outros,

sua folha ficará tão onerada que quebrarão, e serão processados pelo juiz de falências por gestão temerária. A euforia arrecadadora, garantida pelo julgamento dos integrantes das JARIS escolhidos "in petto" pode ter consequências danosas em prazo mais ou menos curto. Imaginemos uma legião de Sem Cartas praticando desobediência civil: deve-se então apreender os veículos? Onde, se hoje deixam-se de apreender os que trafegam irregularmente por falta de pátios?

É tanta a voracidade arrecadadora que o Código oferece abatimento de vinte por cento a quem pagar a multa dentro do prazo assinalado. Crente de que fez um bom negócio, o condutor paga a multa, confessa, pois, a infração, mas na pontuação, que será automática, não lhe ofereceram o desconto de vinte por cento... Se há desconto para pagamento no prazo, há também para quem recorrer no prazo e ao final perder o recurso.

Há algumas dúvidas no ar: como procederá o responsável por frota ao verificar que o condutor de determinado veículo na data da notificação já se desligou? Não é necessária a anuência do condutor: basta o proprietário apontá-lo, com uma cópia fotostática do seu documento de dirigir, com endereço atualizado. Portanto, ao emprestar seu carro, exija fotocópia do documento...

O Código admite, como medida administrativa, o recolhimento do documento de habilitação mediante recibo. Que o peça o agente quando houver suspeita de falsificação, se nos afigura razoável. Em outras circunstâncias isto é inadmissível, pois cerceia o direito de ir e vir do condutor, mesmo porque a suspensão desse direito deve ser feita através de decisão motivada da autoridade competente, e não por ato discricionário do agente.

Outra questão queda irresolvida: hoje, o condutor tem, com o mesmo prontuário e uma única CNH, a habilitação para motociclista e motorista. As infrações típicas de um e de outro (dirigir sem capacete, p. ex., e não utilizar cinto) são para um mesmo prontuário, onde se somarão alhos e bugalhos até os vinte pontos. O motorista/motociclista, que cometeu infrações dispare, será duplamente apenado: suspenso o direito de dirigir, não pilotará moto nem dirigirá carro.

Para que não se cometam injustiças, levando ao desemprego rápido os que têm na CNH seu ganha-pão, nem se prive do único meio de transporte decente os que dele precisam para exercer suas profissões, é necessário que os Poderes Públicos renunciem à fúria arrecadatória e montem, desde já, os órgãos julgadores, equipando-os condignamente com pessoal capaz e sobretudo isento, para conhecer dos recursos a tempo e a hora. O condutor não é um marginal e não é um exegeta ou hermeneuta, e necessita ter o mínimo de segurança na direção de seu veículo. O Código está cheio de armadilhas, como estacionar a cinquenta centímetros do

meio-fio, sanção aumentada se for a um metro, ou estacionar a menos de cinco metros da interseção (vale dizer que o agente, além do apito, carregará uma trena) ou trafegar em velocidade incompatível: qual a velocidade? O Código não diz, fica por conta do agente. Se autos de infração dessa natureza forem convertidos em penalidade, há que haver bom senso e isenção para julgá-los, com rapidez.

O Código Nacional de Trânsito, minuciosamente regulamentado, e ainda interpretado por Resoluções, não criou tanta celeuma. O receio dos que atuam na área é de que, com tantas omissões, o Código de Trânsito Brasileiro não se regulemente por Resoluções administrativas, mas por jurisprudência.

Com a ameaça da pontuação, os recursos multiplicar-se-ão, pois a cada auto corresponderá um recurso. Mesmo os que, por comodismo ou por não lhe fazerem falta os reais, não se defendiam, fá-lo-ão agora para não serem apenados com a *suspensão do direito de dirigir*.

Que o Poder Executivo se prepare já, ou o Poder Judiciário será chamado a, de imediato, dizer o Direito.

3. DIREITO DE TRÂNSITO

POLÍCIA JUDICIÁRIA E O CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

HAROLDO FERREIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O Código de Trânsito – 3. Polícia judiciária: 3.1 Inquérito policial; 3.2 Termo circunstanciado; 3.3 Medidas cautelares – 4. Conclusão – 5. Bibliografia.

1. Introdução

O Código de Trânsito Brasileiro, instituído pela Lei n. 9.503, de 23.09.1997, estando vigente desde 22.01.1998, estabelece regras sobre o trânsito e fixa dispositivos de natureza penal.

As críticas, especialmente no capítulo referente aos “crimes de trânsito”, demonstram que esses dispositivos estão mostrando-se “pleno de equívocos, incoerências e, mesmo, padecendo, em alguns dispositivos, do vício dos vícios que é a inconstitucionalidade”.

As incongruências da nova legislação refletem no exercício de polícia judiciária, especialmente quanto à aplicação de dispositivos do Código Penal, Código de Processo Penal e da Lei n. 9.099/95, “se este capítulo não dispuser de modo diverso” (art. 291).

Nesta exposição, pretende-se, após referência a respeito dos chamados “crimes de trânsito”, fixar os parâmetros da Polícia Civil que, segundo preceito constitucional (art. 144, § 4.º), dispositivos do Código de Processo Penal (art. 4.º e seg.) e as regras da legislação sobre Juizados Especiais (art. 69, Lei n. 9.099/95), tem, com exclusividade, a competência de Polícia Judiciária na apuração das infrações penais definidas no Cód-

go de Trânsito Brasileiro, que “não só definiu em regras especiais os ilícitos penais de homicídio culposo e lesões corporais culposas, como criou novas figuras penais e alterou dispositivos pelo Código Penal e pela Lei das Contravenções Penais”.

2. O Código de Trânsito

Após longa tramitação legislativa, o Código de Trânsito Brasileiro finalmente é sancionado e, embora com certas incongruências, principalmente nos capítulos referentes aos crimes de trânsito, passa a disciplinar o caótico trânsito brasileiro.

Esse novo instrumento legal estabelece, em seu art. 1.º, que “considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operações de carga ou descarga”.

O legislador, como princípio filosófico, pretendeu definir sobre o destinatário da norma, fixando que, “o trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as

medidas destinadas a assegurar esse direito" (§ 2.º do art. 1.º), tendo como prioridade, dos órgãos de trânsito, as ações em "defesa da vida, nela incluída a preservação da saúde e do meio ambiente".

Entre as inovações, assinala-se um capítulo especial sobre "crimes de trânsito" que, para Valdir Sznick, esta "lei oferece o grande mérito de, pela primeira vez entre nós, ao legislar sobre trânsito, ter-se colocado a parte penal, junto da normativa viária, em uma mesma lei".

No mesmo sentido, reconhece José Almeida Sobrinho, Delegado de Polícia que participou da Assessoria de Comissão elaboradora do projeto, "que o Código de Trânsito Brasileiro, seguindo a regra de alguns outros diplomas legais semelhantes em vigor em países europeus, institui-se no Brasil os assim chamados Delitos de Trânsito, de forma expressa e taxativa, atendendo a uma necessidade de há muito detectada e até mesmo praticada na esfera da jurisprudência nacional".

Ocorre, porém, que não é pacífica, entre os doutrinadores e operadores de direito, a introdução de matéria penal e processual penal em uma legislação especificamente administrativa.

Para o jurista Sérgio Salomão Shecaira, no novo Código, sobre crimes de trânsito, "algumas muitas pérolas foram criadas" e, conclui, que "da forma como foi construído o tipo penal há violação ao princípio da legalidade e da isonomia. É que o verbo que exprime a ação não pode estar oculto através de outro verbo que denote um agir vago e indeterminado".

No mesmo sentido, pode se observar a opinião de Luiz Otávio de Oliveira Rocha para quem todo o capítulo XIX, "dos crimes de trânsito" não deveria estar em um instrumento legislativo

que, tratando de normas de direito administrativo, "introduziu no ordenamento jurídico onze novos tipos penais (arts. 302 a 312), bem como normas especiais, de natureza penal e processual penal, a ele atinentes (arts. 291 a 301)".

3. Polícia Judiciária

As definições das novas infrações penais, em princípio, não afastaram as atribuições definidas ao exercício de polícia judiciária, muito embora deva a autoridade policial observar as deficiências estruturais da nova legislação no âmbito do direito penal.

Essa atribuição que, segundo José Frederico Marques reconhece como essencial à própria existência do Estado que, "quando pratica ato de investigação, após a prática de um fato delituoso, está exercendo o seu poder de polícia", deve ser própria e específica da Polícia Judiciária que "não tem mais que função investigatória, ela impede que desapareçam as provas do crime e colhe os primeiros elementos informativos da persecução penal".

A notícia da infração penal levada ao conhecimento da autoridade policial, nos termos do que dispõe a legislação processual penal, obriga a realização de atos formais para a apuração dos fatos e de sua autoria.

Os preceitos da legislação de trânsito estabelecem, para os chamados "crimes de trânsito", procedimentos especiais para a apuração dos ilícitos: infrações chamadas de pequeno potencial ofensivo e que são julgadas pelo Juizado Especial Criminal e infrações cuja classificação indicam ser de competência do Juízo Criminal ordinário.

A esse respeito, em razão do disposto no parágrafo único do art. 291 que, textualmente diz que "aplicam-se aos

crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante e de participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099, de 26.09.1995", surgem divergências doutrinárias, com reflexo nas atividades de polícia judiciária, sobre a competência do Juizado Especial Criminal.

O ilustre magistrado Luiz Flávio Gomes, em artigo publicado no Boletim IBCCRIM n. 61, de dezembro de 1997, sob o título "CTB - Primeiras Notas Interpretativas", assim se posiciona: "No novo Código preocupou-se o legislador em enfatizar a aplicação da Lei n. 9.099/95 em relação a três delitos: lesão corporal culposa, embriaguez ao volante e participação em competição não autorizada. A razão dessa preocupação foi a seguinte: os três (arts. 303, 306 e 308) possuem pena máxima cominada superior a um ano. Logo, pela regra do art. 61 da Lei n. 9.099/95 estariam fora dos Juizados. Para conferir-lhes a disciplina dessa lei, era efetivamente necessário preceito expresso. Doravante, assim, está ampliado o conceito de infração de menor potencial ofensivo: três delitos novos, embora com pena máxima superior a um ano, passam a integrá-lo". Conclui, o articulista, que "o novo Código de Trânsito Brasileiro, no total, prevê onze delitos: a um deles (art. 302, homicídio culposo) não se aplica a Lei n. 9.099/95. Nem sequer cabe suspensão condicional do processo (art. 89), porque a pena mínima, doravante, passa a ser de dois anos. Aos outros dez delitos aplica-se a citada lei, no que couber. Basicamente: não existe inquérito policial, não há prisão em flagrante, é o caso de se fazer o termo circunstanciado, designando-se em seguida audiência de conciliação".

Em sentido contrário, o jurista Damásio E. de Jesus, no mesmo boletim do IBCCRIM, no artigo "Dois Temas da

Parte Penal do Código de Trânsito Brasileiro", sobre o art. 291, assim se expressa: "Tem-se afirmado que, diante do dispositivo, os crimes de embriaguez ao volante e "racha" são de ação penal pública condicionada à representação, uma vez que a eles determina a aplicação do art. 88 da Lei n. 9.099/95. Essa interpretação conduziria a verdadeiro absurdo, exigindo-se, no crime de "competição não autorizada, representação do ofendido". Aduz, ainda, "Essa interpretação, com o devido respeito, não nos parece correta. O parágrafo único não pode ser apreciado isoladamente. Note-se que *caput* do art. 291 recomenda a incidência da Lei n. 9.099/95 sobre os crimes de trânsito "no que couber". Assim, é preciso adequar as hipóteses dos delitos referidos no parágrafo único ao *caput* da disposição e aos princípios daquela lei, no que for apropriado". Concluindo, Damásio expõe: "Entendemos que a Lei dos Juizados Especiais Criminais realmente é aplicável aos delitos de trânsito, mas "no que couber". E o art. 61 da Lei Especial dos Juizados só admite aquelas medidas quando a medida máxima não é superior a um ano. Não é o caso daqueles crimes".

No mesmo sentido, Júlio Fabbrini Mirabete, no artigo "Crimes de Trânsito têm normas gerais específicas", também publicado no boletim já referido, afirma: "5 - Juizados Especiais Criminais - De acordo com o art. 291 do CTB e o art. 61 da Lei n. 9.099/95, são considerados como infrações penais de menor potencial ofensivo os crimes previstos naquele estatuto em que a pena máxima não seja superior a um ano, sendo portanto de competência dos Juizados Especiais aqueles previstos nos arts. 304, 305, 307, 309, 310, 311 e 312. Em consequência, não estão na competência do Juizado, devendo ser objeto do processo perante o juiz comum, os

crimes de homicídio culposo (art. 302), de lesão corporal culposa (art. 303), de embriaguez ao volante (art. 306) e de participação de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada (art. 308), pois em todos a pena máxima é superior a um ano de detenção”.

O especialista em legislação de trânsito e membro da Comissão elaboradora do anteprojeto que culminou com o novo Código, Cyro Vidal Soares da Silva, tem se manifestado, em debates e encontros sobre o tema ora focado que “os crimes com pena não superior a 1 (um) ano devem ser havidos como de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/95” e aqueles em que a pena é superior a 1 (um) ano, a competência é dos Juizados Criminais comuns.

Desta forma, em concordância com as manifestações de Damásio, Mirabete e Cyro Vidal, as infrações penais definidas nos arts. 302 (homicídio culposo), 303 (lesão corporal culposa), 306 (embriaguez na condução de veículo automotor) e 308 (participação, em via pública, de corrida, competição ou disputa não autorizada – racha), devem ser apuradas através de inquéritos policiais e os demais crimes, por terem penas máxima de detenção em um ano, serão através de procedimentos da Lei n. 9.099/95.

À Polícia Judiciária, nos crimes de trânsito, compete apurar os fatos através dos seguintes procedimentos: Inquérito Policial que abrange tanto os instaurados por auto de prisão em flagrante ou por portaria e Termo Circunstanciado, este último nas hipóteses de delitos de pequeno potencial ofensivo.

3.1 Inquérito Policial

O Código de Processo Penal – Dec.-lei 3.689, de 10.10.1941, nos arts. 4 a

23, reserva à Polícia Judiciária as atribuições que visam a apuração das infrações penais e sua autoria.

Esse princípio processual que hoje, em razão do que dispõe o art. 144 § 4.º da CF, é também princípio de natureza constitucional, pois, “à polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvadas a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”, reserva à Polícia Civil a incumbência da investigação criminal.

Desta forma, pode-se afirmar que o inquérito policial é o instrumento processual adequado para, com exclusividade, apurar as infrações penais não compreendidas entre as chamadas de pequeno potencial ofensivo (Lei n. 9099/95).

Os crimes de homicídio culposo, lesão corporal culposa, embriaguez no volante, participação em corrida não autorizada, definidos nos arts. 302, 303, 306 e 308 do CTB, serão apurados através do procedimento de polícia judiciária denominado inquérito policial.

À exceção do crime de lesão corporal culposa que, por força do que dispõe o art. 88 da Lei n. 9.099/95, depende de representação do ofendido para a instauração da ação penal, todas as demais infrações penais são de ação penal incondicionada.

Assim, a autoridade policial deve, recebendo a notícia do crime de trânsito que não seja a do art. 303 da legislação especial, proceder de ofício na instauração do procedimento criminal, observando-se a questão relativa à prisão em flagrante e liberdade provisória com fiança.

Em regra, os crimes de trânsito deixam vestígios e, por isso, será indispensável a realização de exame pericial (art. 158, CPP).

A autoridade policial deve, se possível, comparecer ao local dos fatos para conhecimento direto da ocorrência, ocasião em que requisita perícias, indicando os quesitos necessários, para a realização de exame de corpo de delito e, havendo suspeita que o condutor do veículo automotor acha-se embriagado ou que usou substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos, determina a realização de exames clínicos, perícia ou outro exame técnico, conforme dispõe o art. 277 e seu parágrafo único.

Outros elementos de prova devem ser colhidos, principalmente depoimentos de testemunhas, interrogatório do indiciado, e averiguação da vida pregressa para a completa apuração dos fatos com a indicação de autoria.

Concluída as investigações, com a elaboração de um minucioso relatório, o inquérito policial deve ser remetido à autoridade judiciária competente que, ouvido o Ministério Público, instaura a ação penal.

Na hipótese de "prática de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor", a instauração de inquérito policial depende da manifestação prévia da vítima que, oferecendo a representação exigida para a espécie, autoriza a autoridade policial a proceder a apuração criminal do autor do acidente.

Essa representação deve, em obediência ao disposto nos arts. 38 e 39 do CPP, ser apresentada formalmente, oral ou escrita, à autoridade policial.

A notícia do crime pode ser ainda, feita através da captura em flagrante do autor da infração, porém, não se imporá prisão em flagrante e nem se exigirá fiança se o condutor do veículo prestar pronto e integral socorro à vítima, conforme disposição do art. 301 da legislação ora comentada.

Ocorrendo a prisão em flagrante e sendo esta cabível, deve a autoridade

policial, para a instauração do inquérito policial, lavrar o auto de prisão em flagrante e, sendo cabível, arbitrar fiança, conforme disposição processual.

3.2 Termo Circunstanciado

As infrações penais definidas nos arts. 304, 305, 307, 309, 310, 311 e 312 do CTB, por serem sancionadas com penas máximas em um ano de detenção," devem ser havidos como de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei n. 9.099/95", e, portanto, julgadas pelos Juizados Especiais Criminais.

Compete à autoridade policial, no caso o Delegado de Polícia, tomar conhecimento da infração penal e, como medida preliminar, elaborar o Termo Circunstanciado.

Igualmente como nos inquéritos policiais, a autoridade policial instrui o procedimento de polícia judiciária com perícias e provas indispensáveis ao julgamento dos fatos.

Em princípio, nos delitos de pequeno potencial ofensivo, não há que se falar em prisão em flagrante e fiança, de acordo com o disposto no parágrafo único do art. 69 da Lei n. 9.099/95.

Concluída a fase policial, o termo circunstanciado e as partes, se possível, devem ser encaminhadas ao Juizado Especial Criminal.

3.3 Medidas Cautelares

O legislador procurou reservar, nos crimes de trânsito, a adoção imediata de providências visando a garantia da ordem pública, o cumprimento da lei, a conveniência da instrução e a própria segurança do condutor do veículo.

Pouco importando ser crime de pequeno potencial ofensivo ou não, como uma espécie de "medida de segurança

preventiva”, pode o condutor do veículo automotor ter suspensão, preventivamente, a autorização para dirigir, conforme disposição do art. 294 do CTB, que assim está disposto: “em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção”.

Essa exigência, como assinala Valdir Sznick, visa “a paz pública, a tranquilidade da comunidade local abalada pelo crime”, tranquilidade essa “que pode ser ameaçada pelo próprio réu, especialmente quando está cometendo uma série de crimes”.

A medida cautelar pode ser aplicada ainda antes do início da ação penal e, estando presentes os motivos para a sua aplicação, ou seja, garantia da aplicação da lei, garantia da ordem pública, a paz pública, a tranquilidade da comunidade e, até mesmo a segurança do autor do fato, deve a autoridade policial, durante a fase de investigação, nos autos de inquérito policial ou nas hipóteses de termos circunstanciados (crimes de pequeno potencial ofensivo), proceder a representação fundamentada para que o Juiz venha decretar, em decisão fundamentada, “a suspensão da permissão ou de habilitação para dirigir veículo automotor ou a proibição de sua obtenção”.

Prevê, ainda, o Código de Trânsito outra medida cautelar de natureza administrativa que deve, quando da ocorrência de acidente grave, ser providenciada pela autoridade policial através de comunicação à autoridade de trânsito (DETRAN), conforme disposição do §

1.º do art. 260, que está assim redigido: “em caso de acidente grave, o condutor nele envolvido poderá ser submetido aos exames exigidos neste artigo, a juízo da autoridade de trânsito, assegurada ampla defesa ao condutor”.

Nem todo acidente, grave ou não, pode interessar à justiça criminal.

A ocorrência de acidente que envolve apenas o próprio condutor do veículo automotor, pode ser um “acidente grave” cujo condutor precisa ser submetido “a novos exames para que possa voltar a dirigir, de acordo com as normas estabelecidas pelo CONTRAN (art. 160, *caput*)”.

Outra hipótese possível, seria a da vítima de lesão corporal culposa que, não pretendendo submeter o autor do fato à responsabilidade penal, deixar de formular a representação processual e, no caso, tratando-se de “acidente grave, deve a autoridade policial comunicar o fato à autoridade de trânsito competente.

4. Conclusão

De todo o exposto, conclui-se

1. À Polícia Civil, como órgão institucional e permanente, compete investigar e apurar, com exclusividade, os crimes de trânsito;

2. Os delitos de homicídio culposo, lesões corporais culposas, embriaguez no volante e participação em “racha”, são apurados através de inquérito policial, nos termos da legislação processual penal.

3. Os crimes previstos nos arts. 304, 305, 307, 309, 310, 311 e 312 do CTB, em razão de as sanções penais serem, no máximo, um ano de detenção, devem ser, como delitos de pequeno potencial ofensivo, ser apuradas nos termos da Lei n. 9.099/95 e a autoridade policial,

como medida preliminar, elaborar termo circunstanciado.

4. Estando presentes os requisitos do estado de flagrância, deve a autoridade policial, excluídas as vedações dos arts. 69, parágrafo único da Lei n. 9.099/95 e 301 da Lei n. 9.503/97, lavrar o respectivo auto de prisão em flagrante e decidir a respeito da liberdade provisória.

5. Nos crimes de lesões corporais culposas, para a instauração do inquérito policial, deve a autoridade policial observar as condições de procedibilidade obtendo a representação formal do ofendido.

5. Bibliografia

- ALMEIDA SOBRINHO, José de. *Os delitos de trânsito*, Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, n. 002/97.
- GOMES, Luiz Flávio. CTB. *Primeiras notas interpretativas*, IBCCRIM, n. 61, dezembro 1997.
- JESUS, Damásio E. *Dois temas da parte penal do Código de Trânsito Brasileiro*, IBCCRIM, n. 61, dezembro 1997.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Crimes de trânsito têm normas gerais específicas*, IBCCRIM, n. 61, dezembro 1997.
- PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos. *Breves anotações sobre o Código de Trânsito Brasileiro*, IBCCRIM, n. 61, dezembro 1997.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Primeiras perplexidades sobre a nova lei de trânsito*, IBCCRIM, n. 61, dezembro 1997.
- SILVA, Cyro Vidal Soares da. *Aspectos diferenciados dos crimes de trânsito*, palestra no Sindicato dos Despachantes do Estado de São Paulo, fevereiro 1998.
- SILVA, José Geraldo da. *Novo Direito de Trânsito Brasileiro*, Editora de Direito, Leme, 1996.
- SZNICK, Valdir. *Novo Código de Trânsito*. Ícone editora, São Paulo, 1998.

4. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

ESTRUTURA DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

JOSÉ CARLOS GOMES

SUMÁRIO: 1. Distinção entre quadrilha ou bando e crime organizado: 1.1. Microcriminalidade; 1.2. Macrocriminalidade – 2. Estratégia das organizações criminosas – Crime organizado: 2.1. Origem – 3. Efeito telúrico e espaço vital no crime organizado – 4. Modelos básicos de criminalidade organizada – 5. Conclusão.

1. Distinção entre quadrilha ou bando e crime organizado

A sociedade urbana dos dias de hoje, tem mostrado enorme preocupação com o crescimento dos índices de criminalidade e de violência.

O nível dessa preocupação se ostenta, de certo modo, no também crescente sentimento de medo e no reclamo por lei e ordem.

A violência nas grandes cidades se apresenta como “produto de uma neurose generalizada que parece ser a constante do *homo-urbanus* de nosso tempo, apresenta-se como sub-produto indesejável do próprio processo de desenvolvimento e o alto preço que se paga, pelas vantagens e confortos das economias de aglomeração”.¹

Contudo, é necessário que não se perca de vista a advertência feita pelo eminente Professor Miguel Reale Júnior, num artigo intitulado *Liberdade Política*, in *Novos rumos do sistema criminal*, Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 128: “... o preço da liberdade é o eterno

delito. O crime só desaparecerá quando findar a liberdade.”

O crime e os criminosos podem ser estudados sob o enfoque econômico.

Em 1968, Gary Becker publica o Estudo: *Crime and punishment: an economic approach*, posteriormente transcrito no *Journal of Political Economy*, 1975.

Para esse pesquisador do raciocínio básico da teoria microeconômica sobre escolha e otimização, afirmando que o comportamento criminoso é atividade racional, decisão da natureza econômica sob risco, via da qual o delinquente maximiza sua utilidade face a vedação da lei.

O estudo de Becker sustenta que os indivíduos calculam os riscos e retorno de suas opções de atividade: a legal e a criminosa. Na comparação dos resultados assim obtidos alguns indivíduos optam pelo crime porque para estes se ostenta vantajosa a relação custo/benefício.

As visões apresentadas estão relacionadas com a microcriminalidade, a outra coisa é o crime organizado.

A quadrilha ou bando é caracterizado por uma estrutura simples e frágil, onde a liderança é fixa e exercida de forma

(1) PEZZIN, Liliana E. *Criminalidade urbana e crise econômica: o caso de São Paulo*. IPE/USP, 1986, p. 14.

carismática, ou então inexistente e com escopo difuso.

O crime organizado tem sua atividade voltada ao lucro e utiliza um conjunto de bens e serviços para a prática delituosa, muito além do mero negócio ilícito. Tem uma associação perene, estrutura complexa e muito profissionalismo, tendente a ser um poder paralelo.

1.1 Microcriminalidade

A microcriminalidade nada mais é do que a criminalidade em pequena escala, ou seja, a criminalidade tradicional. São atos delituosos antisociais comuns, e que não têm conotação e abrangência por violar coletivamente a sociedade.

M	
I	
C	
R	
O	Criminalidade em pequena escala
C	
R	
I	
M	
I	São atos delituosos comuns
N	
A	
L	
I	
D	Não violam a sociedade coletivamente
A	
D	
E	

1.2 Macrocriminalidade

A macrocriminalidade traduz-se pelas atividades criminosas que vão além da violação dos bens e interesses individuais, pois elas são perigosas para a tranquilidade social, violam a coletividade e ferem a sociedade como um todo.

A macrocriminalidade se apresenta sob forma estruturada e empresarial sistematizada, visando a prática lucrativa de ilícitos penais, que reúnem pes-

soas, bens e capitais com objetivos preestabelecidos.

M	
A	
C	Não estamos preparados para combatê-la.
R	
O	
C	É a empresa do crime.
R	
I	
M	Viola a coletividade.
I	
N	
A	Visa lucro.
L	
I	
D	Tem objetivos preestabelecidos
A	
D	
E	

2. Estratégia das organizações criminosas - Crime organizado

2.1 Origem

O crime organizado tem sua força motriz através de uma análise conjuntural de espaço e tempo de sua atuação, ou seja, a força motriz que estabelece o que a organização pretende ser.

Os pressupostos caracterizam uma análise externa e interna.

Na análise externa procura-se verificar as condições do país, da cidade onde verificam-se os mecanismos de defesa social "política, justiça, ministério público, sistema penitenciário" são eficientes, ao lado do comprometimento ético da sociedade com o crime e a eventual tolerância que se cristaliza na anomia.

Na interna, procura organizar a delinquência comum, dando-lhe um cunho político e ideológico num primeiro momento, para em seguida, libertando-se dessa premissa colocar o poder econômico e a violência como forma de dominação.

O contraponto é o grau de profissionalismo de seus membros, a identificação das necessidades das populações carentes, substituindo o Estado em suas políticas sociais, buscando a simpatia e o aliciamento.

Do cotejo entre a viabilização dessas análises, chega-se respectivamente na externa à detecção de situações favoráveis e desfavoráveis, ou seja, a polícia, a justiça, o ministério público e o sistema penitenciário estão aptos a um enfrentamento jurídico do crime organizado?

Na interna, verifica-se o grau de profissionalismo dos componentes pode vencer a estrutura repressiva do Estado. Isto leva a um juízo de valor para caracterizar se as possibilidades são superiores às ameaças, passando-se a um outro momento: fixação de objetivos.

Ao fixar os objetivos, a organização criminosa procura estabelecer o tempo de duração que a organização leva para dominar um espaço e expandir territorialmente os seus tentáculos.

A elaboração de programas de ação estabelece as linhas doutrinárias que devem ser seguidas pela cúpula e escalões subalternos.

Finalmente, chega-se ao plano através da análise de todas as alternativas que podem ocorrer durante o desenvolvimento da organização criminosa, por exemplo: as formas de controle, relatórios, pesquisas de opinião, auditorias, reversões de expectativas, correções de rumos, substituição de chefes, tudo isso buscando uma eficiência e eficácia em sua ação predatória na sociedade.

3. Efeito telurico e espaço vital no crime organizado

Do latim *tellus, telluris* = terra, origem, o crime organizado parte da premis-

sa de expansão econômica e global da sociedade. Essa teoria foi elaborada por Hoering, jurista alemão cujas idéias foram aproveitadas por todas as nações que procuram expandir essa doutrina, entre elas o nazismo e fascismo.

Podemos situar esses exemplos entre países, entre idéias religiosas, partidos políticos, sistema penitenciário e criminalidade organizada.

Os Estados Unidos perde a Guerra do Vietnã, ao não atentar que invadia um espaço vital que não conhecia e uma origem vietnamita.

Trinta anos depois, na Guerra do Iraque, conhecedor desse efeito, derrota as tropas de Saddam Hussein.

Collin Powell, general americano, se transforma em herói, ao aplicar o antídoto, pois, verifica que a infantaria americana ao caminhar pelo deserto do Iraque sob o sol de cinquenta graus, os soldados americanos tinham seus pés inchados e suas botas dilaceradas, e, à noite, com o vento frio, congelavam seus pés. Assim, bombardeia o Iraque ganhando a terra pelo ar e não por terra.

Idéias religiosas como o fundamentalismo islâmico, na política internacional, baseia-se no *just-loci* – direito espacial, que se confronta com o sionismo, no *jus sanguinis* – direito de sangue, – origem.

A atual crise entre árabes e israelenses, está fundamentada na construção de colônias judaicas na região de Hebron, território reclamado pelos palestinos.

Nos partidos políticos, procura-se através da origem, alcançar a expansão dos espaços vazios, como exemplo – o voto distrital em que, através da origem, um partido se expande até dominar toda uma estrutura política do país.

No sistema penitenciário, esse fenômeno começa com a sub cultura prisional, que transforma-se em quadri-

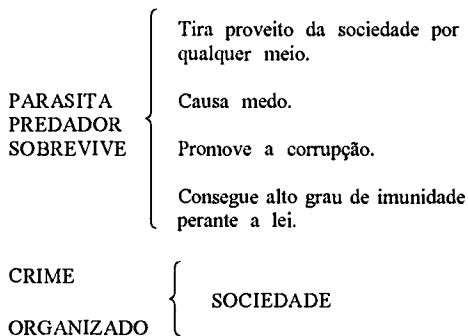
lhas organizadas internamente e que crescem ameaçando com sua expansão a estrutura de uma cidade como o Rio de Janeiro, através do Comando Vermelho.

A similitude desses fenômenos, são aproveitados pela criminalidade organizada, que analisa as origens (meio rural que se desloca para o urbano, das prisões para as cidades, das origens religiosas com a dominação de grandes parcelas de pessoas, com o aproveitamento de idéias nacionais se contrapondo às transnacionais, como as guerrilheiras de Chiapas, como reação ao tratado do NAFTA, entre os Estados Unidos, Canadá e México; explosão na Argentina da Colônia Judaica da Amia com o ressurgimento do neo-nazismo. Na América do Sul, a guerrilha peruana do Sendero Luminoso e o Movimento Revolucionário Tupac Amaru, como demonstrações inequívocas desse fenômeno.²

4. Modelos básicos de criminalidade organizada

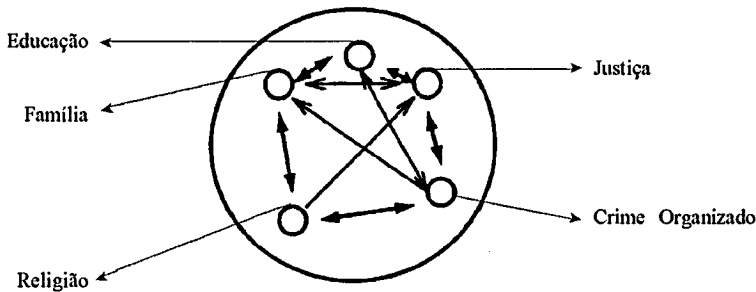
O crime organizado tem dois modelos básicos, que são normalmente representados dentro do modelo de controle de crime organizado, sendo o mais aceito o que foi concebido por Salerno, e posteriormente ampliado por um Grupo de Trabalho conhecido como "Parasita preparador".

O modelo parasita predador tem a finalidade de tirar proveito da sociedade por qualquer meio, apropriado ou não, legal ou ilícito. Sobrevive por causar medo e por promover a corrupção obtendo, de uma forma ou de outra, um alto grau de imunidade perante a lei...



Predatório parasítico é uma sociedade que procura operar fora do controle da sociedade e do governo. Envolve milhares de criminosos e forma uma grande estrutura, como se fosse uma grande corporação, obedecendo regras mais rígidas do que as impostas pelos negócios legais. Trabalha vagarosamente com tramas para tentar controlar todos os campos de atividade humana e obter lucros extraordinários (*vide* esquema no *caput* da próxima página).

(2) GOMES, José C. *Quinquagésimo congresso internacional de criminologia*. Cidade de México, 1995.



PREDATÓRIO PARASÍTICO

- Opera fora do controle da sociedade.
- Envolve milhares de criminosos.
- Obedecer regras rígidas.
- Busca controlar todos os campos da atividade humana.
- Obtém lucros fabulosos.

Os dois modelos apresentados são uma simplificação a nível administrativo, pois, ao colocar o crime organizado como alheio a sociedade dá como solução a sua simples eliminação.

Na realidade, o crime organizado e a sociedade legítima agem dentro dos mesmos princípios, interdependentes em relação à subsistência, sobrevivência e crescimento, pois, o criminoso da organização se infiltra nas instituições políticas, econômicas e sociais com a

finalidade de cometer crime e tirar vantagens econômicas.

Os dois modelos representam os extremos que, analisados, fazem surgir um terceiro modelo: *funcional explorativo* ou *funcional utilitário*.

Este modelo aceita tanto a função utilitária de crime organizado, particularmente para as minorias desprivilegiadas, como aceita, simultaneamente, as características aproveitadoras do crime organizado.

5. Conclusão

Estes modelos de criminalidade organizada podem ser aplicados, tanto às organizações de estruturação horizontalizada (como, por exemplo, a do "comando vermelho"), como às verticalizadas (como, por exemplo, a "máfia siciliana" e a "Yakuza").

4. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

PREVENCIÓN CRIMINAL Y POBLACIÓN CARCELARIA

MIGUEL LANGON CUÑARRO

1. "En ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y sí sólo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito", tal es el texto del art. 26 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay.

2. Esta es nada menos que una de las "bases fundamentales de la nacionalidad" (art. 80 n. 6 de la misma Constitución),

3. La primera Constitución de 1830 (art. 138), inspirada en las constituciones de Cádiz de 1812, de la Argentina de 1826 y de Chile de 1828, se refería solamente a los principios humanitarios (no mortificar) y asegurativos que plasmaron el inicio entre nosotros de la prisionización, como forma general de respuesta al hecho criminal.

4. El texto vigente recién se introduce en la Reforma de 1934 (art. 25), aunque desde hacia mucho tiempo el trabajo penitenciario era visto como la principal forma de reeducación y de recuperación del criminal, con lo que se adopta una filosofía de tratamiento, que la doctrina más conceptuosa consideró siempre que consagraba a un tiempo el doble fin de prevención general y especial que se supone tiene la pena¹.

5. La ideología del tratamiento pues, es la que informa nuestro sistema

constitucional, y es la que há acogido el Uruguay, además, en su Ley Penitenciaria de 1975 (Dec.-lei 14.470 de 11.12.1975), en cuyo art. 1 se dispone, como el primero de los principios rectores del régimen de reclusión, que "conjuntamente con la ejecución de las penas privativas de libertad se procurará desarrollar en el recluso su aptitud para el trabajo, determinar su readaptación social y prevenir el delito...".

6. Se establece por tanto un régimen de tratamiento, dentro del principio progresivo, de acuerdo com "el grado de corregibilidad del recluso", con lo que se pone por un lado lo que la pena es ontológicamente una sanción derivada de un hecho ilícito, de carácter retributivo, y por el otro los fines que con ella se buscan alcanzar (la prevención especial positiva del interno a través de su resocialización, y la negativa tanto general como especial, provocada por el amedrentamiento o temor al castigo, que su aplicación suscite, ya en el infractor, ya en la población en general).

7. Nos interesa aquí, por el tema planteado, la teoría de la prevención especial, desde una óptica realista, de orientación criminológica, a efectos de rediscutir algunos puntos considerados poco menos que dogmas incommovibles, por la generalidad de la doctrina penalista contemporánea, y fundamentalmente a saber, si es cierto o no que las cárceles puedan no servir para resocializar, y si, por el contrario, producen un efecto

(1) Raquel Landeira, Beatriz Scapusio, *Sistema Penal Revisión y Alternativas*, Montevideo, Carlos Alvarez, 1997. p. 55.

diferente del buscado, y se transforman en factores crimino impelentes, antes que en deterrentes y contenedores de la criminalidad.

8. En una indagación de este tipo es evidente que también se debe plantear el problema de las alternativas, si es que las hay, en caso de acreditarse, finalmente, el escaso o nulo valor resocializador de la pena de prisión.

9. A raíz de la invisibilidad de los sufrimientos evitados gracias a la prevención general, y de la gran visibilidad de los impuestos al condenado², con la Escuela de la Política criminal encabezada por Franz von Liszt, en su Programa de Marburgo (1883), pasó a primer plano de los especialistas, la prevención especial, como finalidad cuasi exclusiva de la pena privativa de la libertad.

10. Esta función de la pena, que consiste en prevenir una recaída en el delito de parte del propio ofensor, supone, en su forma más simple, y tal vez más verdadera, que el hombre es un ser racional, que elige lo que le beneficia y huye de lo que le perjudica³, por lo que contendría eficazmente la recaída en el delito, el recuerdo del castigo sufrido con anterioridad por una causa anterior.

11. Esta concepción que mira más al futuro que al pasado, y por eso es preventiva, nos viene de la época clásica de autores de la talla de Platon o de Aristoteles⁴, tanto en su aspecto general, (efecto ejemplarizante), de castigar no tanto por lo que se hizo sino para que

no se repita en el futuro⁵, como en el especial, referido al criminal concreto de que se trata (efecto intimidante).

12. El problema moderno se plantea ante el fracaso aparente de la pena de prisión para cumplir con sus propias finalidades, al punto de que no faltan quienes la ven antes que nada como un factor de reproducción de conductas criminales, con lo cual el efecto de ella sería precisamente el contrario al que postula la teoría.

13. En esta línea se inscribe el famoso "nothing works", que hizo célebre Robert Martinson⁶, que llevó a un enorme pesimismo acerca del sistema, y tuvo consecuencias insospechadas, para muchos tremendamente negativas, como el surgimiento del llamado realismo de derecha y la consecuente reacción del realismo de izquierda concordando ambas corrientes en buena medida, en un reforzamiento del sistema de control formal, en la necesidad de una mayor severidad en las penas, de nuevas leyes incriminadoras, y de una forma siempre presente de la prevención especial, a través de lo que se denomina hoy por hoy como "incapacitación"⁷, que era lo que los antiguos llamaban poner al criminal en condición de no ofender (por lo menos respecto de la sociedad extra carcelaria), por el simple y expeditivo expediente del encerramiento, sin posibilidades liberatorias, de forma y modo que durante dicho período al

(2) Andenaes, J., *Punishment ad Deterrence*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1974, p. 6.

(3) Jeremías Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, en: *Oeuvres*, (T.2), Aalen (RFA): Scientia Verlag, 1969, p. 4.

(4) Platon, *Las Leyes*, Libro XI y XII, Aristoteles, *Arte retórica y poética* cap. XII.

(5) Seneca, *De Ira*, I: "Nem o prudens punit quia peccatum est, sed en peccetur", tomado del Protágoras del ateniense.

(6) Robert Martinson, *What works? Questions ad answers about prison reform*, The Public Interest, 1974:22-54.

(7) Greenwood, P.-Abrahamse, A., *Selective Incapacitation*. Rand & Co., Santa Mónica, 1982:79, Greenwood, P., *Selective Incapacitation revisited*, Rand & Co., Santa Mónica, 1987:34

menos, el sujeto no pueda volver a dañar a la sociedad.

14. De la vieja Escuela de la Política Criminal delineada por von Liszt en Alemania, por van Hamel en Países Bajos, y por Prins en Bélgica⁸, se desgajan dos vertientes: una liberal y humanística, que tiende a sustituir la pena retributiva por una pena no privativa de la libertad, como las multas y otras alternativas al aprisionamiento, y otra vertiente que postula la neutralización o la incapacitación del delincuente no recuperable⁹, sin perjuicio de una tercera posibilidad, conocida como modelo médico, que tiende a perfeccionar los tratamientos terapéuticos, sobre todo desde una perspectiva psiquiátrica, en el cual la duración de la pena debería depender del criterio médico¹⁰.

15. Como dijimos en los Nros. 7 y 8 importa determinar cuales son los fundamentos empíricos de estos diferentes puntos de vista, para lo cual es evidente, por lo menos en el Uruguay, que debe profundizarse la indagatoria de campo, lo que supone por lo menos tener una noticia de alguna de las principales averiguaciones que sobre el particular se han hecho en el extranjero, comparando en lo posible las experiencias de diferentes procedencias, para poder saber si los asertos que formulan se conforman o no con los datos de la "realidad".

16. Para determinar si realmente la pena sirve para reinsertar al criminal en

el medio social, si sirve para su resocialización o su reeducación, más allá de posicionamientos ideológicos incompatibles con la vida comunitaria, como los que postulan el respeto de la pluralidad y los diferentes estilos de vida y escalas de valores en una sociedad cosmopolita, (como si fuera posible admitir ciertas conductas, como el maltrato a los niños o la tortura doméstica en general, como una pauta cultural digna de respeto y consideración), es necesario establecer la tasa de la reincidencia entre las personas que fueron objeto de tratamiento carcelario.

17. En países como Suiza, que sí llevan prolijamente desde hace años este tipo de estadísticas, se há notado¹¹ que si bien dichas tasas varían según la naturaleza del delito, el sexo, el estado civil y la edad, sobre todo lo hacen en función del número de antecedentes del involucrado. Los reincidentes, por lo menos en ese país, se reclutan mayormente entre los jóvenes solteros, los condenados según artículos del Código Penal y entre los viejos detenidos que cuentan con múltiples antecedentes criminales.

18. Las tasas de reincidencia parecen estabilizarse en un plazo de cinco años a partir de la liberación del sujeto, a razón del 50%, lo que pone en entredicho el prejuicio común de considerar que la casi totalidad de ex-reclusos retornan tarde o temprano a la prisión. Y esto se puede extender, en general, a los estudios de campo realizados en los EE.UU., en Alemania y en Francia¹².

19. Si la probabilidad de una reincidencia aumenta en razón del número de antecedentes del sujeto, parece claro que un país en el cual los primarios sean encarcelados sistemáticamente, la tasa

(8). Alfredo Giribaldi Oddo, *Estudios Jurídicos*, ed. Florenza & Lafon, Montevideo, 1946, Parte Segunda, Cap. VII:268.

(9) James Wilson, *Thinking about Crime*, N. York, Basic-Books, 1975; van den Haag, *Punishing Criminals*, N. York, Basic-Books, 1975.

(10) Cusson, M., *Le controle social du crime*, Paris:PUF, 1983:32.

(11) Martin Killias *Précis de Criminologie*, ed Staempfli & Cia., Berna, 1991:478.

(12) Martin Killias, ob. cit., p. 479, & 1108

aparecerá reducida, sobre todo en relación con otro en el cual el riesgo de encarcelamiento esté limitado a autores de delitos graves o a individuos que ya delinquieron con anterioridad.

20. La sobreestimación frecuente del número de reincidencias se debe, en buena parte, a no haberse tomado en consideración la diferencia señalada por Kaiser¹³ entre el "flujo" y el "stock" de detenidos, de forma que un análisis de reincidencias basada en el número de personas en reclusión en una cárcel, un día determinado, dará un peso desmesurado a los delincuentes que purgan largas penas (y por ello posiblemente reincidentes), mientras que un resultado totalmente opuesto emergería, de considerar científicamente el "flujo" que comprenda y valorice debidamente a los que sirven penas cortas de prisión (o detenciones de corta duración).

21. La sobreestimación de la tasa de reincidencias, en no pocas ocasiones se debe a no haber tomado en cuenta este tipo de diferenciaciones, lo que llevó desde la época de von Listz y hasta a Foucault¹⁴ posiblemente a un exagerado pesimismo, ante tamaña "constatación".

22. La tasa de "fracaso" o de "éxito" del tratamiento penitenciario se debe observar, como enseña Killias¹⁵, por un análisis prospectivo a partir de la excarcelación del individuo, y durante un lapso relativamente prolongado, y no por un corte transversal referido a los antecedentes que registre la población reclusa en un momento y lugar determinado.

(13) Kaiser, Gunther und adl. *Strafvollzug: Ein Lehrbuch* 3era. Ed., Heidelberg, 1982: & 11

(14) Michel Foucault, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, ed. Siglo XXI, Nueva Criminología, 19na. ed., 1991:269. *Las prisiones no disminuyen la tasa de la criminalidad... la detención provoca la reincidencia*

(15) Killas, M..., ob. cit., p. 482, & 1112

23. Las dificultades con que tropieza un régimen de reclusión para llevar a buen término un programa de tratamiento y recuperación son similares a las que presenta cualquier institución con similares propuestas, tales como los hospitales psiquiátricos, la recuperación de traumatizados graves, de menores infractores, de alcoholistas o drogadictos. En ninguno de estos casos es posible plantear una posición "abolicionista", ni es humano desistir de todo tratamiento, sea cual sea el grado de fracaso y frustración que se derive de un lento, caro, difícil y muchas veces desconsolador trabajo aparentemente inútil, cuando todo parece naufragar, menos la esperanza.

24. Si de lo que se trata por medio del sistema penal, del mundo normativo, es de cambiar la conducta de las personas, ya sea por adhesión y convencimiento, ya sea por simple miedo a las consecuencias del no sometimiento, es obvio que las dificultades son enormes en la consecución de las metas, pero ello no autoriza a bajar los brazos y desistir del empeño, especialmente cuando no se ofrecen alternativas viables en sustitución.

25. Las normas penales son normas de determinación de conductas humanas, y, dentro de un marco neoclásico, que parece imponerse con fuerza en estos días, solo se concibe la dignidad del hombre, si suponemos, mas allá de metafísica y ontología del ser, que éste es un ser responsable, por razón de que es libre y opta por el mal pudiendo hacerlo por el bien, a través de una elección racional, donde toma en cuenta las consecuencias de sus actos, y sopesa el placer que obtiene por el delito frente al displacer y al dolor que le infringirá la pena.

26. Incluso en situaciones inaceptables desde el punto de vista de los derechos humanos en que se encuentran

muchas de nuestras cárceles, que se han convertido en gran medida en simples depósitos de seres humanos, cárceles superpobladas y sin recursos económicos ni humanos para poder desarrollar aceptablemente su función¹⁶, será necesario determinar, si tiene o no alguna eficacia el simple encierro (pues el tratamiento es excepcional), aspecto que permitirá tener un conocimiento más cabal de la realidad, y posiblemente sirva para demistificar muchos de los dogmas que repetimos a veces, sin fundamentación empírica que los sustenten.

27. No existen en el Uruguay, aparte de las estadísticas que lleva el Ministerio del Interior y la propia Suprema Corte de Justicia, estudios empíricos sobre la tasa de reincidencia efectuados con criterios modernos de evaluación del sistema, control de efectos secundarios, costos y consideración de alternativas para lograr los mismos o mejores resultados por otros medios diferentes del encarcelamiento.

(16) Según en Informe de la Comisión Honoraria de Mejoramiento del Sistema Carcelario del mes de junio de 1996, y tomando solo en consideración los grandes centros de reclusión del sur del país, al 14.04.1996 en la Cárcel de Mujeres se alojaban 94 internas (de las cuales solo 7 eran penadas); en el Penal de Libertad, al 23.04.1996 había 188 internos (actualmente, en noviembre de 1997 esa cifra subió a 230), en el Complejo de Santiago Vázquez, al 07.05.1996 revisitaban 1.540 personas (la capacidad locativa máxima está fijada en 1.312, en un total de 736 celdas). En esa fecha había en todo el país un total de 125 mujeres privadas de su libertad (cifras aproximadas según dicho informe en que un Departamento no se relevó por varias razones), y 3.150 hombre, lo que da una población reclusa aproximada de 3.275 personas, sobre una población total de 1.300.000 habitantes.

28. Esto aconseja que nos maneje-mos con mucha cautela al efectuar cualquier tipo de afirmación sobre el punto, de forma que deberemos realizar por nosotros mismos estas indagaciones, para poder llegar a conclusiones más certeras, dentro de la provisoriedad que tienen en ciencias sociales los conocimientos adquiridos. Naturalmente que en las condiciones actuales será casi imposible poder elegir un grupo testigo de control (con todo lo aleatorio y arbitrario que ello es) y mucho menos efectuar investigaciones experimentales controladas.

29. Lo que sí me parece puede realizarse por ahora en el Uruguay es el seguimiento durante cinco años por ejemplo del comportamiento de las personas luego de su liberación, con lo que tendríamos un corte longitudinal apreciable, entre un "antes" y un "después" del aprisionamiento, y espero que esta propuesta sea aceptada y llevada adelante, desde el año que viene por el grupo de investigación constituido en la Facultad de Derecho de Montevideo y que dirige el Prof. Dr. Aller.

30. La afirmación sobre los efectos secundarios perversos de las penas privativas de la libertad, y particularmente de las penas cortas de prisión, se há constituido en un "dogma" del penitenciarismo contemporáneo, ya sea en su versión originaria de su necesaria supresión para evitar la reincidencia, ya en su vertiente práctica de evitar la superpoblación de internos, ya en el modernísimo planteo sobre la naturaleza "intercambiable" de las penas (privativas y no privativas de la libertad) desde el ángulo de la prevención especial¹⁷, que postula su supresión como con-

(17) H. J. Albrecht, *Legalbewahrung bei zu Geldstrafe und Freiheitsstrafe Verurteilten*, Freiburg, 1982.

secuencia del principio de la proporcionalidad.

31. La confirmación o la refutación de esta tesis de equivalencia entre sanción formal e informal, que pretende una mayor eficacia de la sanción informal (por no tener efectos nocivos tan notorios sobre la autoestima, por el etiquetamiento, el estigma, etc.), solo puede elucidarse a través de estudios empíricos que en el Uruguay podrían hacerse comparando la tasa de reincidencia entre los procesados con prisión y los que no sufren preventiva, existiendo algunos estudios relevados por Killias, respecto de que los infractores que no pasan por un encarcelamiento pueden verse impulsados a reincidir por haber adquirido conciencia de cierta impunidad de sus actos violatorios de normas¹⁸.

32. Si bien no se han hecho estudios extendidos sobre el punto en el Uruguay, tenemos claro que las leyes que impusieron la prevención sin prisión en numerosos casos, tuvieron el efecto secundario de provocar por un lado un mayor número de procesamiento (tal vez con pruebas menos concluyentes visto que al fin de cuentas el sujeto iba a ser juzgado en libertad), y por otro una mayor duración de las preventivas dispuestas y una mayor severidad de las penas, ya que en ambos casos el rigor se justificaría tanto por la gravedad del delito como por la peligrosidad del autor.

33. Este efecto "perverso" de algunas soluciones en principio "liberales", debe ser tenido en cuenta cuando se piensa que una política como la de prevención sin prisión o de eliminación de las penas de corta duración, puede tener un efecto de disminución de la población reclusa, porque puede ocurrir precisamente lo contrario, ya que al parecer la

superpoblación depende más de la duración de las penas que del número de personas encarceladas en un momento dado, con lo que se pone de manifiesto, otra vez, la diferencia, señalada por Kaiser, entre "flujo" y el "stock" de los internos.

34. Reservar la prisión solo para los grandes criminales, para los "presos residuales" en la terminología de las Naciones, puede tener por efecto cambiar la composición de la población carcelaria volviéndola más desigual aún, en el sentido de que los autores de delitos graves, especialmente contra la propiedad (como la rapiña), se reclutan mayoritariamente, por no decir exclusivamente desde un punto de vista estadístico, entre las clases más bajas de la sociedad, por lo cual toda política de eliminación de las penas cortas de aprisionamiento o la aplicación de medidas alternativas o sustitutivas, va a favorecer, objetivamente, al sector medio o más privilegiado, que es el que generalmente comete delitos para los cuales se prevén este tipo de beneficios, entre ellos el del procesamiento sin prisión, como es el caso paradigmático de los delitos culposos en especial los de origen en la circulación vehicular.

Conclusiones

En este trabajo se plantea la necesidad de rediscutir el tratamiento carcelario en cuanto a su eficacia para disminuir la tasa de reincidencia.

Desde una perspectiva realista cabe repensar la finalidad de prevención especial de la pena, estudiando la medida en que el aprisionamiento cumple con sus objetivos, y cuáles son los efectos secundarios, en ocasiones perversos, que provoca.

También se considera la posibilidad, si las hay, de alternativas al aprisiona-

(18) M. Killias, ob. c. cit., p. 495.

miento, especialmente desde el punto de vista de la prevención de la reincidencia.

Desde una óptica normativista, que considera impensable un sistema que no parta de la libertad de elección, se postula la eficacia preventiva de la sanción, lo que se entiende debe ser acreditado, como todo conocimiento en ciencias sociales, por la investigación empírica.

Considera el autor que no cabe un pensamiento dogmático o acritico de estos temas, y que corresponde confrontar los lugares comunes, prejuicios o dogmas que muchas veces dominan el pensamiento científico, con nuevas indagaciones de campo, a efectos de verificar la corrección de nuestros "conocimientos".

Como las normas tratan de determinar las conductas humanas, positiva o negativamente, se utilizan algunas indagaciones empíricas llevadas a cabo para establecer la medida en que se cumple en la realidad tal determinación.

El tema de la rehabilitación a través del encierro, en sus vertientes ejemplarizantes e intimidantes, es puesto bajo consideración, una vez más, pero descargado de ideología o de un marco teórico previo que condicione las respuestas, que se pretenden hallar, observando objetivamente la realidad.

La simple negatividad, el pesimismo abrumador del "nothing works", y sus

consecuencias devastadoras, son puestas de manifiesto, postulando un acercamiento de mente abierta a la ideología del tratamiento que, en definitiva, es la que postula nuestra Constitución y sobre la que se basa el sistema penitenciario nacional acorde con los postulados que en esta materia han definido las propias Naciones Unidas.

La línea de la prevención especial, esbozada primero que nadie por la Escuela de la Política Criminal de von Liszt, se bifurca en tres vertientes diferentes que brevemente se consideran aquí: la libertad-humanista, la del modelo médico y la que se conforma con la mera incapacitación.

Se ofrecen algunas consideraciones a tener en cuenta al estudiar las tasas de reincidencia y se pone como ejemplo de tales indagaciones (cuya falta en el Uruguay debe enmendarse desde nuestro propio esfuerzo), el caso de las penas cortas de prisión, respecto de las cuales el saber tradicional tiene como adquirida su nocividad, y su necesaria eliminación ya sea por su calidad de productora de reincidencias, como para evitar la superpoblación carcelaria.

Estos puntos son objeto de un análisis crítico que considera la tesis de la "intercambiabilidad" de las penas formales e informales, y los efectos secundarios que puede producir una reforma aparentemente liberal sobre la composición de la propia población reclusa.

5. POLÍCIA E DIREITO

QUESTÕES PRELIMINARES PARA A DISCUSSÃO DE UMA PROPOSTA DE DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS SOBRE A SEGURANÇA PÚBLICA.

CARLOS MAGNO NAZARETH CERQUEIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Questões preliminares: 2.1. Desmilitarização da segurança; 2.2. As funções policiais: 2.2.1. Conceituação de polícia, 2.2.2. Exame das funções policiais, 2.2.3. Luta contra a criminalidade, 2.2.4. Atividades puramente administrativas, 2.2.5. Serviços de informações, 2.2.6. Manutenção da ordem, 2.2.7. Primeiros socorros, 2.2.8. Limitações do poder de polícia, 2.2.9. Condições de trabalho e regime disciplinar, 2.2.10. Algumas propostas; 2.3. Centralização ou descentralização; 2.4. Pluralismo policial; 2.5. Controle da polícia: 2.5.1 Propostas de controle da atividade policial, 2.5.2 O controle interno, 2.5.3 O controle externo – o poder executivo, 2.5.4 O controle do legislativo, 2.5.5 O controle da justiça criminal, 2.5.6 O controle da sociedade – 3. Outras questões constitucionais e algumas propostas: 3.1 Estado de direito democrático; 3.2 Políticas criminais; 3.3 Natureza da atividade policial; 3.4 Desjudicialização da polícia civil; 3.5 Profissionalização da polícia; 3.6 Simplificações dos inquéritos policiais: 3.6.1 O quê, quem, onde, quando, como, de que forma e por quê; 3.7 O juizado de instrução; 3.8 Administração da justiça criminal – 4. Conclusões finais.

1. Introdução

O meu primeiro objetivo, com este texto, é o de discutir a necessidade da nossa Constituição definir princípios doutrinários para a formulação de diretrizes para a administração da segurança pública no cenário brasileiro.

Entendo como segurança pública o campo da administração dos órgãos e das medidas destinadas a garantir a ordem pública.

Vejo a necessidade dessas diretrizes como forma de precisar com clareza as questões doutrinárias e práticas da segurança. As primeiras são aquelas que podem ser consideradas princípios essenciais à democracia e à segurança. São princípios fundamentais que deverão orientar a administração pública nas suas atividades voltadas para a seguran-

ça da população. Devem ser consensuais e obrigatórias.

As questões práticas dividem-se em duas categorias: a primeira decorre da observância ou não dos princípios doutrinários; a segunda trata de questões não necessariamente referidas a esses princípios, que apesar de importantes para as questões da segurança não se tornam obrigatórias.

As diretrizes constitucionais deverão se ocupar dos princípios doutrinários e das suas questões práticas.

É necessário restar claro que os debates que se travarão na área da segurança são de natureza sócio-política, envolvendo decisões político-administrativas que dependerão não só de conveniências técnicas, mas de arranjos de poder de diferentes forças sociais ou corporações. Estarão em jogo, neste

nível das relações sociais e políticas, diferentes interesses e posições que ensejam um leque de variadas decisões. Para orientar tais decisões, proponho alguns princípios constitucionais que, de imediato, seriam aceitos por todos desde que fossem considerados como essenciais à democracia e ao projeto de uma política de segurança adequada a um modelo de sociedade democrática e pluralista.

Quando a sociedade brasileira, abalada pela ações da PM de São Paulo, em Diadema, volta a discutir a questão do controle da criminalidade e pretende redefinir os órgãos responsáveis pela segurança pública brasileira impõe-se distinguir os aspectos doutrinários e práticos da segurança pública. É preciso evitar que se cometam os erros tradicionais, ou seja, de priorizar questões práticas que não são doutrinárias, muitas vezes corporativistas, em detrimento de questões de princípios. Por isso proponho que da Constituição só constem princípios doutrinários que cubram todos os aspectos essenciais da segurança em um Estado Democrático de Direito.

Pretendo neste estudo, a partir do exame dos principais pontos do debate sobre a reforma policial, tentar separar as questões doutrinárias que podem ser tratadas no âmbito de uma diretriz constitucional e das outras que possam ficar fora do nível constitucional, situando-se no campo das questões puramente práticas. Para realizar tal intento pretendo comentar alguns textos que analisam o debate no cenário internacional, procurando comparar com a situação brasileira.

2. Questões preliminares

Discutirei, inicialmente, os temas que aparecem com mais frequência nos debates sobre a reforma policial. São os

temas relativos à desmilitarização da polícia, às funções policiais, à centralização e descentralização, ao pluralismo policial e ao controle da polícia.

No exame de cada um desses temas espero mostrar as diferentes posições em disputa, tentando definir os pontos que se refiram aos princípios e às questões práticas doutrinárias e obrigatórias e os que possam ser considerados práticos, mas não obrigatórios e contingenciais.

2.1 Desmilitarização da segurança

Tem sido usual nas discussões sobre a militarização o enfoque de privilegiar somente o aspecto organizacional das polícias; os debates centram-se na conveniência ou não de uma polícia militar. É importante ampliar o campo dessa discussão, examinando-se outros aspectos deste processo.

Analisando a militarização como um processo de adoção e emprego de modelos, métodos, conceitos, doutrina, procedimentos e pessoal militares em atividades de natureza policial, dando assim uma feição militar às questões de segurança pública.

Segundo a análise acima há aspectos de militarização, no cenário brasileiro, que ajudam a esclarecer o meu ponto de vista. São os seguintes:

- filosofia operacional – adoção do modelo de guerra para o combate do crime. O criminoso é percebido como inimigo a ser eliminado;
- aspectos operacionais – militares executando missões de polícia nos serviços de segurança das autoridades federais e estrangeiras;
- aspecto jurídico-organizacional – adoção de estruturas organizacionais militares (modelo do exército) na atividade de policiamento;

- aspectos administrativos – controle das polícias militares pelo Exército; oficiais do Exército exercendo funções de direção em órgãos específicos da segurança pública;
- missões dos militares – as Forças Armadas com atribuições de intervenção nas situações de lei e ordem: podem intervir em questões de segurança pública;
- justiça militar – foro especial para os militares e os policiais militares que atuam na área do policiamento;
- defesa civil – dirigida por corpos de bombeiros militares.

Com estes aspectos esclarecidos, entendo que a questão não pode ficar restrita somente à discussão da desmilitarização da polícia; há outras situações importantes, que precisam ser ponderadas.

Passando a analisar a situação brasileira vê-se que a Constituição Federal (art. 144) tem um capítulo destinado à segurança pública; nele são definidas as atribuições e a natureza jurídica organizacional das polícias e dos corpos de bombeiros militares. Essas organizações são consideradas forças auxiliares e reserva do Exército com atribuições, respectivamente, de polícia ostensiva e preservação da ordem pública e de execução de atividades de defesa civil. Temos organizações militares com missões de polícia e de defesa civil, ao lado de outras organizações policiais, de natureza civil.

No capítulo que trata do papel das Forças Armadas (art. 142), a Constituição Federal define as suas missões: defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer um deles, a garantia da lei e da ordem. Temos, portanto, os militares com atribuições no campo da segurança pública. Isto fica mais claro quando se verifica a lei complementar que regu-

lamenta o referido artigo constitucional¹.

A referida lei, ao definir o emprego das FFAA nas questões da lei e da ordem, estabelece que esta atuação ocorrerá de acordo com as diretrizes do Presidente da República, após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal. Creio que está claro o emprego das FFAA no campo da segurança pública.

Resumindo os aspectos comentados sobre a situação brasileira observa-se que é constitucionalmente permitido o emprego de militares no campo da segurança pública, ou seja, exercendo o papel de polícia. Posso afirmar que o quadro da segurança pública brasileira é militarizado.

Vejamos agora a situação internacional que será analisada partindo-se do exame da França, Portugal, Itália e Espanha. Nestes países europeus coexistem forças militares com forças civis na atividade de polícia atuando no campo específico da segurança pública. São as seguintes organizações militares:

- França: Gendarmeria Nacional
- Portugal: Guarda Nacional Republicana
- Itália: Carabineiros Italianos
- Espanha: Guarda Civil

É importante registrarmos algumas observações a respeito dessas polícias e da sua filosofia de atuação. Em primeiro lugar, todas elas executam as duas funções básicas de polícia: policiamento e investigação criminal, juntamente com as outras polícias civis.

(1) Lei Complementar n. 69, de 23.07.1991. Dispõe sobre as normas gerais para organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas.

Outra característica marcante é o fato dos militares fazerem polícia sem adotar a filosofia operacional de guerra; distinguem claramente as diferenças de uma atuação bélica e de uma outra atuação no campo da segurança pública. Sabem que a atividade de polícia é uma atividade civil que deve ser administrada pelos ministérios civis. Para as questões policiais as organizações militares se submetem ao poder civil e judiciário.

As questões de segurança interna ficam adstritas aos ministérios militares nos aspectos operacionais e aos civis nos aspectos políticos. As Forças Armadas desses países não podem operar nas questões internas; todas as atividades de lei e ordem são atribuídas as suas polícias militares. Pode-se concluir com a constatação de que há nestes países, apesar das polícias militares, um quadro mais efetivo de desmilitarização da segurança pública.

A análise da situação internacional vai nos ajudar a colocar o seguinte: a questão doutrinária, essencial e que pode ser erigida como um princípio constitucional, é a da natureza civil da atividade policial; esta deve ser a questão principal para definição constitucional de um princípio democrático para as polícias.

Vista essa questão, é preciso discutir a conveniência ou a possibilidade de polícias militares e militares das FFAA atuarem em missões policiais como civis. Essa me parece a questão que precisa ser considerada para uma análise mais adequada para se decidir sobre o destino das polícias militares brasileiras.

Acredito não ser muito difícil a aceitação da minha afirmação sobre o quadro de militarização da segurança pública brasileira; antes de ser analisada a conveniência da alteração da natureza organizacional das polícias militares é necessário se pensar, com certa urgên-

cia, na desmilitarização da segurança pública.

Após essas preliminares analisarei os debates sobre a reforma policial no cenário internacional e brasileiro. Examinarei as discussões que ocorrem nos países de forte tradição militarista, conhecendo os temas dos debates e as alternativas que aí tem sido propostas.

É interessante comentar um texto produzido por um oficial superior da Gendarmeria francesa². Sua abordagem é sobre o principal tema do debate: o da democracia. O autor ressalta em seu artigo pontos fundamentais:

- “Como reduzir o peso do fator militar no coração do Estado democrático do século XX? Teoricamente, no domínio policial, só existem duas soluções possíveis: ou os policiais deixam de ser militares ou deixam de ser policiais”³.
- “Uma corporação policial como a Gendarmeria Nacional ilustra, de modo exemplar, a tendência do conjunto do sistema policial francês para ficar subordinada aos escalões governamentais, para procurar sua legitimação unicamente através do serviço do Estado central e para se abrigar atrás das exigências da disciplina interna para escapar a qualquer disciplina externa”⁴.

(2) Watin-Augourd, Marc. *Missões da Polícia e Estrutura Militar*, artigo da Revista da Gendarmeria Nacional, 1993, 1.º Trimestre. Tradução de Mina Seinfeld de Carakushansky.

(3) Idem. É citação de Jean Claude Monet. Le Système de police française: un modèle à revisiter. *Les cahiers de la sécurité intérieure*, nov. 1991, p. 41-43.

(4) Idem. O autor cita Mawby Rob, Table ronde; polices en Europe: construction et développement. *Les cahiers de la sécurité intérieure*, nov. 1991, p. 81-108.

O autor inclui também as críticas feitas pelo conselho europeu dos sindicatos de polícia sobre a estrutura militar da Gendarmeria.

Percebe-se que os temas do debate no cenário europeu remetem a questão da desmilitarização para alguns problemas que não surgem costumemente nas discussões do cenário nacional; as nossas preocupações ainda estão muito restritas ao quadro do despreparo profissional, de violência arbitrária e de corrupção policial. Acredito que os temas da democracia, subordinação governamental, centralismo, sindicalização e disciplina externa precisam ser considerados e o farei no transcorrer desse estudo. Aqui estarei tratando particularmente do princípio consagrado pela democracia da natureza civil da atividade policial.

Coloquemos a indagação feita pelo oficial da Gendarmeria: "Numa sociedade que atingiu a maturidade democrática, a função policial é compatível com a estrutura militar? Em outras palavras, será que o militar coloca em perigo as liberdades individuais, os direitos humanos e do cidadão, quando ele está investido de uma missão de serviço público que pode comportar, mesmo em tempo de paz, o exercício da repressão ou o emprego da força?".

O oficial francês diz que a Gendarmeria é uma força de polícia com estrutura militar e não uma polícia militar. Será que as polícias militares brasileiras podem fazer a mesma afirmação? O que significaria ser uma estrutura militar que faz polícia?

Deixarei a resposta para mais adiante. É necessário buscar outros exemplos no cenário internacional para reforçar a idéia da natureza civil da atividade policial. Nos idos de 1780 o Exército inglês foi chamado para intervir em distúrbios civis que ocorriam em Lon-

dres⁵. Nas discussões que se seguiram no parlamento da Inglaterra, lorde Mansfield pronunciou um discurso, que teve repercussão histórica, porque ia consagrar um princípio que se aplicaria na jurisprudência inglesa e posteriormente na norte-americana, o da natureza civil da atividade policial. Mansfield dizia no seu discurso que os militares foram chamados para a intervenção não como soldados, mas como cidadãos; os militares atuavam para manter a ordem por solicitação da autoridade civil e agiriam sob o mando da autoridade local; dizia o lorde que a intervenção era civil e não militar. Ballbé afirma que a consequência importante desta doutrina foi considerar não ser compatível a jurisdição militar para o julgamento de possível abuso do poder cometido pelos militares ou para as agressões contra eles; todas essas violações seriam atribuídas à justiça comum.

O exemplo acima mostra que forças militares, quando conveniente, podem atuar em um quadro de manutenção da ordem, mas como forças civis e não de guerra.

Aproveitando o texto de Ballbé⁶ pode-se perceber a situação da discussão na Espanha. Para ele a Constituição Espanhola de 1978 deixou bem explícita a distinção entre Polícia e Exército; o autor afirma que a Lei Orgânica do regime franquista não fazia tal distinção ao estabelecer como Forças Armadas as Forças da Ordem Pública. Para Ballbé a Constituição ainda deixou claro a natureza diversa das funções militares e policiais ao definir como atribuição dos Corpos e Forças de Segurança as missões de proteção do livre exercício dos

(5) Ballbé, Manuel. *La Policía y la Constitución*, en *Policía y Sociedad democrática*, compilado por Rico, José Maria. Alianza Universidad, Madrid, 1983, p. 90-91.

(6) Idem. p. 89-98.

direitos e liberdades e a garantia da segurança dos cidadãos; para o referido autor estava configurada a Polícia como serviço público.

Embora a Espanha tenha avançado nos aspectos relacionados aos princípios constitucionais democráticos, no campo prático, os avanços não foram tão significativos, particularmente no que se refere à Guarda Civil espanhola, força de natureza militar semelhante à Gendarmaria francesa. Apesar das dificuldades, a Lei Orgânica de 1980 considerou que em tempo de paz a referida Guarda, dependeria do Ministro da Defesa para o cumprimento das missões de caráter militar que lhe fossem determinadas e do Ministro do Interior para o desempenho das funções relativas a ordem e a segurança pública. Ballbé considera isto um passo adiante no processo de desmilitarização.

Percebem-se as dificuldades práticas para o ajuste de princípios democráticos, em países com forte tradição militarista e autoritária. Ainda examinando o cenário internacional veremos a situação de Portugal.

Em 1985, ao visitar as polícias de Portugal, pude acompanhar as discussões que se travavam para a reforma policial daquele país também de forte tradição militarista no campo da segurança pública. Existiam a Polícia de Segurança Pública (PSP), a Guarda Nacional Republicana (GNR), a Guarda Fazendária e uma Polícia Judiciária. As duas primeiras, alvo de nosso interesse, atuavam no campo da segurança pública executando as missões do policiamento ostensivo e a investigação criminal. A Polícia de Segurança Pública militarizada tinha a frente dos seus órgãos de comando, direção geral e estado-maior oficiais do Exército. A Guarda Nacional Republicana, corpo militar integrante das Forças Armadas portuguesas, não tinha um quadro próprio de oficiais

superiores, todos eram oficiais do Exército à disposição daquele corpo militar.

Havia uma proposta de desmilitarização da Polícia de Segurança Pública e de extinção da Guarda Nacional Republicana; o general que comandava a Guarda me dissera que o Exército desaconselhava tal extinção pelo fato das FFAA portuguesas estarem impedidas de atuar no campo da ordem interna, em face de seus compromissos com a OTAN; isto justificava a necessidade de terem uma tropa com adestramento e equipamentos militares para fazer frente às necessidades da defesa da ordem interna. A reforma da polícia portuguesa, pelo que soube naquela época, promoveu a desmilitarização da Polícia de Segurança Pública e manteve a Guarda Nacional Republicana; essa, no entanto, pôde possuir o seu próprio quadro de oficiais, dispensando os oficiais do Exército ali exercendo suas atividades. A Guarda Nacional Republicana ganhou maior autonomia orgânica dependendo do Ministério da Defesa para as questões da defesa da ordem interna e do Ministério da Administração Interna para os assuntos de segurança pública. Não se discutia, em Portugal, a questão da submissão ao poder civil e a natureza civil da polícia. Como uma questão prática e de conveniência política os portugueses mantiveram uma força de natureza militar executando tarefas de polícia.

Na Itália, os Carabineiros, arma do Exército italiano, exercem as funções de polícia administrativa e judiciária; são também responsáveis pelas tarefas de defesa interna e territorial, à semelhança das outras forças militares acima examinadas.

Ao examinar o cenário internacional verifica-se a existência de organizações militares executando missões de polícia no campo da segurança pública e no campo da defesa interna; enquanto as

suas FFAA se preocupam essencialmente com as questões da segurança externa. Não se discutem nesses países a natureza civil da atividade policial e a sua submissão ao poder civil, embora sejam discutidas a conveniência de se ter uma polícia com estrutura militar.

No cenário brasileiro é bastante criticada a estrutura militar das suas polícias. Basta ver as principais divergências surgidas⁷, no período dos governos militares, quando da implantação da legislação referente ao papel das polícias estaduais. Elas ainda estão presentes no debate atual e são as seguintes:

- dualidade dos organismos policiais;
- conflito das atribuições das duas polícias;
- incompetência da União para legislar sobre a organização policial dos Estados-membros;
- incompatibilidade da organização militar na atividade policial;
- incompetência da PM no policiamento ostensivo;
- planejamento do policiamento ostensivo pela autoridade militar;
- as PM deveriam atuar nas missões de segurança interna e não nas atividades de segurança pública afetas tradicionalmente às polícias civis.

Percebe-se nessas divergências o repúdio declarado às polícias militares que são mostradas como incompatíveis para a atividade do policiamento.

As Polícias Militares brasileiras, comparadas com as examinadas acima, apresentam um quadro nítido de inferioridade em relação ao conjunto das outras FFAA; enquanto as outras polícias estrangeiras possuem um status

militar do mesmo nível das outras forças militares, as PM brasileiras possuem status inferior; são forças auxiliares e reservas do Exército e a ele subordinadas, seja do ponto de vista do quadro pessoal, seja do ponto de vista do quadro operacional. São dependentes da Inspetoria Geral do Exército. A sua organização, seus efetivos, material bélico e garantias dependem de normas gerais editadas pelo Exército. As PM são forças estaduais controladas pela União, através daquela força armada. No campo policial, está presente também, o quadro de inferioridade: as PM não fazem a investigação criminal.

O nível de militarização da segurança pública, no cenário brasileiro é bastante elevado. Ainda não é claro para os policiais militares e aos militares a natureza civil da atividade policial e a sua subordinação ao poder civil; precisamos de um lorde Mansfield. Infelizmente o mesmo pode-se dizer dos políticos e dos administradores públicos que defendem posições militaristas. É comum governadores de Estado nomearem oficiais do Exército para funções de comando, de administração e assessoramento de questões da segurança pública. Entende-se que pelo fato da tradição militarista e autoritária da história brasileira a nossa cultura acostumou-se com o tratamento de guerra para as questões do controle do crime e da violência. Daí buscar-se esses especialistas.

Por outro lado, o quadro de falta de profissionalização da polícia brasileira, do despreparo, da violência contra a população e da corrupção são tão elevados que não deixa ao administrador, muitas vezes, outra saída que não a de buscar apoio nos quadros militares do Exército.

Defesa civil militarizada, filosofia operacional militarizada, poder civil ausente, justiça militar para militares

⁷ A Dicotomia Polícia Civil x Polícia Militar. Documento apresentado pelos delegados de polícia da Secretaria de Segurança do Rio de Janeiro. fev. de 1976.

atuando no policiamento e na manutenção da ordem, organizações das PM semelhantes às do Exército, controle da Inspetoria Geral das Polícias Militares, tudo isto configura o nosso quadro de militarização da segurança pública. Acredito que o quadro brasileiro seja mais agravado pelo fato de não se ter ainda definido claramente para a sociedade brasileira o princípio decorrente da situação democrática: a natureza civil da polícia e a sua submissão ao poder civil.

Outra questão bem característica da situação brasileira é o papel das Forças Armadas na garantia da ordem interna; elas, diferentemente das outras aqui examinadas, não abrem mão do seu papel principal na defesa da ordem interna; em momento algum, particularmente o Exército, delegou este papel às Polícias Militares; jamais se dedicaram exclusivamente à defesa externa.

Estas questões estavam bem definidas no quadro da doutrina da segurança nacional, que me parece ainda funcionar para explicar o papel do Exército no campo da ordem interna. Hoje não se fala mais em segurança nacional e talvez por isso o professor Diogo de Figueiredo⁸ vem utilizando a idéia de segurança política.

Para este autor a segurança política serve para garantir a ordem política; esta segurança é tratada em dois níveis: o individual e o coletivo. O individual é atribuído à polícia federal no que respeita a apuração das infrações penais da ordem política e social. O coletivo diz respeito às situações que caracterizam a necessidade de declarar o estado de defesa e o estado de sítio. São situações de graves ameaças à paz social

ou à ordem pública. Nestes casos são necessárias medidas de preservação e restabelecimento político da ordem pública no âmbito de atuação exclusiva da União. Terão aí papel destacado as FFAA.

Creio que podemos com isto caracterizar o papel das forças militares brasileiras no campo da segurança política. Voltarei ao assunto mais adiante.

Vistos os cenários internacional e brasileiro, no tocante aos aspectos da militarização da segurança, posso retomar a questão colocada pelo oficial francês e observar como justifica o emprego de forças militares executando missões de polícia.

Sua explicação baseia-se no seguinte: a gendarmeria é uma força de continuidade pois de um lado é uma força intermediária entre a sociedade civil e a militar, e de outro lado, entre a polícia e a força armada; no primeiro caso, pelo fato de estar próximo da sociedade civil, em tempo de paz, pelas suas missões de natureza policial e próximo dos militares pelo regime dos seus integrantes. Com isso, ela faria a ponte entre as duas sociedades: a civil e a militar.

No segundo caso, o fato da Gendarmeria ser militar e possuir material bélico adequado e equipamentos especializados que aumentam a sua capacidade de intervenção permite que ela possa atuar em situação normal, em situação de crise e até de guerra, sem necessidade de grandes alterações organizacionais ou legais. Esta terceira força entre a polícia e as forças armadas evita a necessidade de emprego desses militares em situações de crises internas. Para o oficial francês, países que não dispõem dessa alternativa são obrigados ao emprego das suas forças militares prematuramente, sujeitando-as a um desgaste muitas vezes desnecessário; para países de forte tradição militar é uma boa alternativa.

⁽⁸⁾ Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *A Segurança Pública na Constituição*. Separata da Revista de Informação Legislativa a. 28 n. 109 jan/mar 1991. Senado Federal. p. 140-141.

No cenário brasileiro, registramos o pensamento de um comandante da PM do Rio⁹, discordando da idéia da unificação das polícias estaduais com argumentos que se aproximam muito da idéia da terceira força. Dizia ele que a desmilitarização da PM viria ocasionar dificuldades de vulto na problemática da defesa interna. Admito que isto traria, consequentemente, para o centro dos debates, o interesse operacional do Exército. Creio que este pensamento pesou na decisão de Portugal e da Espanha de manterem as suas forças policiais militares. Foi também fator decisivo para a Constituição de 1988 manter as PM no quadro da segurança pública.

A grande diferença que se observa ao comparar a situação brasileira com a francesa, a portuguesa e a italiana, que também possuem polícias militares é, primeiro, o nível, já examinado, de inferioridade e de subordinação das Polícias Militares brasileiras em relação às Forças Armadas; segundo, o fato do argumento da "terceira força", naqueles países, significar a exclusão de fato dos militares das questões da ordem interna, que acaba não ocorrendo na situação brasileira, isso porque a nossa Constituição permite ainda aos militares brasileiros uma forte presença na área da segurança pública e política.

Retorno à questão inicial sobre a compatibilidade da estrutura militar com a democracia e a atividade policial. Com relação ao primeiro aspecto, entendendo que a estrutura militar da polícia não é incompatível com a democracia, desde que se compreenda a natureza civil da atividade policial e a necessidade de sua submissão ao poder civil.

Com relação ao segundo aspecto percebo ser necessário uma maior discussão. Robert Peel¹⁰ ao criar a polícia metropolitana de Londres, em 1829, formulou alguns princípios que ficaram conhecidos como os "princípios de Peel"; o primeiro deles diz que a polícia deve ser estável, eficaz e organizada militarmente, sob o controle do governo. Por ser um país sem tradição militarista tal assertiva ganha um significado especial ao sugerir a compatibilidade da estrutura militar com a atividade policial. Acredito que Peel tenha influenciado as polícias mundiais a adotarem o modelo militar.

Penso também que o uso de armas, o emprego da força, as condições adversas de trabalho, o treinamento e a natureza da gestão, tudo isso, presente nas organizações e nas atividades policiais, tenham forçado a adoção do modelo militar mesmo pelas polícias que têm a natureza jurídica civil. Um exemplo que confirma essa afirmação encontro em um manual de uma polícia municipal espanhola¹¹; ao falar das funções e dos deveres afirma que, mesmo possuindo caráter civil, a polícia municipal se regerá por normas militares nos aspectos relacionados à organização, instrução e regime disciplinar.

Este é um tema que tem despertado bastante o meu interesse; tenho sustentado que a organização das polícias militares brasileiras não é adequada para o exercício da atividade policial; pelo fato delas copiarem o modelo dos batalhões de infantaria do Exército. Isto não significa dizer que a estrutura militar seja incompatível com a função policial. Como

⁽⁹⁾ A Dicotomia Polícia Civil x Polícia Militar. Documento elaborado pelo Comando da PMERJ. Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro. fev. de 1976.

⁽¹⁰⁾ Citado por Clift, Raymond E., *Cómo Razona la Policía Moderna*. Editorial Letras, S.A. México, 1964, p. 30.

⁽¹¹⁾ Guia de la Policía Municipal. Manual organizado pela Escola Nacional de Administración Local. 1974. p. 50-51.

comandante da PMERJ defendi e pratiquei a idéia da necessidade de adequar a organização da polícia e a sua administração às exigências da segurança pública e da administração moderna¹².

Na mesma direção registro as idéias de Henri-Paul Vignola¹³, ao analisar as polícias canadenses. Diz o autor que na década de setenta a estrutura paramilitar, adotada sem discussão como a forma ideal da organização policial, passou a ser objeto de importantes críticas. Acrescenta que os modelos de administração do sistema aberto passam a ser adotados pelos serviços policiais progressistas. Anotei a observação de Vignola por dois motivos: o primeiro foi o de mostrar a adoção de modelos paramilitares, reforçando a idéia da ampla aceitação, pelas polícias mundiais, do princípio de Peel. A outra, é a da adoção pelas polícias de modelos modernos de gestão.

A dúvida que coloco é se as estruturas militares podem se adequar aos modelos de administração do sistema aberto. Parece que Vignola não acredita nisso. Devo esclarecer que acredito que esses novos modelos que revolucionaram a administração empresarial podem ser adotadas com muita eficácia pela administração pública. Adotei o modelo teórico do sistema aberto¹⁴ quando comandeiei a PM do Rio, tentando implantar uma nova gestão policial. Encontrei muitas dificuldades para convencer os oficiais sobre a conveniência de mudar,

de se buscar o que eu chamo de um militarismo policial que, aliás, tem pouco do militarismo adotado pelo Exército. Acreditava que seria possível. Creio que se pode compatibilizar a organização militar com a atividade policial desde que ela não se torne obstáculo para a incorporação de modelos democráticos de gestão.

Entendo não ser difícil a aceitação da compatibilidade da polícia militar com a democracia. Parece-me que a doutrina exposta por Mansfield, na Inglaterra, é que deva prevalecer, ou seja, a compreensão de que a intervenção para preservar a ordem política é de natureza civil e deve ser subordinada ao poder civil, seja tal intervenção procedida por forças armadas ou forças militares que têm missões de polícia. Creio que a discussão básica seja a de firmar este ponto doutrinário.

Pode-se sugerir como princípios doutrinários essenciais ao regime democrático os seguintes:

- a natureza civil da atividade de segurança pública e política;
- a submissão ao poder civil dos órgãos policiais civis ou militares.

Como questões práticas decorrentes desses princípios podem-se destacar as seguintes:

- dependência das polícias militares dos ministérios civis para as questões de segurança pública;
- fim da justiça militar para os militares e os policiais militares nas atividades de polícia;
- fim dos controles das PM pelo Exército.

Entendo que os princípios doutrinários essenciais à segurança poderiam ser os seguintes:

- não utilização da ideologia militar como filosofia operacional das polícias;

(12) Ver o item 3.2 – Organização e Estrutura no Plano Diretor da PMERJ para o período de 1984 a 1987, p. 14.

(13) Vignola, Henri-Paul, *La Administración de los Servicios de Policía*, em *Policía y Sociedad Democrática*. Compilado por Rico, José Maria. Alianza Universidad, 1983, p. 148.

(14) Ver o item 3.3 – Filosofia de Emprego no Plano Diretor da PMERJ para o período de 1984 a 1987, p. 15.

- não utilização das FFAA em missões de policiamento no quadro da segurança pública;
- não utilização dos modelos militares de organização e de gestão nas atividades de policiamento;

Dependentes desses princípios destacam-se como questões práticas:

- autonomia das PM como forças militares estaduais; deixariam de ser consideradas forças auxiliares e reservas do Exército;
- gestão e estrutura organizacional das PM adequadas ao serviço policial;
- serviços de segurança pessoal das autoridades federais e estrangeiras feitas pela polícia federal;
- direção e assessoramento dos órgãos de segurança pública estaduais e federais considerados de natureza policial, devendo ser ocupados por policiais.

Estes não são os únicos temas que podem definir os princípios doutrinários e as questões práticas decorrentes no quadro da desmilitarização; acredito que existam outras questões, mas como preliminares para o início de discussão de uma proposta de formulação de princípios creio que já temos um quadro bastante amplo.

Ficou para o encerramento deste tema a questão da desmilitarização das PM. Não a coloquei no elenco das questões acima examinadas por discordar da idéia da incompatibilidade da estrutura militar com a democracia ou com a atividade policial. A conveniência ou não de se ter uma polícia militar deve ser buscada em outras áreas temáticas e não naquelas ligadas ao regime democrático e à própria natureza da segurança pública.

Penso tenha ficado claro que a estrutura militar das polícias não contraria os princípios democráticos, nem os

relativos à segurança pública; é possível polícias militares em regime democrático. Com isso não quero dizer que não seja conveniente a sua extinção ou desmilitarização, mas sim que as posições que se tomem em uma ou outra direção se apoiem em argumentos corretos e adequados que possam determinar as verdadeiras razões para uma ou outra decisão.

2.2 As funções policiais

É útil no momento em que se discute uma reforma policial a compreensão das funções policiais e do papel da polícia na sociedade contemporânea. É preciso, a partir de algumas definições simples, tentar-se homogeneizar o entendimento das pessoas para essas questões, tornando o debate mais produtivo e eficaz. A atual Constituição, ao meu juízo, complicou o entendimento tradicional de alguns termos referentes à segurança pública, ora definindo-os de forma imprecisa, ora criando outros termos desnecessários, ora repetindo os mesmos termos em situações diferentes.

Quando, em um texto constitucional, se definem de forma diferente temas já tradicionalmente definidos, como é o caso da manutenção da ordem pública, ou quando se criam novas definições, como é o caso da polícia ostensiva, fica bastante difícil cristalizar-se um entendimento, particularmente em áreas ainda bastante desconhecidas e problemáticas. O que pretendo fazer neste tópico é propor um quadro conceitual que possa facilitar a compreensão sobre a segurança pública, as funções policiais e o papel da polícia.

Para realizar este objetivo analisarei alguns textos de polícia e de direito administrativo. A partir desse exame será possível compreendermos os diferentes modelos policiais que encontramos no cenário internacional.

2.2.1 Conceituação de polícia

Começo pelas duas conceituações de polícia; uma em um sentido amplo e objetivo, entendida como atividade administrativa de limitação de direitos e outra, em um sentido estrito e subjetivo, entendida como organização encarregada de manutenção da ordem pública¹⁵. É importante a observação que faz J. Monteiro Aroca¹⁶ criticando os administrativistas que só privilegiam o estudo da polícia em seu sentido objetivo e os processualistas que só se preocupam com a polícia judiciária, ambos esquecendo a polícia como organização. É importante guardarmos esta distinção dos dois aspectos da conceituação de polícia.

Cretela Júnior¹⁷ estabelece três acepções para o termo polícia. Uma como sinônimo de regras de polícia, isto é, um conjunto de normas impostas pela autoridade pública aos cidadãos, seja no conjunto da vida normal, seja no exercício de uma atividade específica. A outra acepção entende a polícia como o conjunto de atos de execução dos regulamentos administrativos e das leis; é nesta acepção que se fala de polícia administrativa e judiciária. A terceira acepção de polícia é a referida às forças públicas encarregadas da manutenção da ordem pública.

As duas primeiras acepções correspondem ao conceito amplo e objetivo que estivemos examinando acima. A

atividade de polícia administrativa é função do Estado que pode ser desempenhada pelos seus diferentes órgãos; é importante ficar registrado que não precisa ser uma força policial para executar uma tarefa de polícia administrativa.

2.2.2 Exame das funções policiais

Como o meu interesse maior é no exame da polícia como organização partirei do exame das funções policiais, analisando um texto de André Bossard¹⁸. Seu estudo é bastante interessante para os objetivos da minha análise, pois o autor, ao pretender definir as funções policiais, teve o intuito de pôr ordem em um quadro bastante amplo e desorganizado. Partindo das diversas funções exercidas por diferentes polícias de diversos países, o autor mencionado, agrupou-as em cinco categorias:

- luta contra a criminalidade;
- atividades puramente administrativas;
- serviço de informações;
- manutenção da ordem;
- primeiros socorros.

Todas essas atividades podem ser exercidas por um único serviço policial ou por vários, sejam esses serviços de competência federal, estadual ou municipal; de caráter geral ou especializados; em alguns casos, serviços públicos ou privados.

Com essas categorias o autor pretende construir o que ele chama de uma teoria geral da função policial, buscando uma definição sobre a missão policial, as prerrogativas da organização policial para exercê-la, as suas limitações e as técnicas adequadas para o exercício

(15) Guia de la Policía Municipal. Idem p. 13.

(16) Ver prefácio de Aroca, J. Monteiro em *Guia Prática del Policía Municipal*, Montañés, Manuel Jordán, Instituto de Estudios de Administracion Local, Madrid, 1979, p. 7-8.

(17) Junior, José Cretela. *Policia Militar e Poder de Polícia no Direito Brasileiro em Direito Administrativo da Ordem Pública*, obra coletiva. Forense, RJ, 1987. p. 162.

(18) Bossard, André. *Las Funciones policiales en Policia y Sociedad Democrática*. Compilado por Rico, José Maria, Alianza Universidad, 1983. p. 99-120.

dessas funções. O que agora interessa entender são as funções policiais. Irei analisar as categorias elencadas por Bossard, tentando interpretar a forma como a legislação brasileira define as diferentes atribuições policiais.

2.2.3 *Luta contra a criminalidade*

Na primeira categoria – “luta contra a criminalidade” – pretende-se verificar como são tratadas as duas tarefas tradicionais da prevenção e repressão policial.

Na atividade de prevenção Bossard inclui, além do tradicional policiamento ostensivo, outras formas particulares de vigilância, algumas medidas administrativas de regulamentação de atividades relacionadas com o crime, informações ao público sobre medidas de auto-proteção e ações sociais e educativas para jovens.

Bossard aponta uma série de medidas preventivas praticadas por diversas polícias, que não ficam restritas àquelas tradicionais de patrulhamento, que aqui no Brasil nós chamamos de policiamento ostensivo.

Na atividade repressiva, a investigação criminal se realiza de forma autônoma, ou sob a orientação ou a ordem da autoridade judiciária; a polícia empreende investigações destinadas a enviar perante um tribunal, para ser julgado, o autor de um crime.

O importante a destacar, no comentário de Bossard, é a autonomia ou a submissão da polícia ao poder judiciário para a realização da investigação criminal. Isto varia nos diferentes países em decorrência dos seus modelos de justiça criminal. No Brasil elas são executadas de forma autônoma pelo fato de não termos o juizado de instrução.

Nessa atividade de controle do crime, Bossard considera a polícia como auxi-

liar do poder judiciário e devidamente integrada aos serviços de justiça criminal. Isto significa colocar a polícia como órgão integrante do sistema de justiça criminal.

Podemos entender esta proposição como um princípio doutrinário essencial à segurança pública. Esclareço que tanto na sua atividade preventiva, como na repressiva, isto é, nas duas atividades a polícia deve ser considerada integrante do sistema de justiça criminal. No caso brasileiro isto coloca alguns problemas que serão vistos a seguir.

Vimos que tradicionalmente na atividade de controle do crime o policiamento e a investigação criminal são as funções principais exercidas pela polícia. Na situação brasileira essas funções estão separadas, ou seja, o policiamento ostensivo é atribuído aos policiais militares e a investigação criminal aos policiais civis. Esta separação das duas funções é uma situação específica brasileira; no cenário internacional todas as polícias que operam no campo da segurança pública executam as duas funções. Elas não são separadas na atividade geral de controle da criminalidade.

Os casos de separação dessas funções que existem são justificadas para situações de vigilância específicas de atividades administrativas ou para casos de determinados crimes que exigem investigações especiais; nestes casos existem serviços policiais com essas atribuições específicas de vigilância ou de investigação criminal.

Entendo que não devam ser separadas as atividades preventivas e repressivas do controle da criminalidade; elas devem estar integradas nas tarefas gerais de segurança pública. Essas funções são tão interligadas que necessitam de uma perfeita articulação e coordenação que só pode ocorrer quando elas são desenvolvidas por uma só organização policial. Confesso que anos atrás não

pensava assim pois acreditava que seria fácil a articulação e coordenação dessas funções em polícias diferentes, como é o caso brasileiro. Como comandante de polícia pude verificar as dificuldades para gerenciar essa articulação.

A proposta que coloco para o debate é de se constituir em um princípio doutrinário a não separação das funções de policiamento ostensivo (patrulhamento) e investigação criminal para a atividade geral de prevenção e repressão do crime. Não significa dizer que não possamos ter polícia judiciária exclusivamente para determinados tipos de delitos, como é o caso da polícia federal. Este princípio não significa também pensar-se que só poderemos ter uma polícia; ele não exclui a possibilidade de se ter outras polícias.

Ao custo de alongar-me mas com a certeza da necessidade dessa explicação penso ser útil desfazerem-se alguns equívocos sobre a natureza do trabalho da Polícia Militar e da Polícia Civil; enganam-se os que pensam que a exclusividade da polícia judiciária é da PC; o policiamento ostensivo quando procede ao atendimento das ocorrências criminosas, preservando o local do crime, entrevistando vítimas, testemunhas etc está atuando como agente de polícia judiciária; esta atividade é sumamente importante para o prosseguimento das investigações criminais, tão importante que pesquisa feita nos EEUU¹⁹ mostra que grande parte dos crimes esclarecidos pela polícia decorrem do trabalho inicial do patrulheiro. Do mesmo modo a polícia civil realiza atividades de polícia administrativa quando controla armas, identificação das pessoas etc. Isto serve para reafirmar minha posição sobre a necessidade da correção desse equívoco que é a separação da atividade

de policiamento ostensivo e investigação criminal.

A nossa Constituição, a meu juízo, comete alguns equívocos quando define as atribuições da prevenção e repressão criminal; o constituinte foge da conceitualização tradicional e inova, quando cria a polícia ostensiva para a polícia fardada.

Ao atribuir às polícias civis as funções de polícia judiciária e de apuração das infrações penais, excetuando as militares, mostra que essas duas atribuições são diferentes.

O art. 4.º do CPP define a polícia judiciária como atividade exercida pelas autoridades policiais para a apuração das infrações penais e da sua autoria. Na definição deste código a apuração das infrações é o objetivo da polícia judiciária; parece não ser o caso da definição constitucional.

Complico o quadro quando, examinando a função de investigação criminal na forma como é definida por Vitor Velasques²⁰, introduzo outros elementos explicativos entre parênteses; ela é definida como a atividade técnico-científica que deve informar-se dos crimes que se pretende cometer (inteligência criminal), descobrir aqueles que são cometidos (registro dos crimes), determinar objetivamente cada um destes crimes, como, donde e quando se consumou (análise dos crimes), quem o cometeu (apuração criminal) e porque e em quais circunstâncias ocorreu. Fica evidente que a investigação criminal envolve uma série de atividades, das quais a apuração é apenas uma. Pode-se afirmar que polícia judiciária e polícia de investigação são diferentes e talvez fosse isto o que o constituinte brasileiro tenha querido mostrar, como

(19) Cadernos de Polícia n. 21, op. cit. p. 111-112.

(20) Velásques, Victor, prefácio em Regil, Luiz F. Sotelo, *La Investigación del Crimen. Un curso para el policía profesional*. Editorial Limusa, México, 1978. p. 8.

vimos acima. Creio ser importante fazer essa distinção.

Da mesma forma equivocada a Constituição trata a questão da prevenção do crime; a polícia fardada, que é a responsável pelo policiamento ostensivo, que vimos ser uma das várias formas de prevenção do crime, aparece como responsável pela polícia ostensiva; este é um termo novo criado pelo constituinte, que não é tratado pelos especialistas no direito administrativo e nem mesmo pelos compêndios policiais, obrigando-se ao exercício de interpretações nem sempre bem precisas sobre o verdadeiro significado dessa atribuição.

O que interessa aqui constatar é a confusão cometida pelos constituintes ao definirem as atribuições policiais; verifica-se que não estão bem definidas na Constituição Federal as tarefas da polícia relacionadas às atribuições de controle da criminalidade.

2.2.4 Atividades puramente administrativas

A outra categoria – “atividades puramente administrativas” – refere-se a uma série de funções puramente administrativas exercidas pela polícia fora das medidas administrativas de controle da criminalidade.

Quando examinamos o conceito objetivo de polícia vimos que a sua atividade administrativa pode ser desempenhada pelos diversos órgãos da administração pública. Nos EEUU é bastante comum os serviços de polícia administrativa, nos diferentes campos da administração pública, serem executados por órgãos públicos. Bossard mostra a existência, em muitos países, de forças policiais executando missões puramente administrativas, isto é, funções de policiamento em matéria de interesse geral previstos em regulamen-

tos administrativos. Cita como exemplo, entre outros, as polícias especializadas em trânsito. No texto constitucional brasileiro temos a polícia rodoviária federal, especializada no policiamento de trânsito nas rodovias federais; outro exemplo de atividade puramente administrativa é a polícia ferroviária federal. Temos ainda, no referido texto, a já comentada invenção da polícia ostensiva, acredito que com a acepção de polícia administrativa, contribuindo para aumentar as dificuldades conceituais.

Bossard assinala que a variedade das atribuições de natureza administrativa, consideradas em seu conjunto, contribuem para dar um caráter multidisciplinar à função policial. Quando examinarmos a descentralização policial analisaremos a complexidade do modelo policial norte-americano, com uma multiplicidade de polícias, muitas delas exercendo atividades puramente administrativas.

Resumindo, pode-se dizer que existem atividades de polícia administrativa no âmbito da legislação penal, isto é, do controle da criminalidade e outras no âmbito dos regulamentos administrativos. Deve ficar claro que muitas dessas atividades podem ser exercidas por órgãos públicos ou mesmo por particulares; não são atividades exclusivas de forças policiais. Aqui chamo atenção para o caso da segurança privada.

Defendo a idéia da pluralidade dos órgãos de polícia administrativa, quando tal atividade não for relativa ao controle do crime. Cito alguns exemplos: a vigilância dos parques e jardins pode ser uma atividade desenvolvida por vigilantes orgânicos do específico departamento municipal, exercida pela polícia municipal ou por um serviço de vigilância particular. Creio que aqui a questão será resolvida em função das exigências da eficácia, dos custos ou de outras conveniências administrativas.

A polícia de trânsito, um outro exemplo, pode ser exercida pela polícia municipal, por guardas orgânicos do específico departamento municipal ou por vigilantes particulares.

As polícias responsáveis pela prevenção e repressão do crime devem ser liberadas das atividades que Bossard chama de puramente administrativas. É urgente colocar-se ordem nesta área que vem favorecendo a proliferação dos serviços das polícias de colete e vigilâncias clandestinas.

Penso que as diretrizes constitucionais devam contemplar princípios doutrinários disciplinando essas atividades nos diversos níveis da administração pública, orientando a sua execução pelos diversos órgãos governamentais públicos ou privados.

A falta de uma boa regulamentação dos serviços privados de polícia tem servido para criar uma indústria das "polícias de colete" normalmente clandestinas e atuando sem o controle do aparato estadual da segurança pública.

2.2.5 Serviços de informações

Na categoria que trata dos "serviços de informações", Bossard assinala que existe em quase todos os países um ou vários setores da polícia que representam "os olhos e os ouvidos do governo". São os chamados serviços de informações. Os que nos interessam agora neste estudo são os referentes ao evento criminal. Normalmente tais serviços funcionam sem nenhuma regulamentação legislativa, dependendo exclusivamente dos regulamentos internos dos órgãos onde estejam funcionando, sejam militares, policiais ou governamentais.

Podem ser serviços autônomos especializados, como por exemplo, a Central Intelligence Agency (CIA) ou orgânicos dos corpos policiais. Não há em nível

constitucional, no setor que cuida da segurança pública, nenhuma menção específica sobre a constituição dos serviços de informações policiais. Há necessidade de formulação de princípios constitucionais que realcem alguns aspectos das garantias individuais no campo da privacidade e da intimidade dos cidadãos no tocante às informações criminais; da mesma forma à regulamentação da obtenção dos informes através de informantes. É certo que a prática policial nesta área precisa ser fundamentada em alguns princípios constitucionais.

Informações políticas para acompanhar a ordem política? Informações criminais para acompanhar a ordem pública? Serviços de informações militares coordenando os serviços policiais? Serviços autônomos? Informantes e X-9? Necessidade de regulamentação? Penso que essas questões podem acender o debate que entendo ser necessário para disciplinar o assunto na área policial.

2.2.6 Manutenção da ordem

A quarta categoria examinada por Bossard é a da "manutenção da ordem". É uma função tradicional da polícia responsável pela dispersão de tumultos ou distúrbios na via pública. Normalmente são unidades especializadas, equipadas com material e armamento especiais para o controle de multidões e organizadas como forças militares. São atividades que exigem o emprego de homens coletivamente, como uma tropa militar, e adestrados para o uso da força.

A nossa Constituição não usa o termo consagrado de manutenção da ordem, preferindo usar o de preservação da ordem pública quando fala das atribuições das polícias militares. Atualmente, no Brasil, ocorrem muitas situações de violência desnecessária, por

parte da polícia, em situações de manutenção da ordem, seja pelo emprego descuidado das tropas de choque, seja pela falta de preparo técnico ou de equipamentos adequados para o cumprimento das missões. São necessários dispositivos regulamentando a responsabilidade pelo emprego das unidades de choque, a criação de órgãos para gerenciamento de crises e regras precisas de uso da força para o restabelecimento da ordem.

É neste campo que entendo começa a aparecer a zona limite da atuação da chamada segurança política que vai determinar as medidas de emergência: estado de defesa e de sítio. É preciso ficar claro os graus de comprometimento da ordem que farão necessárias a decretação de tais medidas e como serão empregadas as forças federais e estaduais. O mesmo vale para o caso da intervenção da União e para o emprego das FFAA na "lei e ordem".

É preciso esclarecer a noção de segurança política e pública e as suas relações; não estou seguro sobre o entendimento dado a esta questão pelo professor Diogo F. de Moreira Neto²¹. Como é um tema que me parece importante discutir pretendo fazer alguns esclarecimentos. Quando se fala em manutenção da ordem se pensa logo nas tropas de choque da polícia e em distúrbios civis provocados por manifestações populares motivadas por inconformismo, revolta ou reivindicações. Normalmente são questões de ordem política que podem acabar resultando em problemas para a ordem pública. Como entender essas duas ordens?

Vejamos como elas são tratadas na Constituição Federal. O capítulo que trata dos casos de intervenção federal

considera como um dos motivos o grave comprometimento da ordem pública. O constitucionalista José Afonso da Silva²² entende que esse problema deve ser enfrentado para a defesa do princípio federativo. Não faz ele nenhum outro comentário sobre o que seria grave comprometimento da ordem pública.

Moreira Neto²³ entende que quando o Estado não consegue controlar esse problema (grave comprometimento) a União pode atuar como polícia utilizando as suas próprias Forças Armadas (art. 142) em ações de segurança pública. Ponho uma primeira indagação: será que não haveria necessidade de ficar melhor esclarecido o que é grave comprometimento da ordem pública?

A outra menção constitucional é feita quando se trata do estado de defesa. Da Silva²⁴ diz que o objetivo desse estado excepcional é o de preservar ou restabelecer a ordem pública ou a paz social ameaçadas por uma grave e iminente instabilidade institucional ou por calamidades de grandes proporções. O autor em exame não esclarece quais são as instituições que poderiam quando instáveis se tornarem fatores de crise. Só diz que não poderia uma greve, por mais intensa e prolongada que fosse, ser considerada ameaça à ordem ou à paz social. Pergunto: o que seria? O MST, por exemplo, invadindo propriedades? Os traficantes nas favelas cariocas? O seqüestro de empresários? Será que não haveria necessidade de um maior esclarecimento sobre as situações geradoras dessa instabilidade?

No caso do estado de sítio não há menção explícita à ordem pública; Da Silva considera a comoção grave um estado de efetiva rebelião ou de revolu-

(21) Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, *A Segurança Pública na Constituição*, Separata da Revista de Informação Legislativa a. 28 n. 109 jan/mar. 1991. p. 140-141.

(22) Da Silva, José Afonso, op. cit., p. 460.

(23) Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, *A Segurança Pública na Constituição*, op. cit. p. 145.

(24) Da Silva, op. cit. p. 692-693.

ção que ponha em perigo o governo e as instituições democráticas; a outra situação que resulta na transformação do estado de defesa em sítio, que certamente teria a ver com a questão da ordem pública não mereceu maior esclarecimento do constitucionalista. Será que não estaria também por merecer maior esclarecimento?

Uma outra menção interessante é a referida às atribuições das Forças Armadas (art. 142) no campo da “lei e da ordem”. Moreira Neto entende que a ordem pública seria uma espécie que estaria incluída no gênero dessa “ordem” que se refere a todo o “Estado e suas instituições”. Parece não ser esta a posição de Da Silva²⁵ ao declarar que cabe às Forças Armadas só subsidiária e eventualmente a defesa da lei e da ordem que é competência primária das forças de segurança pública (art. 144). Para ele a “lei e ordem” estão contidas no campo da segurança pública.

A utilização das Forças Armadas no campo específico da segurança pública me parece ser uma situação constitucional nova²⁶ que chamo de “quase intervenção federal”. Creio estar por merecer também debates esclarecedores.

A minha preocupação com definições esclarecedoras sobre o nível das perturbações da ordem que exigiriam medidas excepcionais ou emprego das Forças Armadas deve-se à necessidade de atualização dos conceitos doutrinários da segurança nacional. Para as Polícias Militares estes conceitos estão definidos no R.200²⁷. Será que ainda são

válidos? E a questão da ordem política? Não há qualquer menção a ela na Constituição.

Mesmo sem tal menção, vemos que o professor Moreira Neto faz algumas distinções entre a ordem política e a pública. Diz que quando a ordem se refere a organização política de uma sociedade ela é ordem política; no caso brasileiro esta organização seria o Estado Democrático de Direito. A segurança política teria por objetivo garantir tal ordem e estaria tratada constitucionalmente no nível individual e coletivo. No nível individual estariam as infrações penais contra a ordem política e social e no nível coletivo as situações descritas como motivadoras da aplicação do estado de defesa e de sítio.

Como já disse não encontrei na Constituição nenhuma referência à ordem política; em Da Silva aparece referência à ordem constitucional. Será que não seria necessário maiores debates para um melhor esclarecimento sobre este tema. Será que se pode entender a ordem pública como espécie do gênero ordem política?²⁸

Sobre a segurança pública, Moreira Neto diz que ela se refere a garantir a ordem pública e esta ordem se refere a toda a organização da convivência pública de uma sociedade.

Existe ainda alguma confusão em torno deste conceito. São usadas muitas expressões do tipo: manutenção da ordem e manutenção da ordem pública; lei e ordem; perturbação da ordem e grave perturbação da ordem; entendo que essas expressões precisam ser esclarecidas. Infelizmente este assunto não está bem tratado no tema constitucional da segurança pública, talvez até por não ser

(25) Idem, p. 704.

(26) Ver Cerqueira, Carlos Magno Nazareth, *Remilitarização da Segurança Pública: a Operação Rio*, in *Discursos Sediciosos*, ano 1, n. 1, 1.º semestre de 1996, p. 141-168.

(27) Regulamento Para as Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares, Decreto n. 66.862 de 07.07.1970, R-200.

(28) Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, *A Segurança Pública na Constituição*, op. cit, p. 140.

aquele o texto próprio para essas con-
ceituações.

Como é no campo da manutenção da ordem que são tratados os problemas relativos às greves, manifestações populares, tumultos, distúrbios civis, enfim toda sorte de reivindicações sociais que podem trazer perturbações para a convivência social, e como é nessa área que certamente se poderá pensar na utilização das medidas excepcionais, acredito ser preciso definições claras e precisas como existiam na doutrina da segurança nacional.

2.2.7 Primeiros socorros

A última categoria examinada pelo autor citado é a dos “primeiros socorros”, atividades exercidas pelas polícias para prestarem socorro às pessoas que estejam em perigo; são atividades de defesa civil, de salvamento no mar e nas montanhas, de socorro em acidentes de trânsito, incêndios etc. No Brasil, grande parte destas atividades são atribuídas aos bombeiros militares, cabendo dizer que há uma militarização da defesa civil.

Utilizei essas categorias citadas por Bossard com o objetivo de mostrar como no cenário internacional vem sendo tratado o problema das funções policiais. Queria também deixar demonstrado o estado atual do conhecimento nesta área na situação brasileira. Parece que existe ainda uma grande confusão entre os especialistas, os profissionais da área policial, os políticos e os legisladores. Entendo ser muito perigosa essa falta de precisão conceitual em um momento que se discute reforma do aparato policial. Daí minha preocupação em mostrar a necessidade de um ajuste conceitual a respeito das atribuições policiais.

2.2.8 Limitações do poder de polícia

Vamos aproveitar, ainda, o texto de Bossard para tratar de temas ligados aos poderes e às limitações da polícia e às exigências impostas aos policiais pelas características das suas atribuições. São temas que entendo que precisam ficar bem esclarecidos e convenientemente regulamentados.

Para o desempenho das suas atribuições as polícias necessitam de algumas prerrogativas que têm sido chamadas de poderes da polícia. Bossard lembra que o emprego de tais poderes deve ser limitado e orientado pela noção do serviço público. Isto quer dizer que a atividade policial deve ser fundada no marco das leis e dos regulamentos em vigor, tendo por fim o interesse público. Nisto se fundamenta o quadro deontológico que deve configurar a atividade policial.

Creio que a limitação ética se impõe e estamos propondo como um princípio doutrinário a necessidade do código de ética policial.

O código ético estaria sinalizando para a comunidade que a polícia para atender as demandas de segurança não poderia atuar violando os preceitos daquele código, ou seja, os aspectos técnicos e da eficácia policial estariam subordinados obrigatoriamente aos preceitos éticos.

2.2.9 Condições de trabalho e regime disciplinar

O exercício das atribuições policiais obriga aos policiais determinados deveres que certamente exigirão medidas legislativas especiais. Bossard assinala a questão da disponibilidade e da responsabilidade. Um serviço que deve atuar em benefício da coletividade deve estar disponível permanentemente à disposi-

ção do público. Deve ser responsável porque qualquer ato cometido por um policial pode ter consequências graves para a sociedade. Tudo isto obriga a polícia a ser um serviço muito disciplinado e com um regime disciplinar especial.

A polícia, por ser uma organização que usa armas e pode usar a força, necessita de estatutos disciplinares especiais. Deve ficar claro para os policiais o princípio da responsabilidade individual e as consequências para os cidadãos e para a sociedade das atividades policiais; uma ordem do superior não pode ser invocada para justificar violações legais ou éticas.

As violações cometidas pelos policiais devem ser submetidas a procedimentos especiais que permitam com uma maior flexibilidade e rapidez, garantido o direito de defesa, a apuração e a punição exemplar do policial.

As especiais condições de trabalho do policial justificam o tratamento como uma categoria especial de funcionários públicos. Há de ser estabelecido como um princípio o entendimento da necessidade de um regime especial para a organização policial. Defendo a necessidade de um estatuto próprio para o policial, onde será especificada com bastante clareza os seus deveres e os seus direitos.

Uma discussão que pouco aparece nos debates sobre a reforma policial, mas bastante presente no cenário europeu, é a questão da sindicalização da polícia. Creio ser bastante interessante retomarmos o exame do texto do oficial da Gendarmeria francesa para compreendermos como esse tema pode ser encaminhado entre nós. As questões trazidas com a greve da PM mineira podem servir para ilustrar o debate que penso ser necessário para a nossa discussão.

O oficial francês²⁹ comparando o seu estatuto com o da polícia reconhece que as restrições ao exercício de direitos são mais numerosas para o gendarme que para o policial; uma delas, que nos interessa mais, é a proibição de pertencer a uma associação de caráter profissional, um sindicato. A Constituição brasileira proíbe a sindicalização e a greve aos militares e policiais militares; aos policiais civis não é proibida a sindicalização, só a greve. Qual seria o problema para a sindicalização da polícia militar?

O gendarme argumenta contra a sindicalização alegando que ela atentaria contra a neutralidade política e a unidade da Gendarmeria. Diz que a falta do sindicato não impede ao gendarme participar do debate sobre as suas condições de vida e de trabalho e nem que se tenha na instituição um ambiente de participação democrática. Existe essa possibilidade nas polícias militares brasileiras? O que teria acontecido com os policiais militares mineiros reclamando da rigidez disciplinar? Será que não estaríamos bastante próximos da chamada revolta dos gendarmes?³⁰

Não tenho dúvida que as associações de cabos e soldados, de sargentos e de oficiais das Polícias Militares já vêm funcionando como uma espécie de sindicato, muitas vezes representando os seus pares nos debates sobre as condições salariais e de trabalho da sua Corporação. Será que elas atentam contra a democracia e os princípios constitucionais quando defendem os interesses

(29) Watin-Augoard, Marc, op. cit. p. 11.

(30) Conhecida como a revolta dos gendarmes franceses que se rebelaram contra os rigores do regime militar, excesso de missões e submissão à regras arcaicas. Foi alvo de um artigo publicado com o título de "La fronde des gendarmes. Les raisons de la colère" na Revista Le Point, n. 883, outubro de 1989, p. 25-28.

de seus associados? Quebram a unidade da Corporação? Atentam contra a neutralidade política? Não discuto a questão da proibição da greve, mas penso que está na hora desse debate prosperar para se encontrar uma forma de aumentar a participação interna dos policiais nos debates sobre a sua atividade profissional. Será que a natureza militar da organização policial impediria a democratização dessa atividade?

2.2.10 Algumas propostas

Com o exame do texto de André Bossard pude mostrar como no cenário internacional estão sendo tratadas as questões conceituais sobre as atividades da polícia. Podemos adiantar algumas propostas que julgo fundamentais para o estabelecimento dos princípios doutrinários decorrentes desta temática ora examinada. Iniciamos com os princípios essenciais à democracia:

- entendimento da polícia como serviço público à disposição da comunidade;
- considerar a polícia judiciária como órgão integrante do sistema de justiça criminal;
- entender as atividades da repressão criminal como função específica do Poder Judiciário;
- considerar as atividades de manutenção da ordem no âmbito das ações da segurança pública;
- limitar os poderes da polícia com a regulamentação de um código de ética;
- considerar como função da polícia a proteção das garantias individuais dos cidadãos;
- regulamentar os serviços de informações.

Entre os princípios essenciais à segurança pública propomos os seguintes:

- nas atividades gerais de controle da criminalidade não separar em serviços policiais diferentes as funções de investigação criminal e patrulhamento;
- entender a polícia judiciária como atividade integrante da investigação criminal;
- não considerar como exclusividade dos órgãos policiais as funções de polícia administrativa, permitindo que outros órgãos públicos ou privados possam desempenhá-la;
- regulamentar no âmbito dos Estados a segurança particular de forma a articular as suas atividades com os órgãos estaduais de segurança;
- entender a natureza especial da polícia e dos seus integrantes;
- definir como missões fundamentais da polícia:
 - prevenção e repressão do crime;
 - manutenção da ordem; e
 - proteção das garantias individuais;
- regulamentar o uso da força e das armas pela polícia.

Penso ser em estes os tópicos mais interessantes para organizar uma agenda para o debate sobre as funções policiais.

2.3 Centralização ou descentralização

As discussões em torno da municipalização da polícia brasileira trouxeram para o cenário dos debates o tema da centralização/descentralização do modelo policial. Tentarei, na análise que pretendo fazer dos sistemas policiais estrangeiros, destacar as questões principais do debate, separando-as dos aspectos acessórios e pouco adequados para o entendimento real do problema.

Examinaremos polícias com modelos centralizados e descentralizados; polícias com modelos mistos de centralização e descentralização. Tentarei verifi-

car as relações de dependência dos diversos modelos com os regimes unitários e federalizados; tentarei analisar se as condições da criminalidade são fatores determinantes na definição de modelos de gestão centralizados ou descentralizados. Penso que com tal análise estaremos prontos a conhecer as reais dimensões do problema e buscar as melhores soluções para a situação brasileira.

Nessa discussão certamente estarão sendo examinadas as competências dos diferentes níveis da administração pública e sobretudo a história político-administrativa que dá suporte para uma direção descentralizada ou centralizada. Polícia estadual ou municipal? Polícia Federal? Polícia Nacional? Qual a mais eficaz? E os custos? Quais as tradições do país? Acredito que todas essas questões precisam ser examinadas na hora da tomada da decisão política.

José M. Rico³¹ propõe uma definição para um modelo de polícia centralizado; diz que seria uma polícia perfeitamente estruturada e definida em relação aos demais organismos governamentais e exercendo suas funções sobre o conjunto do território nacional; o modelo descentralizado teria um âmbito territorial limitado e bastante complexo em face do grande número de serviços policiais; tais órgãos não guardariam nenhuma uniformidade nos aspectos de sua organização interna, normas de recrutamento e formação de pessoal e a utilização dos recursos humanos e físicos. No primeiro caso cita como exemplo a França e o Japão e no segundo os EEUU e o Canadá.

Admito que além da competência territorial o exame da competência funcional será interessante para a com-

preensão dos diferentes modelos policiais, podendo ajudar na discussão sobre o pluralismo policial, isto é, a conveniência de uma polícia ou várias polícias.

Os EEUU, uma federação com uma grande tradição de autonomia municipal, possui um número grande de corpos de polícias municipais que atuam em diferentes áreas de atribuições; pode-se dizer que a competência para a atividade geral de policiamento e investigação é municipal. As situações variam de estado para estado não apresentando qualquer uniformidade, dificultando para o observador de fora um nível razoável de compreensão do seu sistema policial.

Em Nova York, por exemplo, conheci a sua polícia municipal; possuía também uma polícia de trânsito e uma polícia das habitações. Em 1991 soube que estavam discutindo a fusão dessas polícias. Em Washington, conheci a polícia do Congresso Nacional americano. A existência de muitos serviços policiais com atribuições limitadas atuando nos municípios parece favorecer a idéia de que muitas das funções elencadas por Bossard como atividades puramente administrativas são distribuídas pelo conjunto de diferentes e pequenos serviços policiais autônomos. O caso da polícia das habitações, que faz a vigilância dos conjuntos habitacionais da municipalidade de Nova York, é um bom exemplo.

Esta multiplicidade não é boa para uma coordenação e um controle eficaz. Isto tem propiciado, segundo a observação de José M. Rico³², um movimento no sentido de uma centralização em favor dos Estados e da federação, apesar da forte tradição municipalista. Foram criadas polícias estaduais subordinadas diretamente aos governadores com atribuições de manutenção da ordem, polí-

(31) Rico, José Maria, *Sistemas comparados de polícia em Polícia y Sociedad Democrática*, op. cit. p. 29-30.

(32) Idem, p. 43-44.

cia rodoviária e ao exercício das atividades tradicionais de polícia.

No plano federal há também uma multiplicidade de serviços policiais para o cumprimento de atividades dependentes dos diversos ministérios; com exceção do FBI (Federal Bureau of Investigation), todas elas possuem uma competência territorial ampla e funcional restrita e limitada à atividade do seu ministério. Rico cita os exemplos da Oficina de Narcóticos (Drug Enforcement Administration-DEA), do Serviço Secreto do Tesouro, entre outros. Observa-se que no nível federal, como no municipal, ocorre o mesmo caso de muitos serviços policiais para atender funções específicas.

J.M. Rico destaca o papel executado pelo FBI na coordenação e cooperação que assegura às diversas polícias locais a utilização dos seus serviços técnicos, de laboratório criminal e de informações sobre o crime e os criminosos.

Ainda há muitos serviços policiais governamentais e particulares, profissionais ou de voluntários, não examinados, configurando esse quadro complexo e confuso do modelo descentralizado da polícia norte-americana. Percebe-se que o modelo americano, ao invés de reunir as diferentes funções policiais em um único serviço policial, preferiu deixá-los separados por diversos e diferentes serviços ligados diretamente aos órgãos governamentais responsáveis por aquela determinada atividade. Por exemplo, ao invés de ter uma polícia municipal, única, com diferentes atribuições, atendendo aos diferentes órgãos municipais com responsabilidades de polícia administrativa, prefere organizar nestes diversos órgãos seus próprios serviços policiais.

Percebeu-se que o modelo norte-americano é totalmente descentralizado, tendo muitas polícias nos níveis federal

e municipal. A competência para a execução da atividade geral de controle da criminalidade é municipal. Os diferentes serviços policiais não são uniformes nos aspectos de organização, recrutamento, e seleção resultando disso um grau de complexidade e de diversidade que guarda uma certa relação com o nível de autonomia que têm os municípios naquele país. Comparado com os outros países penso ser o modelo de organização policial norte-americano bastante peculiar.

Examino agora um outro modelo bastante diferente, que é o francês. O texto de J.M. Rico servirá, mais uma vez, para orientar o nosso exame. Sendo um país unitário, para a França não fica difícil possuir duas polícias nacionais (Polícia e Gendarmeria Nacional) operando em todo o território, justificando a classificação de ser um modelo centralizado. Segundo o referido autor as forças policiais francesas, antes municipalizadas, foram nacionalizadas em 1969. Lembro-me que a chamada revolta estudantil francesa, no ano de 1968, teria ajudado na decisão da unificação desses serviços municipais. De forma idêntica, o Japão, em 1945, e a Suécia, em 1965, nacionalizaram as suas polícias municipais³³.

Examinando-se os modelos policiais dos EEUU e da França vimos exemplos perfeitos de sistemas descentralizado e centralizado. Pode-se pensar ser a natureza político-administrativa (países federalizados ou unitários) o fator principal que determinaria a adoção dos referidos modelos. Acredito que há outros fatores que precisam ser considerados, razão porque serão analisados os sistemas da Inglaterra e da Espanha.

J.M. Rico considera o modelo inglês um sistema intermediário no concernen-

(33) Idem, p. 37-41.

te ao nível de centralização e descentralização. Para este autor³⁴ o sistema policial britânico é descentralizado na Inglaterra, Escócia e País de Gales, mas no entanto, assinala duas exceções que são a polícia estadual da Irlanda do Norte e a polícia metropolitana de Londres, a célebre Scotland Yard.

É interessante anotar a observação de um chefe de polícia de uma unidade da Escócia³⁵ sobre o sistema policial do Reino Unido. Diz ele que na Inglaterra, na Escócia e no País de Gales atuam cinquenta e duas forças policiais autônomas, afirmando não existir uma Força Policial Nacional naquele Reino. Todavia, diz ele, o treinamento e a administração são tais que permitem garantir uma forte similaridade entre essas diferentes forças policiais, terminando por concluir que o Reino Unido pode gozar dos benefícios de uma força de polícia nacional, sem as suas desvantagens. Diz que os benefícios de uma estrutura unificada são encontrados na igualdade de soldos, na estrutura hierárquica, no treinamento e no alto grau de padronização de procedimentos sem desconsiderar as variações locais.

Rico, quando fala da complexidade do modelo descentralizado, chama a atenção para a falta dessa uniformidade nos diferentes corpos policiais dos EEUU. É importante registrar essas observações para se verificar, mais adiante, se o fator uniformidade deve ser considerado nas discussões sobre a municipalização.

Penso que essa uniformidade dos serviços policiais britânicos pode ser explicada pelos poderes que tem sobre o conjunto dos serviços policiais o Ministro do Interior.

(34) Idem, p. 31.

(35) Cadernos de Polícia, n. 23. *Polícia Internacional. Simpósio Executivo*. PMERJ, outubro, 1994, p. 117.

Rico³⁶ afirma que esses poderes foram ampliados, em 1964, com a denominada Lei da Polícia (Police Act); entre eles, cita os seguintes: aperfeiçoamento das polícias locais, inspeção das mesmas, determinação dos vencimentos e das condições de trabalho, gestão de serviços comuns (escolas de formação e laboratórios regionais), regime disciplinar, concessão de subvenções, nomeação e destituição de diretores, autorização para investigar as polícias etc.

Acredito que essas atribuições dão ao Ministério condições para manter quadros policiais, embora com certa autonomia, homogêneos. É evidente que o regime unitário do Reino Unido, também, facilita tais gestões. Pode-se concluir que a descentralização britânica é regulamentada por uma legislação federal.

O policial escocês diz que por conta do atual debate público sobre as reformas constitucionais, referente às polícias, desconfia-se que a meta do governo central seja a unificação das polícias. Diz que o governo nega tal pretensão, embora existam em alguns setores da polícia um forte desejo de unificação, particularmente nos setores ligados ao terrorismo, tráfico de drogas, fraude, corrupção e lavagem de dinheiro. Ao lado dessa discussão, diz o policial que há uma forte oposição na opinião pública contra a criação de uma Polícia Nacional, afirmando que não se pode perder de vista a importância do envolvimento local nas questões policiais.

Examinados alguns modelos policiais estrangeiros, penso que podemos retomar algumas questões colocadas inicialmente, ou seja, a possível relação desses modelos com os regimes políticos que os adotam e com os aspectos gerais do controle da criminalidade.

(36) Rico, José Maria, op. cit., p. 31.

Percebo que o fato de ser um país unitário ou federativo não implica necessariamente na adoção de um modelo de polícia centralizado ou descentralizado; creio que podemos afirmar que esses regimes políticos e esses modelos policiais não são essenciais ao regime democrático. Pode existir democracia convivendo com regimes unitários e federativos e modelos de polícia centralizados ou descentralizados.

Cabe examinar a relação desses modelos policiais com o estado da criminalidade contemporânea ou mesmo com a administração da segurança pública. Pelo exame do cenário internacional através do relato de Rico observou-se uma tendência para a centralização. Vimos que a França, Suécia e Japão unificaram suas polícias criando um serviço nacional; vimos os debates no Reino Unido indicando providências também nessa direção; nos EEUU também ficou bastante claro o movimento nesta direção.

Penso ser importante organizar o debate em torno de algumas questões temáticas; a primeira é a de distinguir a descentralização como um processo político-administrativo e como um instrumento de administração; a segunda é o de entender a descentralização como pluralidade de polícias. Ainda é preciso ficar claro o significado do pluralismo no âmbito das polícias administrativas ou no das polícias de controle da criminalidade.

Creio que é mais fácil para a gestão das polícias de controle da criminalidade um modelo centralizado do que um totalmente descentralizado. A natureza transnacional que a criminalidade vem assumindo em face do problema das drogas certamente imporá o modelo de gestão centralizado para facilitar as tarefas de direção e coordenação. Acredito que no campo das atividades de polícia administrativa o modelo descen-

tralizado e plural não gera tantas dificuldades de gestão ou de controle.

É importante frisar que a centralização da polícia não impede que ela trabalhe de forma descentralizada. Não é desconhecido pelos administradores o tema da descentralização e nem as formas convenientes de utilizá-la. Como exemplo do que estou afirmando basta ver os argumentos usados pelo oficial da Gendarmeria³⁷ para justificar o seu modelo nacional e militar, alegando ser aquela corporação uma síntese de uma concepção centralizada e uma concepção descentralizada de forças de polícia: é nacional no que tange à sua administração, ao seu orçamento, ao seu recrutamento etc, mas totalmente descentralizada no que tange às suas operações e a sua distribuição no território francês. Aduz o oficial que a dispersão dos efetivos da Gendarmeria pelas suas quatro mil unidades próximas do cidadão, funcionando de acordo com as peculiaridades locais permite mostrar essa face descentralizada. Isto questiona a idéia de que a proximidade com a comunidade local só possa ser conseguida com a polícia local.

Os debates acima relatados apontam para outros fatores que precisam ser examinados na discussão da municipalização da polícia brasileira. Um deles está no próprio estado do controle da criminalidade contemporânea; um outro está na questão da coordenação e do controle das diferentes polícias. Rico³⁸, tratando das razões da nacionalização da polícia sueca, diz que ela decorreu da necessidade de melhor coordenação da ação policial em face do incremento da criminalidade e das facilidades de locomoção com o trânsito rodoviário e ainda da necessidade de um arranjo mais racional para uma melhor utilização dos

(37) Watin-Augourd, Marc, op. cit., p. 6-8.

(38) Rico, José Maria, op. cit., p. 38.

recursos humanos e físicos dispersos em um número grande de serviços policiais. São argumentos que falam a favor da centralização.

Para entender o significado das diferentes propostas de municipalização do aparato policial pretendo recorrer a um texto de direito constitucional³⁹ examinando as questões referentes à federação brasileira e às competências das diferentes instâncias governamentais.

No exame dos componentes da federação brasileira o autor do texto diz que a tese adotada pela nossa Constituição, que considera o município como uma entidade de terceiro grau, integrante e necessária ao nosso sistema federativo⁴⁰ é equivocada; o fato de ter autonomia político-constitucional não garante ao município ser considerado como uma entidade federativa. Diz o autor que não há federação de municípios e sim de estados. Não é a união dos municípios que forma a federação. Os municípios são divisão dos estados membros. É importante conhecermos esta posição; ela fala também a favor da centralização.

Examinaremos agora a questão da repartição de competências. O autor do texto em exame diz que a Constituição de 1988 estruturou um sistema que combina competências exclusivas, privativas e principiologicamente com competências comuns e concorrentes. Discute ainda, o princípio da predominância do interesse, que se dividiria em geral ou nacional, próprio da União; regional, próprio dos Estados, e interesse local, próprio dos Municípios. Afirma que foi abandonado o conceito de peculiar interesse local pela dificuldade de se

encontrar uma conceituação satisfatória. Admite que é difícil no Estado moderno discernir com clareza os diferentes aspectos desses interesses⁴¹. É importante conhecer essa posição, pois acredito que ela nos leva ao entendimento de que no Brasil não se pode pensar na segurança pública fora do âmbito do interesse geral ou nacional. Reforça essa tese o fato de, em nossa Constituição, a ordem pública poder se constituir em motivo para a determinação de diferentes situações de intervenção federal nos estados.

Conhecidas essas teses do direito constitucional podemos organizar o debate em torno das questões principais e acessórias. Nós vimos modelos de polícia centralizados e descentralizados na acepção de J.M. Rico. Polícias nacionais e municipais serviram de exemplo para esses dois modelos. Neste aspecto a discussão se centrava em torno da competência territorial.

Vimos diferentes polícias exercendo funções diferentes no conjunto do território nacional ou no território municipal; neste caso a discussão se situava em torno de um outro aspecto, que definimos como da competência funcional.

Um outro aspecto ressaltado foi o da competência político-administrativa das esferas federal, estadual e municipal. Neste caso pode-se ter modelos centralizados com grande e ampla competência das esferas federais que normalmente ocorrem nos países unitários; descentralização com a ênfase da competência na esfera municipal, como ocorre nos EEUU; e casos de repartição das competências em todos os níveis administrativos, como ocorre na Espanha.

Vimos também a discussão sobre centralização ou descentralização como instrumento administrativo, procurando desfazer a confusão com a competência

(39) Da Silva, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 10.ª Edição, São Paulo, 1995.

(40) Idem, p. 448.

(41) Idem, p. 454.

político-administrativa. Com todos esses esclarecimentos ficará mais fácil entendermos as discussões que são postas em torno da municipalização da polícia.

Podemos agora pensar nas propostas dos princípios doutrinários; a tese da federação de estados e da predominância do interesse estariam determinando os seguintes princípios:

- a segurança pública, incluindo a manutenção da ordem, é de interesse nacional;
- competência da União para definir as políticas gerais da segurança pública e atuar em situações específicas (competência funcional);
- competência dos Estados para organizar e manter as polícias estaduais na forma prescrita pela União.

No campo dos princípios essenciais à segurança pública teríamos as seguintes propostas:

- modelos centralizados para as atividades gerais de polícia de controle da criminalidade;
- modelos descentralizados para as atividades de polícia administrativa;
- adoção da descentralização como instrumento privilegiado para a administração da segurança pública;
- os municípios organizariam e manteriam serviços municipais para as atividades de polícia administrativa consoante as prescrições da legislação estadual.

Aqui encerro as principais idéias que penso podem ajudar a orientar o debate sobre a descentralização do aparato de segurança pública brasileiro.

2.4 *Pluralismo policial*

O pluralismo das forças policiais aparece com muita frequência no debate nacional sobre a reforma policial; ele

está presente, também, no debate internacional: uma polícia, duas polícias ou várias polícias são questões que acabam sendo sempre postas ao administrador público.

Começarei analisando o debate no cenário internacional, comentando os argumentos do oficial da Gendarmeria francesa⁴² sobre a necessidade do dualismo policial na França, para quem o pluralismo policial não é condição suficiente para a democracia. Creio que podemos iniciar concordando com esta posição.

A seguir o autor fala dos aspectos diversos do pluralismo nos países de regime unitário e federativo. Nos unitários, caso da França, fala de um pluralismo vertical, que se sustenta basicamente sobre a coexistência de duas forças nacionais. Nos países federativos o pluralismo é horizontal, superpondo-se a polícia federal às polícias locais ou regionais, freqüentemente muito diferentes uma das outras. Creio que se pode adotar este entendimento para orientar a análise do debate nacional.

O pluralismo brasileiro, bastante diferente do norte-americano, tem por base a coexistência de duas polícias estaduais; nos EEUU as polícias são municipais, bastante diversas e apoiadas por uma polícia federal (FBI), conformando-se melhor ao pluralismo horizontal definido pelo autor francês.

O dualismo policial brasileiro, que ocorre no nível estadual, assemelha-se bastante ao dualismo francês, que ocorre no nível nacional. É o dualismo no qual uma das forças tem uma estrutura militar. Esta semelhança justifica conhecermos os argumentos do autor francês. Para ele, na França, não há lugar para

(42) Watin-Augourd, Marc. op. cit., idem, p. 3-5.

duas instituições policiais nacionais com estrutura civil.

Ele afirma que a dualidade - Polícia e Gendarmeria - na França é mais uma herança histórica do que fruto de uma concepção refletida e premeditada da organização das forças. Admite que hoje é um princípio republicano, reconhecido por M. Chevenement, quando era ministro de Defesa.

Para o autor a dualidade evita a concentração do poder policial e oferece aos juizes a possibilidade de escolher o serviço mais apropriado para a condução das investigações criminais. Conclui afirmando que a dualidade só é boa para a democracia se for bem compreendida e bem regulamentada para evitar uma competição exacerbada entre os diversos serviços policiais.

Conhecidos os argumentos franceses, analiso as discussões no cenário nacional. Tomo como referência os debates ocorridos por volta dos anos 86 e 87; foi época de um acirrado debate sobre o sistema policial brasileiro que acabou sendo orientado pela Comissão de Estudos Constitucionais, conhecida como Comissão Afonso Arinos, que ficara encarregada de elaborar um proposta de constituição para os futuros constituintes. Antes de falar dessa proposta examino algumas outras sugestões, que surgiram face ao problema do dualismo policial.

O delegado Heraldo Gomes (O Globo 11.07.1987) defendia a unificação das polícias alegando superposição desnecessária e falta de unidade de comando. O antropólogo Kant de Lima (O Globo 1987) desaconselhava a unificação por entender que as atividades de vigilância e de investigação são regidos por princípios diametralmente opostos.

No jornal O Dia (27.09.1987) o delegado Heckel Raposo e o coronel Jorge da Silva, com artigos intitulados

"Pela reunificação já" e "Pela divisão eterna" respectivamente, defendiam as teses da polícia única e do dualismo policial. O delegado usava os mesmos argumentos do seu colega Heraldo Gomes; o coronel, na mesma linha de pensamento de Kant de Lima, desaconselhava a fusão por ser o policiamento ostensivo regido pelo direito administrativo e a investigação criminal dependente do direito processual penal e da justiça criminal.

Sintetizando as duas posições que existiam naquela época, temos de um lado os oficiais da PM defendendo a possibilidade de duas polícias com funções diferentes, bem coordenadas, operarem no mesmo espaço físico e executando as duas funções básicas de polícia; do outro lado, os delegados da PC refutando a tese da PM e defendendo uma polícia civil, única e de carreira.

No âmbito dos policiais militares havia, por parte dos níveis inferiores, uma certa preferência pela posição da polícia única. Uma das razões eram as reclamações decorrentes da vida e da hierarquia militares.

Vistas as posições da época passo a mostrar a proposta da Comissão Afonso Arinos. O comitê n. 10 da referida comissão ficara encarregada de estudar os temas ligados à Defesa do Estado, da Sociedade Civil e das Instituições Democráticas; para ele convergiam as propostas dos diferentes segmentos envolvidos ou interessados no assunto. No caso ora em exame, a "Associação Nacional dos Delegados" representando a Polícia Civil e o conjunto dos Comandantes Gerais das PPMM, representando os interesses dessas corporações e de certa forma a posição do Exército Nacional.

A tese da Polícia Civil não era mais a da polícia única; defendiam a PM, com efetivos reduzidos, destinados a

ações de choque e de intervenção em distúrbios civis, auxiliando o policiamento quando necessário. A Polícia Civil teria um segmento fardado para o policiamento ostensivo e um outro para as investigações criminais. Os delegados de polícia defendiam a incorporação dos policiais militares para a formação do segmento fardado; com isto tentaram atrair o apoio das Associações de Cabos e Soldados das PPMM que pretendiam a desmilitarização da sua polícia.

A tese dos delegados de polícia, aceita pela comissão, foi fortemente repudiada pelos Comandantes Gerais das PPMM, que naquela ocasião elaboraram um documento que foi entregue ao presidente da comissão, o Dr. Afonso Arinos. É útil para a nossa discussão registrar os principais argumentos apresentados pelos comandantes contra aquela decisão.

Reafirmando a posição pela dualidade policial justificam-na com a situação dos países democráticos, como a Itália, França, Portugal, Espanha e Suíça que possuíam polícias militares; justificam a conveniência das duas polícias como forma de prevenir-se os abusos contra os direitos e as liberdades dos cidadãos, funcionando essa dualidade como um mecanismo de freios e contrapesos; advertiam para o perigo de privilegiar os delegados de polícia com excessivo poder com a criação de uma super-polícia; queriam o controle do Ministério Público para a atividade de investigação criminal.

Parece-nos que os argumentos dos comandantes policiais militares são semelhantes aos emitidos pelo policial francês ao defender a dualidade policial naquele país. A proposta da comissão acabou não sendo acolhida pelos constituintes; foi aceita a tese da dualidade policial, na forma defendida pelas Polícias Militares e pelo Exército.

Hoje a discussão continua presente. Os delegados de polícia não defendem mais a polícia civil única e de carreira. O fato dos delegados pertencerem à carreira jurídica e não à carreira policial estaria impedindo que eles continuassem defendendo a tese da polícia única, civil e de carreira. Agora se filiaram à tese da municipalização da polícia; essas polícias ficariam encarregadas do policiamento ostensivo.

Ainda sobre o pluralismo como princípio doutrinário parece-nos interessante conhecer uma outra posição da área internacional. Comento a proposta da reforma da segurança pública do Panamá⁴³, que pretendeu desenvolver um novo conceito de segurança pública que transformasse o velho modelo de segurança monolítica e militarista num modelo pluralista e policial. Rejeitando as teses da doutrina da segurança nacional, entendeu o autor da proposta ser necessário o fracionamento da função de segurança pública e a exclusão de qualquer organização militar atuando nesta área. No Panamá o pluralismo é indicado como uma medida para evitar a concentração de poderes em uma só organização policial; de certa forma utilizam o mesmo argumento do oficial da gendarmeria francesa, embora os panamenhos não incluam entre as forças da segurança pública organizações militares.

Admito que pode ser útil aceitar-se a tese do princípio do pluralismo para evitar a concentração de poderes em uma só organização policial. Não acredito que o pluralismo ou o monismo policial sejam fatores que afetem o princípio democrático. Acredito que a experiência histórica do Panamá tenha determinado a defesa do pluralismo, por

(43) Asvat, Ebrahim, *Lineamientos Generales sobre la Política de Seguridad Publica del Gobierno Nacional*, mimeo. p. 3.

isso acredito seja mais razoável responder esta questão no quadro das tradições político-administrativas dos diferentes países.

As questões que foram discutidas aqui poderiam ter sido analisadas no âmbito do tema sobre a centralização/descentralização. Tratei-as separadamente pelo fato da discussão sobre a dualidade policial ter ocupado em certa ocasião o centro dos debates sobre a reforma policial. Entendo que a tese da concentração de poderes ou mesmo a de evitarem-se forças policiais com contingentes enormes e com uma variedade muito grande de atribuições estaria sugerindo pensar-se no pluralismo policial como um bom princípio doutrinário no campo da segurança pública.

2.5 Controle da polícia

Ao falar do controle da polícia não pretendo ficar restrito somente aos seus aspectos individuais e disciplinares. Penso que será útil incluir também as questões relativas ao controle da administração policial.

Um texto de J. Maria Rico⁴⁴ sobre o controle policial nos ajudará a compreender esse processo no cenário internacional e a poder fazer as comparações com as experiências brasileiras. Serão examinadas as questões referentes aos controles externo e interno das polícias e as exigências impostas pelo regime democrático.

Começarei analisando o controle externo; Rico diz que em uma sociedade democrática a polícia deve ser objeto do controle exercido pelos poderes executivo, legislativo e judiciário e pela

sociedade. Concordamos com o autor e penso que já podemos ter como um princípio constitucional o controle externo das polícias.

A primeira discussão é sobre o controle do poder executivo sobre as polícias. Rico diz que o controle da polícia pelas autoridades políticas tem sido alvo de grandes preocupações, nos EEUU, por causa das influências da política partidária. No Canadá, segundo esse autor, os debates sobre o assunto convergiram sobre a necessidade de livrar a polícia dessas influências, particularmente nos países descentralizados, onde a quantidade de polícias pequenas facilita as pressões dos políticos locais.

No Brasil, muitas vezes, a discussão caminha para soluções que preservam a autonomia policial, acabando por incentivar as teses da não submissão da polícia ao poder governamental. Cremos que também não é esse o caminho melhor.

Em Genebra⁴⁵ tive oportunidade de ver este tema ser colocado por um policial da Escócia. Criticava eles os países que submetem sua polícia ao poder político dos chefes de governo; dizia que no seu país a sua polícia era controlada por um colegiado escolhido pela sociedade, ficando assim protegido das influências da política partidária.

Um princípio constitucional no Reino Unido proíbe a direção e o controle político das atividades operacionais; o policial tem um compromisso com a Coroa e é responsável por seus atos perante a lei⁴⁶. Lembro-me que um

⁽⁴⁴⁾ Rico, José Maria. *El poder discrecional de la policía y su control in Policía e Sociedad Democrática*, obra coletiva, Alianza Universidad, 1983, p. 211-233.

⁽⁴⁵⁾ Trata-se de Ian Oliver, chefe de polícia, da Polícia de Grampian, Aberdeen, Escócia, no Simpósio Internacional dos Executivos de Polícia realizado em Genebra, maio de 1994.

⁽⁴⁶⁾ Cadernos de Polícia n. 23. *Polícia Internacional. Simpósio Executivo*. Versão Preliminar. PMERJ, outubro 1994, p. 116.

policial francês respondeu às críticas do seu colega dizendo que na França a polícia era controlada pela autoridade política eleita pela população e que por isso estava legitimada para fazer tal controle. Fica a questão: controlada pela sociedade ou pela autoridade política? No cenário internacional temos exemplo dos dois modelos. O que me parece seja inquestionável é a necessidade do controle político da polícia; a forma de fazê-lo é uma questão prática.

Como um órgão dependente da administração pública a polícia não pode prescindir do controle político e das suas diretrizes; essas diretrizes, certamente, sempre estarão voltadas para o interesse público. A polícia deve sempre primar por uma atividade imparcial e não-partidária e os governos devem ter isto inscrito nas suas diretrizes políticas.

No Brasil o controle governamental das polícias, em nível estadual, tem sido feito através das secretarias de segurança, órgão da estrutura do poder executivo.

O controle do legislativo é apontado por Rico somente pelo aspecto das leis que formula e que servem para controlar a atividade policial; acaba sendo o controle legal. Gostaria de lembrar um tipo de controle que poderá ser feito pelo legislativo através das comissões especiais das Assembléias Legislativas estaduais; perante tais comissões, de forma sistemática, as polícias estaduais poderiam apresentar relatórios das suas atividades e serem submetidas às diferentes indagações dos deputados.

Nos comentários sobre o controle do judiciário vou incluir o controle do Ministério Público. J. Maria Rico se mostra um pouco cético quanto à eficácia do controle do Ministério Público quando examina a situação no Canadá e nos EEUU, principalmente quando as ações penais são contra os policiais; não

é muito diferente quando fala da situação na França. Diz que os policiais franceses não se interessam em dar ciência aos promotores das suas atividades e de que esses, também, não se interessam em saber detalhes de todos os crimes ocorridos no território francês e com isso acompanhar a atividade policial. Parece que não é muito diferente no caso brasileiro, agravado, penso eu, pelo fato da polícia reagir ao mandamento constitucional do controle externo dos promotores.

Rico se mostra também bastante cético quanto ao controle pelo judiciário das atividades irregulares dos policiais; sabe que é difícil conseguir provas para responsabilizar os policiais envolvidos em irregularidade. Diz que na França e nos EEUU parece haver um apoio incondicional da justiça aos policiais. Isto serve para mostrar como a realidade brasileira não é muito diferente da internacional e que a imunidade dos policiais diante da justiça, como assevera Rico, ocorrem com mais frequência do que se supõe. Penso que tal situação pode mostrar que os problemas não são só afetos à justiça militar, como normalmente é posto nos debates no cenário brasileiro.

Rico fala da experiência do Ombudsman, invenção escandinava, para proteger o cidadão contra os abusos da administração. Diz da sua vantagem como mecanismo de controle de certas atividades policiais pelo fato desse protetor do cidadão ser subordinado ao parlamento. Apesar dessas vantagens, Rico mostra que na Suécia, Finlândia e Dinamarca, onde essa instituição funciona, não tem sido grande o número de queixas contra os policiais, quando comparada com o total das queixas contra a administração pública.

Por último o autor comenta o controle externo exercido por organismos comunitários. Diz que as críticas, mais

comuns, feitas a este tipo de controle são as seguintes:

- sua pouca capacidade de controle pelo fato de suas decisões não serem obrigatórias para a polícia;
- seu caráter quase sempre burocrático;
- restrições do seu mandato; não podem investigar todos os aspectos da atividade policial;
- sua pouca capacidade de investigação;
- falta de apoio do aparato policial.

Por causa dessas críticas, assinala Rico que os comitês de cidadãos existentes no Canadá e nos EEUU para o controle policial ganharam outro formato organizacional ou buscaram novas formas de controle. Surgiram idéias no sentido de criarem comitês com a participação de policiais, integrantes dos ministérios responsáveis pela segurança pública e órgãos de defesa dos direitos humanos.

Além desses mecanismos, costuma funcionar o controle exercido por diversos organismos de defesa dos direitos humanos e a mídia. Rico diz que por causa das pressões exercidas por estes grupos foram realizadas, nos EEUU, Canadá e Grã-Bretanha, uma série de pesquisas sobre as atividades dos policiais; o resultado dessas pesquisas serviram para a formulação de uma série de recomendações aos administradores públicos e policiais responsáveis pela segurança pública.

No Brasil não há ainda uma experiência de controle externo da administração pública, muito menos da atividade policial. São poucas as experiências brasileiras que eu conheço de controle externo da atividade policial.

Veremos agora o controle interno. Ele se refere ao controle disciplinar da atividade do policial exercida pela própria corporação; embora se saiba que é melhor prevenir, mediante processos

eficazes de seleção e formação, reciclagem e acompanhamento do policial, Rico considera a necessidade do controle interno por entender que ele ainda é o mecanismo mais efetivo que pode existir. Sugere as seguintes condições:

- ser eficaz e imparcial mediante um procedimento rápido e rigoroso;
- permitir a defesa dos policiais acusados;
- prever sanções adequadas à falta cometida;
- permitir que as queixas dos cidadãos sejam encaminhadas às autoridades competentes;
- assegurar o máximo de transparência e publicidade.

Comentando pesquisas realizadas nos EEUU sobre a atividade disciplinar da polícia, Rico diz que, embora possa ser essa atividade considerada teoricamente eficaz, tem sido insuficiente na prática. Embora sem conhecer pesquisas brasileiras sobre o assunto, posso afiançar as dificuldades para se conseguir na polícia brasileira um bom nível de controle disciplinar.

Rico acha que ainda não se encontraram fórmulas satisfatórias e eficazes para o controle da atividade policial. Entende que, diversamente do que ocorre com os outros funcionários públicos, o policial acusado de uma falta acaba sendo investigado por diferentes organizações; isto, ao ver do autor, acaba por aborrecer os organismos policiais, resultando quase sempre no aumento das suas resistências contra os controladores externos e no seu isolamento da sociedade.

Por outro lado, reconhece Rico que as exigências de uma maior intervenção policial em vários setores da sociedade vem impondo a necessidade de outorgar certos poderes ao aparato policial, com isto aumentando a possibilidade dos

cometimentos de abusos e a consequente violação dos direitos dos cidadãos. Reconhece a necessidade de submeter o trabalho policial a um marco jurídico estrito e a um eficaz mecanismo de controle.

Afirma Rico que nas sociedades democráticas é bastante reduzido o número de policiais que abusam dos seus poderes; reconhece no entanto que o mesmo não se pode dizer dos países africanos, asiáticos e latino-americanos; aí os problemas são realmente preocupantes.

A situação da administração pública brasileira não é exemplar no aspecto que se refere ao controle da sociedade ou mesmo político-administrativo. Não há uma prática sistemática de qualquer acompanhamento das políticas públicas governamentais. A praxe é a autonomia administrativa, a irresponsabilidade, a falta de transparência e da obrigação de prestação de contas ao cidadão. A história do controle da polícia não poderia ser diferente.

Analisando o texto de Rico podemos verificar a situação do controle policial no cenário internacional. Precisamos trabalhar no sentido de encontrarmos as melhores formas do controle da administração policial, seja no nível individual, seja no nível organizacional.

2.5.1 Propostas de controle da atividade policial

Esta questão tem aparecido em quase todas as propostas com a preocupação exclusiva de controlar o quadro de violações policiais. É preciso um instrumento administrativo para colocá-lo no seu devido lugar, isto é, no campo da administração; quase sempre a questão do controle tem sido enfocada sob a exclusividade do ângulo político e ca-

minhado, muitas vezes, para propostas equivocadas e de reduzida eficácia.

Estaremos aqui separando o controle como forma de evitar as condutas violadoras do código de ética policial e como forma de acompanhar a administração policial. Sob esses dois aspectos pretendo discutir as questões ligadas ao controle interno e externo.

2.5.2 O controle interno

Início ressaltando a importância do controle interno e o entendimento de ser ele imprescindível para que haja um bom controle externo. Começo examinando aspectos do controle individual que estaremos chamando de controle ético.

É de primordial importância entendermos que para que haja controle ser necessário o estabelecimento dos princípios norteadores da conduta policial. É o código de ética do policial. Sugiro que seja adotado em nível nacional o código de conduta elaborado pelas Nações Unidas para todos aqueles funcionários públicos envolvidos com a atividade de segurança pública.

Proponho ainda que sejam criados nas polícias conselhos de éticas integrados por representantes dos diferentes níveis da carreira policial que ficarão encarregados da divulgação dos preceitos do código e das providências para a sua observância. É fundamental a participação das diferentes associações dos policiais na defesa da observância deste código, que deve ser visto como a carta de valores da organização policial.

Creio ser necessário que alguns instrumentos normativos sobre a conduta policial formulados pelas Nações Unidas sejam do conhecimento dos policiais. Proponho que alguns desses documentos sejam estabelecidos como

normas gerais pelo governo federal e adotados pelos respectivos Estados; entre eles citamos os seguintes:

- princípios básicos sobre o uso da força e armas de fogo pelos policiais;
- conjunto de princípios básicos para a proteção de todas as pessoas presas e encarceradas;
- declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura e outros tratamentos ou punições cruéis, desumanas ou degradantes.

Entendo ser necessário neste nível de controle o comprometimento dos policiais e da administração policial com os princípios éticos e legais que devam nortear a conduta do policial na investigação criminal e no policiamento ostensivo.

No nível do conhecimento e da investigação das violações cometidas pelos policiais é necessário o conhecimentos por parte deles de alguns princípios básicos:

- os policiais são responsáveis perante a lei pelos seus atos e omissões;
- os policiais devem denunciar qualquer violação cometida por outros policiais;
- todas as denúncias de violações dos policiais devem ser submetidas a uma investigação rápida e imparcial;
- a polícia deve prestar contas à população dos resultados das investigações das violações policiais;
- os procedimentos e os órgãos responsáveis pelas investigações das violações policiais devem ser conhecidos e acessíveis a todas as pessoas.

Proponho que as regras gerais para o controle interno das polícias sejam também regulamentadas pela área federal. Creio ser necessário a apresentação periódica e sistemática de relatórios das polícias sobre o quadro de violações da

organização. Será necessário também a realização periódica de pesquisas que determinem com maiores detalhes os diferentes aspectos das violações, dos policiais infratores, suas vítimas e outros temas julgados importantes para a reformulação de controles ou recomendações.

Visto os controles dos aspectos disciplinares discuto os aspectos pertinentes aos controles operacionais. Falo da estruturação dos sistemas de controle dos desempenhos individuais e organizacional.

Creio ser importante registrar uma faceta bastante importante e crucial de qualquer atividade administrativa que é o controle da sua atividade operacional; saber o que e como estamos fazendo parece ser um dos grandes objetivos de qualquer bom administrador. Será necessário o estabelecimento de indicadores para acompanhamento do desempenho pessoal e organizacional.

No campo das atividades administrativas penso ser importante também a participação das associações de classe dos policiais; penso que comitês poderiam ser constituídos para exame das alterações administrativas e regulamentares que tivessem repercussão na área da legislação do pessoal afim de se ver evitadas as constantes modificações dos regulamentos, que mais das vezes atendem a interesses pessoais ou de grupos. Admito a necessidade de normas gerais estabelecendo os procedimentos para sistematizar o controle da atividade operacional e administrativa. Vejo a necessidade de regulamentar a feitura dos relatórios sistemáticos das atividades operacionais e administrativas dos órgãos policiais

Penso que apresentei em linhas gerais algumas idéias sobre o controle interno das polícias. Reafirmo o nosso entendimento sobre a importância do

controle interno para a eficácia do controle externo. Com isto chamo a atenção para a necessidade de se aperfeiçoarem os instrumentos de controle interno antes de se buscar a criação de instrumentos de controle externo.

2.5.3. O controle externo – O poder executivo

Começo examinando o controle da administração policial no nível do poder executivo.

Veremos os tipos de controles que se fazem através dos comandos das corporações policiais. As Polícias Militares durante algum tempo foram comandadas por oficiais do Exército, forma encontrada para o controle da segurança pública estadual. Pode-se dizer que o modelo brasileiro de controle das polícias é o exercido através das secretarias de segurança.

O exercício do comando das polícias por autoridades civis escolhidas pelos governadores não tem sido pensada e nem discutida no cenário brasileiro. Vimos esta idéia recentemente defendida na reforma policial do Panamá; é exemplo também da Gendarmerie francesa que tem como comandante um procurador do Estado.

Outra modalidade de controle encontrada em algumas polícias estrangeiras é o exercido por um colegiado eleito ou nomeado para a gestão da polícia.

Acredito que não existam dúvidas sobre a necessidade do controle da atividade das polícias, embora se perceba que ainda não tem sido devidamente equacionado os aspectos da atividade policial que precisam ser controlados. Penso que precisam ser conhecidos detalhes sobre a administração do orçamento, sobre a atividade operacional, treinamento, disciplina, recrutamento e seleção, efetivos, motivação e

desempenho individual entre outros temas administrativos considerados importantes para o desenvolvimento das políticas do governo. É necessário estabelecer os aspectos da administração que deverão ser documentados em relatórios para o controle político.

Penso que o controle do executivo terá como objetivo primordial fazer com que a polícia execute as políticas públicas formuladas para a área da segurança.

2.5.4 O controle legislativo

O controle do legislativo deverá ser feito em dois níveis: um no campo das violações dos direitos humanos e outro no campo da administração pública. Pode ser feito pelas comissões específicas das Assembléias de forma sistemática ou episódica mediante visitas, relatórios, respostas a requerimentos de informações e outros instrumentos específicos de controle. Não é hábito no Brasil o poder legislativo utilizar a sua responsabilidade de fiscal das atividades do Executivo de maneira sistemática e regular. Normalmente o Legislativo só exerce este papel quando há uma crise ou um fato negativo que ganha maior repercussão e obriga o Legislativo a procurar explicações.

Penso ser útil regulamentar-se a forma deste tipo de controle, definindo-se os seus objetivos, as áreas policiais que seriam controladas, os relatórios e os documentos que seriam produzidos pela polícia julgados necessários para documentar o processo de controle e todos os outros procedimentos que pudessem sistematizar essa atividade.

2.5.5 O controle da justiça criminal

Penso que podemos tratar neste campo dos controles exercidos pelos juízes criminais e pelos promotores. Creio não

devessem esses controles ficar restritos exclusivamente aos aspectos processuais. A responsabilidade do poder judiciário pela repressão criminal o obriga a um outro nível de controle da atividade policial na prevenção e repressão criminal.

Cabe um acompanhamento mais sistemático das atividades das polícias estaduais e do ministério público. A taxa de crimes conhecidos, registrados, investigados pela polícia e a taxa dos crimes denunciados e arquivados pelo ministério público devem ser objeto do controle da justiça criminal.

Pretendo ter deixado claro os dois tipos de controle; um controle técnico-jurídico realizado pelos promotores sobre os inquéritos policiais feitos pelos policiais civis e pelos juizes criminais sobre as decisões dos promotores no oferecimento da denúncia ou arquivamento do inquérito e um outro sobre o conjunto das atividades de polícia judiciária. É sobre esse controle que eu entendo deva ser instituído um novo modelo de acompanhamento da atividade da polícia judiciária.

2.5.6 O controle da sociedade

Uma forma da participação da sociedade no controle da atividade policial se fará com um maior proveito integrando-se nos diversos tipos de controle já sugeridos acima; por exemplo, no caso do judiciário, pode-se ter no colegiado que se organizar para as atividades de controle da polícia judiciária representantes da sociedade.

Isto não impede que se organizem outras formas possíveis de articulação das polícias estaduais com as organizações não-governamentais interessadas nas questões da segurança pública e dos direitos humanos; esta articulação pode prever as formas de colaboração dessas

organizações na atividade de treinamento dos policiais, nas atividades de policiamento e em outras que sejam adequadas. É preciso que a transparência da administração policial seja um princípio doutrinário aceito e praticado pelos dirigentes das polícias estaduais.

3. Outras questões constitucionais e algumas propostas

Trabalhou-se, nas seções anteriores, com as questões que estão presentes no debate nacional e internacional, procurando-se delinear alguns princípios doutrinários para regular a segurança pública. Percebe-se que a discussão no ambiente brasileiro tem se realizado em um quadro com bastante confusão conceitual e doutrinária, ficando restrita, muitas vezes, a algumas questões práticas que se movem segundo convicções pessoais ou corporativas daqueles que participam dos debates.

Examinando agora outras questões que nos parecem importantes para a configuração de um quadro doutrinário, aproveitando para ir esclarecendo algumas propostas já apresentadas anteriormente.

3.1 Estado de direito democrático

Parto inicialmente dos princípios fundamentais da Constituição de 1988. Acredito que haverá consenso em se admitir que não se pode construir nenhuma doutrina de segurança ou qualquer política pública sem considerar tais princípios. Estes princípios estão sintetizados na configuração da República Federativa do Brasil como um Estado de Direito Democrático.

Percebe-se que é através dessa configuração de um Estado que seja Democrático de Direito que poderão ser realizados todos aqueles princípios elenca-

dos como fundamentais na Constituição brasileira. Reafirmo minha convicção de que todas as políticas públicas deverão fluir dessa especial configuração.

3.2 Políticas criminais

No campo da segurança temos defendido políticas criminais que sejam adequadas ao nosso modelo democrático⁴⁷. Há um consenso no cenário brasileiro sobre a inadequação da doutrina de segurança nacional para um projeto de construção de uma república democrática. Felizmente, assim também pensam hoje as autoridades norte-americanas que foram as que propuseram tal política para os países latino-americanos. Era tal doutrina que vinha inspirando os princípios doutrinários da segurança pública brasileira; daí que não podemos ficar criticando a antiga doutrina sem propor uma nova doutrina da segurança para um Brasil democrático.

Acredito que o Ministério da Justiça pode se encarregar desta tarefa de construção de uma doutrina e de um quadro conceitual que possa homogeneizar o entendimento em torno de algumas funções policiais e de outros aspectos referentes à segurança pública e política. Creio que nos debates para a definição desse quadro seria conveniente estabelecer os conceitos que deveriam figurar na legislação e outros que deveriam constar em documentos doutrinários produzidos por estudos incentivados pelo Ministério da Justiça.

3.3 Natureza da atividade policial

No campo do entendimento da natu-

reza da atividade policial tenho defendido algumas idéias⁴⁸ que julgo importante repetir aqui, que é o pensar-se a polícia como serviço público e não como força pública. Serviço policial substituindo a idéia de força policial, invertendo os termos do brocardo tradicional que afirma que a “força policial serve e protege” para a idéia do “serviço policial que usa a força para proteger”. É importante deslocar o eixo central do entendimento do uso da força para a idéia de serviço.

A idéia da polícia a serviço da comunidade para garantir aos cidadãos, livre e pacificamente, a fruição dos seus direitos constitucionais deve se constituir em um princípio doutrinário.

3.4 Desjudicialização da polícia civil

Trago para a discussão alguns temas em torno da necessidade da desjudicialização da polícia civil brasileira. Creio que é bastante especial a situação da polícia judiciária brasileira quando comparada com as polícias dos outros países. Atribuo isso à confusão entre o que seja polícia de investigação criminal e polícia judiciária.

A polícia brasileira executa em torno do inquérito policial um ritual semelhante ao exercido nas varas criminais para a realização da instrução criminal. O delegado de polícia funciona como se fosse um juiz de instrução e a delegacia como se fosse um cartório; costume dizer que o escrivão de polícia acaba sendo mais importante do que o detetive que deve proceder a investigação criminal. Atribuo a esse quadro, típico do cenário brasileiro, o processo de buro-

(47) Ver Cerqueira, Carlos Magno Nazareth. *Remilitarização da Segurança Pública: a operação Rio*. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, ano 1(1): 141-168, 1.º semestre.

(48) Ver Cerqueira, Carlos Magno Nazareth. *Políticas de segurança pública para um estado de direito democrático chamado Brasil*. Discursos Sediciosos, ano 1(2): 191-211, 2.º semestre.

cratização e de ineficácia da investigação criminal no Brasil. Este é um problema bastante grave e infelizmente bastante desconhecido pelos que debatem a questão da reforma policial.

A carreira policial assentada na carreira jurídica precisa ser questionada; policial de investigação criminal não precisa ser advogado e muito menos pertencer à carreira jurídica. É comum vermos delegados de polícia solicitarem para eles as mesmas prerrogativas dos juizes criminais. Do mesmo modo não tem sentido a carreira de escrivão na polícia. Isto tem feito com que o policial civil não se identifique com a profissão policial e sim com a carreira jurídica.

3.5 Profissionalização da polícia

Tenho chamado a atenção para o problema que chamo de "advogadização" da polícia civil brasileira, tão grave quanto o problema da militarização da outra polícia⁴⁹. A cultura jurídica passa a ter hegemonia na profissão policial, dispensando os conhecimentos de outras disciplinas muitas vezes mais importantes e adequadas para a atividade policial. É um equívoco grotesco pensar-se que a formação do advogado seja essencial para o desempenho da atividade policial; pode servir para ser promotor ou juiz, nunca para ser policial. Entendo que qualquer debate sobre a reforma policial deve trabalhar a questão da formação dos quadros da polícia de investigação criminal e judiciária.

Chamo atenção para o tema da profissionalização que deve estar entre os princípios essenciais à segurança pública. Não se pode pensar nela sem corrigir essas distorções acima comentadas sob

pena de se continuar preparando advogados, especializando advogados e não policiais de investigação, ou ainda preparando militares, especializando militares e não policiais para a segurança pública.

3.6 Simplificação dos inquéritos policiais

Creio que o quadro da polícia judiciária descrito acima estaria dispensando o papel do Ministério Público; os inquéritos policiais poderiam ir direto para a justiça evitando-se mais um elo burocrático desnecessário. Vejo aí a dificuldade atual para o controle da polícia civil pelos promotores se efetivar. Como podem os delegados de polícia, que são assemelhados aos promotores na formação jurídica e, ainda, fazendo parte da mesma carreira jurídica, aceitar esse controle? Talvez seja por esta razão que Lopez-Rey defenda a extinção do Ministério Público⁵⁰.

É preciso trazer para o debate a questão da simplificação dos inquéritos policiais; eles deformam a atividade policial e a judiciária; deformam a atividade policial quando a burocratizam e a obrigam a efetuar procedimentos formais de polícia judiciária típicos da instrução criminal; deformam - na ainda quando criam as condições para a violência e a corrupção em torno de sua realização, quer seja através da tortura para obtenção de confissões, quer seja através da manipulação das provas.

Deformam a atividade judiciária quando atentam contra o princípio da divisão dos poderes, transferindo para a polícia os poderes da justiça; deformam a atividade judiciária quando invertem

⁽⁴⁹⁾ Cadernos de Polícia n. 21. *Levantamento Diagnóstico do Sistema de Justiça Criminal*. Versão Preliminar, PMERJ, dez 1994, p. 194.

⁽⁵⁰⁾ Lopez-Rey, Manuel, *Criminologia, Criminalidad y Planificación de la Política Criminal*, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1978, p. 390.

o processo consagrado pelo juizado de instrução, qual seja, o do controle da atividade de polícia judiciária pelo juiz criminal; na situação brasileira, é a polícia que comanda livremente as investigações criminais.

Infelizmente no Brasil a questão não tem sido debatida adequadamente; algumas vezes o problema é percebido mas a solução sugerida é equivocada; por exemplo, colocar assistentes sociais, promotores ou juizes na delegacia para controlar a realização do inquérito policial.

A simplificação não seria difícil de ser feita, vez que seriam os relatos circunstanciados dos investigadores policiais que poderiam fornecer os dados necessários para o promotor denunciar. Em Sotelo Regil⁵¹ esses dados constam das informações sobre:

3.6.1 O quê, quem, onde, quando, como, de que forma e por quê

O autor principal deste novo procedimento policial seria o policial de investigação, como é feito em todas as polícias que eu pude conhecer. São dispensados o escrivão e o delegado.

Com esta correção a polícia judiciária pode voltar a ser a polícia auxiliar da justiça criminal. Continuo afirmando com muita ênfase a necessidade deste debate sob pena de não se alterar profundamente as práticas condenáveis e ineficazes da polícia brasileira.

Por isto coloco a questão da desjudicialização da polícia judiciária como uma questão prática decorrente do entendimento de ser a repressão criminal uma atividade da responsabilidade do poder judiciário; a polícia, deixaria de

ser órgão do executivo para atuar subordinada àquele poder e integrado ao que se costuma chamar de sistema de justiça criminal.

3.7 O juizado de instrução

Com o juizado de instrução a atividade policial ficaria limitada a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e a indicar testemunhas⁵²; estaria proibido o trabalho cartorial nas delegacias, isto é, a tomada de depoimentos. O cidadão estaria obrigado somente a ir à presença do juiz. O que significa isto em termos de administração da justiça? E em termos de garantias processuais?

Creio que é preciso examinarmos um pouco mais este assunto que me parece crucial para a definição adequada da administração da justiça criminal brasileira. Começo aproveitando um texto bastante interessante sobre a instrução criminal e a democracia⁵³ para conhecermos essa questão.

O sistema atual brasileiro, chamado de dupla tramitação, permite, segundo o autor em exame, à polícia atuar com ampla margem discricionária para a investigação dos delitos e recolhimento das provas, realizando o inquérito policial; depois disto, os autos do inquérito seguem para o promotor que, após examiná-los, entendendo exaurida a investigação, propõe a denúncia; aceita a denúncia pelo juiz, é iniciada a ação penal; começa a instrução criminal. Nesta instrução se repetem quase todos os procedimentos feitos no inquérito. Para ficar mais claro e usando uma lingua-

⁽⁵¹⁾ Regil, Luiz F. Sotelo. *La Investigación del Crimen. Un Curso para el policía profesional*. Editorial Limusa, México, 1978, p. 162.

⁽⁵²⁾ Ver introdução do Código de Processo Criminal.

⁽⁵³⁾ Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, *Instrução Criminal e Democracia* in O Alferes, Ano 5, n. 12, jan./fev./mar., 1987, p. 7-15.

gem pouco técnica, é feito um outro inquérito policial, agora presidido por um juiz e diante de todas as partes envolvidas: promotor e advogado.

O que significa a "ampla margem discricionária" da polícia? Diz o texto que é a polícia exercer uma função que não é sua, de interrogar o acusado e as testemunhas e de colher provas sem valor legal. Diz mais que o inquérito policial acaba se transformando em instrumento de opróbrio e violência contra os indivíduos, possibilitando abusos de toda a sorte, arbitrariedade de todo o tipo, inclusive devassas humilhantes e absurdas na vida das pessoas indiciadas, acobertadas por questões pouco explicadas de segredo e confidencialidade. Será que isto não seria o bastante para o convencimento das autoridades políticas e públicas da necessidade de debater-se seriamente este problema? Será que a solução estaria no controle da polícia civil através dos promotores, mantido o inquérito policial?

Acredito que o modelo atual favorece a resolução da questão criminal na própria polícia; ela detém um poder amplo de selecionar os casos que serão submetidos à justiça. Os advogados criminais sabem muito bem disto. Cabe perguntar sobre quem é favorecido pelo atual sistema?

Dizer que são as elites as favorecidas por este sistema não seria exagerar, pois dispondo de melhores recursos elas poderão ter a seu serviço bons advogados que poderão evitar na polícia arbitrariedades ou conduzir a coleta de provas de maneira mais adequada aos seus interesses. E os setores marginalizados, como ficam diante deste "poder policial"?

O professor Miguel A. Arnedo⁵⁴, para buscar um outro testemunho, ao

questionar os depoimentos dos acusados na delegacia policial, mostra como os setores marginalizados da sociedade são os que mais sofrem com a aplicação desses procedimentos policiais, que estão sempre prontos para violar os direitos e as garantias processuais. Afirma o citado autor que o controle social desses setores marginalizados deverá ser mais rígido e é precisamente a legislação processual penal a arma que utilizam os Estados como instrumento dinâmico desse controle.

Diz ainda o autor, ratificando a posição do professor Diogo F. Moreira Neto e confirmando a nossa posição, que o procedimento policial é bastante perigoso por deixar nas mãos do setor policial, muito mais seletivo do que o setor judiciário, a tarefa de tomar depoimentos dos acusados e das testemunhas. Diz que é perigosa também por violar o princípio republicano de divisão dos poderes, quando o poder judiciário delega ao executivo faculdades que lhes são próprias e que pelo princípio mencionado não podem ser delegadas.

Creio que o problema precisa inicialmente ser posto no campo dos princípios doutrinários; tenho repetidas vezes defendido o juizado de instrução por questão de princípio democrático e da divisão dos poderes. Hoje tenho certeza que do ponto de vista da administração é o procedimento mais recomendável.

3.8 Administração da justiça criminal

Discutidos os aspectos políticos da polícia judiciária passo a examinar as

mento de Control Social en Latinoamerica, con Especial Referencia a la Argentina, apresentado no Quarto Seminário do Grupo de Trabalho Direito e Sociedade, Conselho Latino Americano de Ciências Sociais, Belo Horizonte, set, 1987. mimeo.

⁽⁵⁴⁾ Arnedo, Miguel Alfredo, *Los Sistemas de Legislacion Procesal Penal como Instru-*

questões referentes aos aspectos da administração da justiça criminal. Aproveitaremos algumas entrevistas de integrantes do sistema de justiça criminal⁵⁵ e um estudo sobre os indicadores da eficácia do referido sistema⁵⁶ para esclarecermos a questão administrativa.

Veremos inicialmente como opera o sistema de justiça criminal brasileiro:

- a polícia militar (PM) toma conhecimento dos crimes e dá o primeiro atendimento à ocorrência criminosa;
- recebendo a ocorrência da PM a polícia civil (PC) a registra;
- registrada a ocorrência, por sua iniciativa a PC dá início ao inquérito policial;
- pronto o inquérito é remetido ao Ministério Público (MP);
- entendido que esteja concluído o inquérito o MP prepara a denúncia e a remete (instruída pelo inquérito) à vara criminal;
- aceita pelo juiz criminal a denúncia do promotor é iniciada a instrução criminal.

Percebe-se que no sistema brasileiro de dupla tramitação os diversos procedimentos ocorrem em diferentes sedes organizacionais, que podemos dividir nas seguintes fases:

- fase do policiamento ostensivo;
- fase da polícia judiciária;
- fase da promotoria;
- fase judicial.

Vê-se que há um longo caminho, desde que o fato criminoso ocorre e é

conhecido pela polícia até chegar ao destinatário final que é a justiça. A articulação entre estas fases não se faz sem muitos conflitos. Nos debates nacionais tem tido maior ênfase a discussão sobre os atritos entre as duas polícias, pouco se falando dos conflitos entre a polícia e os promotores, e desses com os juizes criminais. Pretendo acender esta discussão que me parece bastante necessária para entendermos os reais problemas do controle do crime no Brasil.

Um juiz mostra com bastante ênfase todo o seu desagrado com a atuação dos promotores. Diz que a rapidez exigida da justiça depende bastante da diligência dos promotores; para este juiz, promotor diligente é aquele que recebe o inquérito do delegado de polícia e logo denuncia ou solicita arquivamento, possibilitando o início da ação penal.⁵⁷ Para este juiz é a fase da promotoria que entrava o trabalho da justiça.

A fala de um promotor mostra claramente o quadro caótico desenhado pelo juiz. Diz ele ter na sua vara inquéritos com mais de quinze anos. Diz que os inquéritos ficam três, quatro anos tramitando sem uma solução⁵⁸. A solução, que seria o arquivamento ou a denúncia, depende da iniciativa do promotor; esta é a crítica feita pelo juiz de que os processos ficam tramitando da polícia para o promotor sem nenhuma solução e esta demora acaba sendo creditada à morosidade da justiça criminal.

Diminuir o papel, a burocracia excessiva, diz um outro promotor; se continuar assim a Justiça Criminal entra em colapso.⁵⁹ Observa-se tamanha burocracia para nada; basta ver a desilusão de um outro juiz com o inquérito; diz ele que o inquérito policial é uma coisa e

(55) Cadernos de Polícia n. 21, op. cit.

(56) Cerqueira, Carlos Magno Nazareth, *Ensaio sobre um Projeto de Avaliação do Sistema de Justiça Criminal*, monografia apresentada no Curso de Especialização em Políticas Públicas da Escola de Políticas Públicas e de Governo da UFRJ, mimeo, jun. 1997.

(57) Cadernos de Polícia n. 21, op. cit, p. 128.

(58) Idem, p. 159.

(59) Idem, p. 160.

o trabalho judiciário uma outra. Tanto é verdade que o inquérito é novamente repetido em juízo⁶⁰. Ora, pergunto eu, se existe esta consciência, qual a razão de se manter operando um sistema deste tipo?

A visão dos delegados também não fica muito distante da do juiz e do promotor sobre tamanha burocracia em torno do procedimento policial. As soluções são no entanto no sentido de preservar o instrumento burocrático que me parece o causador principal de tudo isto. Para o juiz basta o promotor ser diligente; para o promotor basta o delegado esclarecer os inquéritos para evitar que fiquem eles tramitando; para o delegado basta ter mais recursos materiais e humanos. Tenho certeza de que um especialista em administração que fizesse uma avaliação desse processo condenaria este sistema

Creio que nem precisaria um parecer técnico para chegar à conclusão da ineficácia deste sistema; é suficiente o senso comum para verificarmos a excentricidade desse processo. Basta ver que há uma fase policial e uma fase da promotoria realizando um exaustivo trabalho, em torno de um procedimento administrativo, que leva anos e anos, e que não tem validade legal: é totalmente repetido na justiça. Qual a razão de se manter esse quadro? Já vimos que não é do ponto de vista das garantias processuais; não é também do ponto de vista do princípio republicano e democrático. Se também não pode ser garantido pela visão administrativa, qual será a razão? Será que é pelo fato de favorecer a rigidez do controle social penal dos marginalizados?

Tenho proposto uma solução mais rápida e sem maiores debates que é a simplificação do procedimento policial. O inquérito na forma como é feito só

serve para atravancar e inviabilizar o trabalho de investigação e justificar a carreira do escrivão de polícia. Pela minha experiência pessoal e de leitura sobre o sistema policial internacional posso afirmar nunca ter ouvido falar deste cargo na atividade policial; também não soube de nenhum procedimento policial assemelhado ao processo criminal. O que estará impedindo essa simplificação? Acredito que uma auditoria administrativa do sistema de justiça criminal ajudaria a repensar a simplificação do modelo burocrático atual.

Acredito que essa auditoria poderia colaborar na elaboração de uma proposta para regulamentar o acompanhamento e a avaliação das atividades das diferentes fases do sistema de justiça criminal, formulando os seus respectivos indicadores críticos. Com este procedimento acredito que se poderia criar um modelo de administração mais profissional e eficaz para o sistema de justiça criminal.

4. Conclusões finais

Pretendi neste estudo trabalhar a idéia de se pensar na possibilidade de se ter na Constituição Federal diretrizes programáticas sobre a segurança pública; penso que nelas estariam definidos os princípios doutrinários que fundamentariam as políticas públicas no campo da segurança. Este seria o primeiro texto legal.

Em consequência teríamos uma legislação complementar, ainda na esfera federal, que seria uma lei da segurança pública, tratando das questões práticas decorrentes do texto constitucional; penso que esta lei serviria para orientar a legislação estadual que poderia ser mais específica e mais adequada as realidades locais.

(60) Idem, p. 165.

A minha preocupação é evitar o que ocorre atualmente, quando são tratados nos textos constitucionais ou infra-constitucionais questões conceituais ou técnicas ainda sujeitas a entendimentos diversos, muitas vezes tratadas de forma inadequada que acabam sendo cristalizadas pelos textos legais dificultando a possibilidade de mudanças necessárias.

Neste estudo tratamos de muitas questões para um primeiro ensaio de uma proposta de diretriz. Não pretendi apresentar uma diretriz pronta e acabada, mas tão somente sugerir os temas que poderiam ser incluídos nela. Por outro lado, entendo ser necessário uma diretriz afinada com alguns princípios básicos da democracia brasileira que possam servir de parâmetro para todas as políticas estaduais.

Sei que há muitas questões que ficaram fora deste ensaio, mas acredito que tenhamos coberto um amplo leque de assuntos que estão na pauta dos debates atuais sobre a reforma policial. Espero que os legisladores não se percam nas questões práticas que não sejam decorrentes dos princípios doutrinários sob pena de se reformar o aparelho policial sem transformá-lo realmente para a sociedade democrática e pluralista que pretendemos ver construída no Brasil.

Concluimos este estudo com uma outra observação que é a necessidade de se reverem os princípios criminológicos que têm fundamentado as políticas criminais brasileiras; eles tem propiciados leis criminais que apostam no modelo da repressão penal tão ao gosto dos que

cultuam o modelo do positivismo criminológico.

É preciso um esforço da universidade no sentido de produzir conhecimentos nas diferentes áreas do controle social que possam oferecer ferramentas preventivas mais eficazes do que as fornecidas pelo controle social penal. Falo como policial que sempre procurou reforçar a idéia da sociedade concentrar os seus esforços para melhorar a convivência social, nos chamados controles sociais informais. Tenho, com tristeza, observado que há muitos estudos acadêmicos que têm enfatizado a visão polícialista que acredita que o problema da violência é resolvida na via da repressão penal. Entendendo que o esforço deva ser feito em outra direção termino com uma provocação aos cientistas sociais, sugerida por uma proposta radical de Louk Hulsman, que é a de considerar a abolição da justiça penal como uma hipótese crítica; diz ele: "Neste sentido, a abolição significa a abolição da linguagem predominante sobre a justiça penal e sua substituição por uma outra linguagem que permita submetê-la a hipóteses críticas: em outras palavras, uma linguagem que possibilite testar a hipótese de que a justiça criminal não é 'natural' e que sua 'construção' pode não ser legítima. Caso esta hipótese seja validada, a linguagem predominante sobre a justiça penal deverá ser abandonada, e esta aparecerá como um problema público ao invés de uma instituição destinada a solucionar problemas públicos".⁶¹

(61) Hulsman, Louk e Bernart de Celis, Jacqueline, *Penas Perdidas. O sistema Penal em Questão*. Luam Editora, 1993, p. 157-158.

6. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

HOMICÍDIO DOLOSO. DESCLASSIFICAÇÃO. LESÕES CORPORAIS SEGUIDAS DE MORTE. PRETERDOLO (CASO DO ÍNDIO PATAXÓ)

Ementa: Se a intenção dos agentes foi a de provocar um susto na vítima, ao acordar com o pano que cobria suas pernas em chamas e não o de causar a sua morte, diante fazerem-se presentes uma conduta dolosa – atear fogo – e outra culposa – a morte –, derivada da violação do dever de cuidado, resta configurado o crime preterdoloso que impõe se desclassifique a imputação de homicídio doloso para lesões corporais seguidas de morte.

RSE 1.826/97-DF – TJDF e Ter., 2.^a T. Crim. – Rel. Des. JOAZIL M. GARDÊS.

RELATÓRIO – Senhor Presidente. Senhores Desembargadores.

A representante do Ministério Público, perante o Tribunal do Júri da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília-DF, qualificando-os, denunciou Max Rogério Alves, Antônio Novely Cardoso de Vilanova, Tomás Oliveira de Almeida e Eron Chaves Oliveira, por infração ao que se dispõe no art. 121, § 2.º, I, III e IV do CP e art. 1.º da Lei n. 2.252/54 e art. 1.º, da Lei n. 8.072/90, alegando em resumo, que no dia 20.04.1997, por volta das 05:00 horas, na EQS 703/704, na av. W3-Sul, nesta Capital, após divertirem-se durante toda a noite, procurando dar continuidade à diversão, juntamente com o menor Gutemberg Nader Almeida Júnior, jogaram substância inflamável em Galdino Jesus dos Santos, índio Pataxó, que dormia no banco da parada de ônibus,

e atearam fogo, fazendo dele uma tocha humana, assumindo o risco de provocar o resultado morte, o qual veio a ocorrer, em razão das queimaduras em todo o corpo, fazendo-se presentes as qualificadoras motivo torpe (para se divertirem), meio cruel (queimadura) e recurso que tornou impossível a defesa do efendido (atacado enquanto dormia); e, que ao cometerem o crime com um menor de 18 anos de idade, facilitaram a sua corrupção.

No juízo de admissibilidade da acusação, a MM Juíza de Direito. Presidenta do Tribunal do Júri, com apoio no que se dispõe nos arts. 408. § 4.º e 410, do CPP, desclassificou a imputação de homicídio doloso, para o crime de lesão corporal seguida de morte (CP, art. 129, § 3.º), (fls.570/592).

Irresignado o Órgão do Ministério Público interpôs Recurso em Sentido Estrito, arrazoando, ao longo de 24 laudas, que “...Adentrando o mérito, a MM Juíza transcreve alguns depoimentos e menciona outros, valorando-os de forma, *data venia*, indevida, razão por que decidiu que os acusados, embora jogando combustível e ateados fogo na vítima, não teriam assumido o risco de produzir o resultado morte. Faz longo arrazoado sobre a diferença entre dolo eventual e culpa consciente, transcrevendo doutrina e jurisprudência que julga aplicável ao caso. Não decidiu com o costumeiro acerto, ...”; segue argumentando que houve equívoco da i. magistrada ao admitir a versão dos

acusados, uma vez que agiram com dolo eventual, não comportando, por isso, a desclassificação, uma vez que, até mesmo demonstrou ter dúvidas diante da linha divisória entre o dolo eventual e o preterdolo, motivo que comportava utilizar o princípio *pro societate*, para pronunciá-los e não podia impedir ao Júri apreciar a causa que lhe está reservada na Carta Política; que aos jurados e não ao magistrado singular, cabe o julgamento, e, se for o caso, a desclassificação; que para chegar à desclassificação foi procedida profunda apreciação do mérito da causa, em contraposição à doutrina e à jurisprudência, ferindo de morte o princípio *in dubio pro societate*, fato que abala as vigas mestras da estrutura jurídica, atingindo a norma constitucional contida no art. 5.º XXXVIII e transgredindo as regras expressadas nos arts. 408, 410 e 74 § 1.º do CPP; que aprofundar a discussão sobre o mérito não é a melhor técnica, não foi o momento processual o melhor, daí porque a decisão deve ser reformada, para pronunciar os réus nos termos da denúncia.

Da sentença de desclassificação, a Assistência da Acusação, promovida pela Dra. Herilda Balduino de Souza, por termo (fl. 600), interpôs Recurso em Sentido Estrito, o qual foi indeferido, diante da igual iniciativa do Órgão do Ministério Público, assegurando a ela arrazoar o recurso interposto pelo *parquet*.

Posteriormente, os doutores Assistentes da Acusação opuseram Embargos de Declaração, argüindo ser a sentença omissa quanto ao delito de corrupção de menores (fls. 606/607), advindo, então a decisão de fls. 609/611, que não conheceu dos embargos, diante da preclusão que se operou pela interposição do recurso em sentido estrito, que não cogitou de embargar a questão, uma vez que o recurso devolve o conhecimento amplo e total c, que a Assistência da

Acusação não tem legitimidade autônoma para interpor o recurso, por haver o Ministério Público interposto o recurso cabível.

A Assistência da Acusação ofertou razões no Recurso interposto pelo Ministério Público, postulando pela pronúncia dos réus nos termos da Denúncia.

Em contra-razões, Eron Chaves Oliveira e Tomás Oliveira de Almeida (fls. 703/722), aduziram que a desclassificação da imputação, obedeceu aos mandamentos constitucionais objetivando garantir os direitos fundamentais e subjetivos dos recorridos de se submeterem a julgamento perante a Justiça Togada: que a desclassificação para o crime de lesões corporais seguidas de morte, não ofende a lei federal; que a decisão hostilizada faz-se acertada, lembrando que a linha divisória entre o dolo eventual e a culpa consciente não é a previsibilidade subjetiva e tampouco a previsão objetiva, mas o aceitar o resultado como decorrência da conduta do agente, observando-se, ainda, o nexo de causalidade entre ambos, pena de configurar o caso fortuito; que somente do ponto de vista da Acusação, os recorridos aceitaram o resultado de forma indiferente, estando o desespero da fuga a revelar a surpresa com o resultado e não a certeza da sua produção, Antônio Novely Cardoso de Vilanova (fls. 731/745), lembrando que na 1.ª sentença, sem deixar se influenciar pela mídia, esclareceu a diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente, para concluir que os recorridos ao praticarem a conduta descrita na denúncia não o fizeram assumindo o risco do resultado morte; analisando os fatos, assevera ter ocorrido erro na execução da brincadeira que era apenas de assustar a vítima, tanto que desesperados, correndo, abandonaram o local; discorre sobre o que vem a ser o dolo eventual e conclui pela

ausência do *animus necandi*, que confere robustez a sentença desclassificatória. Max Rogério Alves (fls. 746/817), juntando documentos, refuta os argumentos postos no recurso, arguindo que, se a intenção fosse a de matar não teriam empregado meio de pouca potencialidade lesiva (fogo); que intentaram fazer uma brincadeira, sobrevivendo do acaso a tragédia; que agiram de forma leviana e desastrada, nunca premeditada, o que restou demonstrado ainda no fragor dos acontecimentos, posto que não tinham a intenção de matar e que tudo ocorreu à conta de um erro de cálculo, de uma terrível fatalidade tendo se espelhado no quadro exibido na TV, denominado "A ponte do rio que cai" (uma deturpação do título do filme A Ponte do Rio Kway, no qual retrata episódio da 2.^a Guerra, filme épico, ganhador de sete oscars, em 1957), no qual o concorrente deve atravessar uma pinguela, debaixo de uma saraivada de bolas e indaga: "se o jovem viesse, em consequência da bolada ou da queda da ponte, a morrer, poder-se-ia falar em homicídio doloso, direto ou eventual? Foi mais ou menos o que aconteceu", ao desejarem fazer uma brincadeira, responde: que existe nítida distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente; que foram ao posto de gasolina para abastecer o carro e não com o propósito predeterminado de atear fogo em alguém e, na volta, foi que mudaram de desígnio, sem o pretenso *animus necandi*, estando a acusação oficial posta sobre uma versão parcial, arbitrária, fantasiosa e absurda, de quem se julga dona da verdade e passa a discorrer sobre o trabalho elaborado pelo Químico Roberbal Lech Guerreiro, no qual dá ênfase a cinco aspectos que permitem acreditar na total ausência de dolo nas intenções dos "caboclinhos": prossegue defendendo a revogação da prisão preventiva; profliga a pesquisa do "Fantástico" do dia 14.08.1997, sobre a

intenção dos requeridos de matar o índio; acicata a fala Presidencial de que não terá sossego enquanto não sejam punidos os responsáveis pelo massacre de Corumbiara e do assassinato do índio Pataxó, posta como bandeira política da reeleição.

No Juízo de retratação, restou mantida a decisão recorrida (fls. 820/830).

Ao apresentar o parecer de fls. 835/879, no qual a douta Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento e provimento do recurso, sua ilustre subscritora, Dra. Sandra Mendes Gonzaga Neiva, fez juntar parecer elaborado pelo Prof. Damásio Evangelista de Jesus e cópia do Fax do Pronto Socorro para Queimaduras Ltda, de Goiânia (GO). (fls. 880/903) e, por cota nos autos, alega estar a e. 1.^a Turma Criminal preventiva para julgar o recurso, porquanto, perante a Câmara Criminal, integrante do seu quadro, foi o relator do Mandado de Segurança n. 7.254/97, que trata de matéria correlata, o que antecedeu aos *habeas corpus* ns. 7.651 e 7.772, julgados por esta Turma Criminal.

Às fls. 907/912, a Defesa de Max Rogério Alves, fez juntar carta do Químico Roberbal Lech Guerreiro, enfocando ser errônea a recomendação contida no manual de primeiros socorros da Volkswagen, de que se deve usar cobertor para abafar as chamas, e, que para derramar o conteúdo de um frasco de um litro ocorre tempo suficiente para despertamento e auto defesa. Dos mesmos foi aberto vista à Procuradoria de Justiça que manifestou às fls. 914/916, oportunidade que, valendo-se de dispositivo inexistente no RITJDF, reiterou o pedido de envio dos autos à e. 1.^a Turma Criminal, que tem à conta de preventiva.

Dos documentos trazidos por Max Rogério, a Assistência da Acusação manifestou-se à fl. 918 e, sobre os

documentos apresentados com o parecer da Procuradoria de Justiça e de sua alegação de estar preventa a e. 1.^a Turma Criminal, as defesas de Eron Chaves Oliveira e Tomás Oliveira de Almeida e de Max Rogério Alves exprimiram os conceitos de fls. 920/923 e 925/944, ofertando o último, cópia de decisão de Juízo Americano que modificou outra proferida anteriormente, ditada pela influência da mídia e pela opinião pública, a qual fez-se traduzir por tradutor oficial, fls. 957/960.

É o relatório.

VOTO — Antes de proferir o meu voto, apresento a família de Galdino dos Santos as minhas condolências. Faço-os saber que muito senti a sua morte, ainda mais que, até aos três anos de idade, vivi em uma aldeia indígena, eis que o meu pai era o responsável pelo posto indígena dos Bacairis, no estado de Mato Grosso. Lá, sendo minha mãe a professora dos pequenos curumins, com eles brincava e vivenciava os folguedos da infância, inclusive com os banhos quase diários nas águas turvas do piscoso rio do mesmo nome. Assim, faço-os saber que tenho na alma profunda identidade com as nações indígenas e sentimento pela proteção que a FUNAI e muitas missões religiosas a elas fingem proporcionar; pela negligência do Poder Central na demarcação de suas terras, tão gananciosamente usurpadas por grileiros de todas as espécies, deixando os seus verdadeiros proprietários na penúria; pelos males que as suas puras constituições físicas são acometidas, pelos vícios que os aviltam e corrompem; e pelas doenças que lhes são transmitidas pelos brancos, sem contar as afrontas às suas dignidades, vítimas que são as suas filhas e mulheres. Confio que um dia, todas essas injustiças serão reparadas; tenho certeza.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

PRELIMINAR — Como uma questão prejudicial, cuido do pedido de estudo de estar preventa a e. 1.^a Turma Criminal para processar e julgar o recurso, formulado pela ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Sandra Mendes Gonzaga Neiva, e sustentada da tribuna pela Assistência da Acusação, a entendimento de que o e. Des. Everards Mota e Matos, integrante daquela fração julgadora, em data anterior às das impetrações dos HBC ns. 7.651/97 e 7.772/97, perante a Câmara Criminal, foi Relator do MSG n. 7.254/97, impetrado pela Justiça Pública “contra ato da Excelentíssima Sra. Dra. Juíza Substituta da Vara do Tribunal do Júri da Justiça do DF e Territórios, que se deu por competente para julgar o assassinio do índio “pataxó” em detrimento da competência constitucional da Justiça Federal” (acórdão, fls. 617/619). Dispensável dizer, quanto a decisão do *mandamus*.

A incompetência do juízo se argui através de exceção, por meio de petição ou verbalmente, no prazo de defesa (CPP, art. 108) e se processa em autos apartados (CPP, art. 111).

O primeiro óbice que vislumbro a se antepor, ao exame do pedido, é o da sua extemporaneidade, vez que os autos foram conclusos à d. Procuradoria de Justiça no dia 01.10.1997, e no dia 13, do mesmo mês e ano, foi que argüiu estar preventa a e. 1.^a Turma Criminal, sabendo-se que o prazo para essa diligência é de oito (8) dias, aqui aplicando, por analogia, o prazo previsto para o oferecimento das razões (CPP, art. 600), porquanto o prazo a que se refere no art. 108, do CPP, diz respeito à Defesa, no tríduo, para as primeiras alegações, o qual tenho que não se aplica ao Ministério Público em segunda instân-

cia, ainda que a Procuradoria de Justiça, no julgamento dos recursos não seja considerada como parte e oficie tão somente como fiscal da lei.

O segundo, porque, em sendo a Câmara Especializada integrada pelos componentes das duas Turmas Criminais, a distribuição de Mandado de Segurança ou de qualquer outro feito, a um dos seus membros, não previne a competência da Turma a que pertença o magistrado, para o julgamento dos feitos que se lhe seguirem. Se assim fosse, por força da prevenção, os HBC ns. 7.651/97 e 7.772/97, não teriam sido distribuídos à e. 2.^a Turma Criminal, mas à 1.^a Turma Criminal.

Aliás, a competência por prevenção, diz respeito a ato da autoridade com carga decisória capaz de demonstrar ter o magistrado conhecimento do fato incriminado (STJ – C. Comp. 650 – 3.^a Seção) e não da Turma a que, eventualmente, esteja ele vinculado, sendo de se notar que, em segundo grau, “o conhecimento do *habeas corpus* torna preventa a competência do relator para todos os recursos posteriores” (Código de Processo Penal Anotado – Prof. Damásio de Jesus, nota ao art. 83). Foi o que sucedeu. Fui o relator do HBC n. 7651/97, daí, porque, tornei-me preventivo para o julgamento deste recurso.

Ademais, cabe observar, que não tendo a V. Câmara Criminal competência para processar e julgar recurso em sentido estrito, afastada fica a possibilidade de se tornar preventa essa ou aquela Turma, em razão de haver Desembargador que a compõe, por primeiro, conhecido de matéria correlata ao feito.

Destarte, rejeito a questão prejudicial e declaro estar preventa esta e. Turma Criminal para, sob a minha relatoria, processar e julgar o recurso.

MÉRITO – Antes de enfrentar as questões postas no Recurso em Sentido Estrito, faço ligeiro caminhar pela História do Cristianismo, trazendo à reflexão o julgamento a que foi submetido Jesus de Nazaré, o Filho do Homem.

Era meia-noite do dia 7 de abril, sexta-feira. No Horto das Oliveiras, milhares de fantasmas planavam sobre as copas das oliveiras e Jesus e seus discípulos embrenharam-se no olival, enquanto Davi Zebedeu e João Marcos mantinham vigilância extra, cobrindo o flanco oriental do acampamento e o caminho junto à porta de entrada do horto. Jesus orava. Pedro, João e Tiago dormiam. Com voz apagada e suplicante o Galileu exclamou: “Abbá! ... Abbá”, palavra aramaica que significa “papai” e murmurou de novo: “Abbá! Vim a este mundo para cumprir a tua vontade e assim tenho feito ... Sei que é chegada a hora de sacrificar a minha vida carnal ... Não o recuso, desejaria saber se é tua vontade que eu beba este cálice. ... Dá-me segurança de que eu, com minha morte, te satisfaça como fi-lo em vida”, então, o suor que corria de seu rosto, converteu-se em sangue: gotas de sangue rolaram do couro cabeludo, até perderem-se no bigode e na barba, momento que desceu do céu um anjo e o reconfortou.

Jesus guardou silêncio, inclinou a cabeça, cerrou os olhos e voltando a olhar ao céu exclamou: “E agora Pai meu, se este cálice não pode ser afastado ... dele beberei. Que se faça tua vontade e não a minha ...”.

À uma hora e quinze minutos da madrugada o Nazareno abandonou o Getsêmani e foi interceptado pelos legionários da Fortaleza Antônia, seguidos de quarenta a cinquenta levitas armados de bastões e maças com cravos. Judas se adiantou; Jesus dele se esquivou e dirigindo-se aos soldados, perguntou-lhes o que buscavam e ao

responderem: Jesus de Nazaré, a eles se identificou, levando-os a retrocederem e caírem; nessa ocasião, Judas acercou-se do Mestre, abraçou-o, e deu um beijo na sua frente; Jesus afastou o abraço e se entregou ao oficial romano, sendo amarrado com os braços atados às costas, pelo guardião do Sinédrio, o sírio Malchus ou Malco e, uma vez imobilizado, foi levado a Jerusalém.

Faltavam dez minutos para as duas da madrugada: Jesus foi conduzido ao palácio do ex-sumo sacerdote Anás, onde foi retido e interrogado, até que os saduceus, escribas e fariseus, comprometidos com a trama o apresentasse diante do sumo sacerdote Caifás.

Eram duas e quinze da madrugada quando Arsenius, o oficial romano, entregou o prisioneiro ao chefe dos Levitas e ordenou a um dos legionários que o acompanhasse, para evitar a sua morte, sem que fosse consentida por Pôncio Pilatos, e permitiu que João, o Evangelista, o seguisse o tempo todo.

No pátio, Simão Pedro, por quatro vezes negou ser um dos discípulos do Galileu. Dali, o Mestre foi transferido para o Sinédrio, onde estava instalado o Tribunal para o "julgamento".

Vinte e três sacerdotes compunha o "Sinédrio Menor", com competência em matéria criminal, e mais integrantes do "Sinédrio Maior", ladeados por dois escribas, formavam o Tribunal. Jesus foi colocado de frente a estes Juizes, presidido pelo sumo sacerdote Jose Ben Caifás. Ouviram-se as testemunhas compradas pelo Sinédrio, que depuseram contra os ensinamentos e a pessoa do Galileu, centrando os seus ataques nas violações dos sábados e das leis mosaicas, convertendo a sessão em uma farsa, diante das contradições dos perjurios, o que levou alguns Juizes, envergonhados, a baixarem a cabeça e agitarem-se, nervosamente, nos assentos.

Um dos últimos testemunhos, acusou o Mestre de "homicídio frustrado" por desafiar, no episódio que salvou uma adúltera da lapidação popular, "aquele que estivesse livre de pecado a atirar a primeira pedra", considerando aquele gesto como incitatório ao assassinio (pela lei judia era considerado culpado aquele que golpeasse o próximo com uma pedra, de maneira tal que pudesse ser morto).

Terminado os "depoimentos", Caifás perguntou ao Mestre se não responderia às acusações, tendo este permanecido em silêncio, silêncio que enfureceu Caifás. Nessa ocasião, Anás procedeu à leitura das acusações, que não mereceram qualquer resposta de parte de Jesus. Ameaçador, Caifás, ordenou dissesse ser o Libertador, o filho de Deus. Ouviu-se a resposta, em voz potente: "Sou ... E irei logo para junto do Pai. Em breve, o Filho do Homem será revestido de poder e reinará de novo sobre os exércitos celestes".

Em sua fúria, Caifás desferiu uma bofetada na face esquerda do Mestre, ferindo-lhe o pômulo com os anéis. Jesus baixou os olhos.

Os Juizes continuaram a vociferar: "Morte ...! Morte ...!".

Anás sugeriu fossem reunidas novas acusações que pudessem comprometer o réu perante a autoridade romana, ao que se opuseram os sacerdotes, diante da possibilidade de vir Pôncio Pilatos a deixar a Cidade Santa, voltando para Cesaréia; a seguir, abandonaram a sala e, um após o outro, cuspiram no rosto do Mestre. Foram trinta cusparadas, que levaram João a vomitar, impressionado pelas repugnantes expectorações. Dessa forma, concluíram a primeira parte do "julgamento". Eram seis e meia da manhã.

De mútuo acordo, Caifás e seus adeptos retiraram-se do Tribunal e re-

duziram as vinte e quatro horas de reflexão e jejum, que deviam preceder à emissão da sentença, para trinta minutos.

Nesse período, o Nazareno foi levado para um cômodo de reduzidas dimensões, onde policiais e criados do templo se recostavam. Momentos depois, um grupo de mercenários se acercou do Mestre, desfizeram-no de seu manto e passaram a interrogá-lo sobre seus discípulos, aos quais chamavam de "cúmplices". Diante do seu silêncio, ocorreu novo esbofeteamento, o que fez cambalear mas permaneceu sereno, sem deixar escapar um único gemido, fato que avivou o furor dos Levitas a recrudescer o castigo, fazendo derramar boca-abaixo, um cântaro de água, tendo um dos esbirros lançado um pontapé contra o baixo ventre, fazendo Jesus gemer, ao tempo que caiu batendo o rosto no chão. Nesse instante o legionário interveio, para que não fosse morto. Os Levitas cobriram-lhe a cabeça com o roupão e impingiram atrozes golpes de bastão no rosto, para que adivinhasse quem o golpeava. Era o chamado jogo Muinda. Jesus tinha o rosto desfigurado pela brutalidade do castigo.

Pelas sete da manhã, o Nazareno retornou para enfrentar o Conselho. Anás insistiu na idéia de redigir acusações que comprometessem o Rabi com a Justiça que Pilatos representava. Naquele momento, três fariseus renunciaram a continuar participando do "julgamento", porque não podiam tomar parte daquela ilegalidade "a menos que o Nazareno fosse conduzido perante Pôncio Pilatos e uma vez que se lhe fizesse saber por que motivo fora condenado". Caifás suspendeu a sessão.

Às sete e meia da manhã, os saduceus, os escribas e uns poucos fariseus, desfilaram diante de Jesus, e Caifás ordenou tomassem o caminho do quartel-general romano. Faltava pouco para as

oito da manhã quando o cortejo chegou à Torre Antônio. Pilatos perguntou-lhes quais as acusações pendiam sobre aquele homem ao que um dos saduceus disse ser um malfeitor. Pilatos perguntou-lhes por que não o julgavam de conformidade com as leis judias? Perturbados responderam que precisavam que ele ratificasse a sentença de morte. Nesse momento Pilatos informou que não o condenaria sem julgamento, nem o interrogaria sem que lhe fosse entregue por escrito as acusações. Nesse instante, Caifás fez a entrega de um rolo a um dos escribas e rogou, ao Procurador Romano, ouvisse as "acusações".

Ao ser feita a leitura, Pôncio Pilatos compreendeu que se tratava de uma vingança contra aquele que foi capaz de desafiar a autoridade do sumo pontífice e ridicularizar as castas religiosas. Pilatos indagou ao Galileu o que tinha a alegar em sua defesa. Jesus não levantou o rosto, sendo conduzido ao interior da casa, permanecendo Caifás e os Juizes do lado de fora.

Pilatos retomou o interrogatório, não antes afirmando não acreditar nas acusações. Caifás e os saduceus passaram a gritar, tendo um dos sinedristas censurado o Procurador, daí porque Pilatos mandou fosse o Galileu levado a Herodes Antipas, Tetrarca da Galiléia (Herodes Antipas era filho de Herodes o Grande, aquele que determinou a matança dos inocentes).

Civilis conduziu Jesus a Herodes, com ordem de trazer as conclusões, após o interrogatório.

Na manhã de sexta-feira, véspera da Páscoa, num gesto de amizade e simpatia de Roma para com os seus súditos, os judeus desfrutavam da prerrogativa de subir até as imediações do Pretório, para assistirem a libertação de um preso e o nome que soava com mais força era o de Barrabás, membro ativo do grupo revolucionário "zelote".

O interrogatório por Herodes foi breve e estéril. Às perguntas Jesus não deu uma só resposta. Herodes temia fosse o Galileu a reencarnação de João Batista, primo de Jesus, a quem ele assassinou a pedido de sua amante Herodiades, mulher que tomou de seu irmão Felipe, Tetrarca da Peréia.

Com a chegada de Herodiades, esta, em razão da impotência sexual de Herodes, pediu-lhe levantasse as vestes do Rabi, no que foi obedecido, propiciando a ela extasiar-se.

Fazendo devolver o prisioneiro a Pilatos, Herodes asseverou que não proferia qualquer veredicto porque a Judéia não estava sob a sua jurisdição. A seguir, arrancou de um dos seus sabujos o manto de púrpura com que se cobria e o colocou sobre os ombros do Mestre, em sinal de mofa, manto que foi conservado até o momento da flagelação. A visita tinha terminado.

Eram dez da manhã quando retornaram a Fortaleza Antônio. Pilatos não tardou e dirigindo-se a Caifás, asseverou não ter visto, em Jesus, falta alguma, quando a multidão assomou frente ao Pretório para assistir ao indulto de um réu, no que, manipulada por Caifás e pelos saduceus pediram pela libertação de Barrabás, quando perguntado a quem queriam fosse libertado: Barrabás ou Jesus da Galiléia.

Inúteis foram os gritos de Jesus, Jesus, proferidos por João Zebedeu, quase rompendo a garganta.

Pilatos foi vencido. Da sua cadeira observou a multidão e perguntou: "Por que quereis crucificá-lo? que mal vos causou?"; os sacerdotes gritaram: "Crucifica-o ...! Crucifica-o ...!"

O vozerio impressionou tanto o Procurador que, assustado, retirou-se do terraço e ao voltar trazia a trágica ordem a Civilis, para que fosse o prisioneiro açoitado. Eram dez e meia da manhã.

O Centurião lamentou a debilidade do Procurador.

Jesus foi levado ao pátio onde havia uma fonte com a deusa Roma. Os cavalos que ali eram escovados, de lá foram retirados e dezena de legionários se aproximaram para assistirem a iminente flagelação.

O *flagrum* ou látigo curto de cabo de couro e metal, de trinta centímetros de comprimento, de onde partiam três correias de quarenta a cinquenta centímetros, cada uma, tendo na ponta, pares de astrágalos (ossos do tarso) de carneiro, era portado por um dos verdugos, enquanto o outro tinha nas mãos a *plombata*, consistente de argolas de ferro de onde saíam duas tiras de couro, providas de um par de bolinhas de chumbo em cada ponta.

O Mestre foi colocado diante de um dos marcos em que se amarravam as rédeas dos cavalos, e despojado do manto de púrpura, bem como do roupão e da túnica que caíram em poças de urina: foi descalço das sandálias e teve os pulsos amarrados, agora, pela frente, sendo agrilhado na argola metálica do marco, e arrebitada a peça mais íntima do seu vestuário, ficando nu.

Pôncio Pilatos se aproximou. Teve início a sessão de tortura, com a contagem dos golpes: *Unus! Duo! Tres! Quattuor! Quinque! Triginta! Quadraginta!* que marcava os quatro ou cinco minutos do suplício. Estava encerrada a flagelação enquanto um soldado despejava na boca do Galileu água com sal, para evitar a desidratação pela profunda exsudação e a perda de sangue pelos açoites.

Para Civilis, a intenção era torturar o prisioneiro até o limite, de tal forma que o seu estado pudesse satisfazer e comover o agressivo ânimo dos saduceus. Uma vez esgotada a água, reiniciaram os golpes, quando no *Duo-de-*

Viginti (dezoito) uma das parselhas de astrágalo atingiu-lhe o mamilo esquerdo causando intensa dor que provocou o primeiro gemido do Rabi. O golpe foi tão potente que as cordas se romperam e o Mestre caiu para trás, deixando uma poça de sangue: *Quadráginta* (na verdade era oitenta). O corpo estava deformado, inteiramente banhado em sangue. eis que surgiu Lucílio gigantesco centurião, conhecido por sua força e crueldade, que tomando o *flagrum* do legionário desferiu feroz chicotada na parte baixa de Jesus, atingindo-lhe o cóccix, cuja dor reativou o seu sistema nervoso, mas seus músculos falharam e ele caiu de joelhos: um segundo golpe, terceiro, quarto, quinto, sexto, sétimo, oitavo, nono foram desferidos e, a cada um, os legionários repetiam “Cedo Alteram” (passo a outra).

A violência era tamanha que os esfíncteres dos ureteres se abriram, provocando abundante micção, o que provocou um ataque mais violento de Lucílio que, raivosamente, atingiu os testículos do Mestre.

Civilis ordenou parasse e pediu instruções ao Procurador, se deveria continuar o castigo. Pilatos hesitou. A água espargida sobre a cabeça e nuca fez com que Jesus recobrasse os sentidos. Eram onze horas da manhã. Deram-lhe nova dose de água com sal. O castigo foi tão desproporcional que o centurião temeu pela vida do prisioneiro, sendo impossível entender como pode aquele homem resistir-lhe. Jesus foi vestido. Os cavalos voltaram para junto da fonte.

Dois soldados entraram no pátio, levando nas mãos um estranho elmo trançado de sarça espinhosa e simulando uma reverência, enterrou-o na cabeça do Mestre. O alarido da soldadesca sufocou o gemido de Jesus. Seis fios de sangue desceram em sua fronte e têmporas. Não satisfeitos os soldados buscaram o manto vermelho e lançaram-no sobre os om-

bro do condenado. Outro legionário pôs uma vara entre suas mãos e declarou: “Salve, rei dos Judeus!”.

Lucílio voltou e urinou sobre as pernas, peito e rosto de Jesus de Nazaré. Eram onze e quinze da manhã.

Novamente, Jesus foi levado a Pilatos. A multidão ao pé da escadaria, surpreendida com o lamentável aspecto do réu, deixou escapar um murmúrio. João Zebedeu chorou aos pés de Jesus. Um respeitoso silêncio reinou no pátio. Tentando provocar a piedade dos acusadores, Pilatos exclamou: “Tendes aqui o homem...! De novo vos declaro que não o acho culpado de crime algum. Depois de castigá-lo, quero dar-lhe a liberdade.”;

O sumo sacerdote e seus homens induziram a multidão a gritar: “Crucifica-o! ...Crucifica-o!...”.

Decepcionado, Pilatos perguntou o que fez Ele para merecer a condenação? Caifás invocou a lei sagrada, cuspiu no rosto de Jesus e voltou para junto da ralé. Pilatos levou o Mestre para dentro de sua casa e mais uma vez perguntou: “De onde vens? Quem és na realidade ...? Por que dizes que és filho de Deus ...?” a resposta foi desonerando-o de responsabilidade pelo que acontecia.

Pilatos voltou ao terraço e disse estar convencido ter o Mestre apenas cometido falta contra a religião e que não podia condená-lo à morte, ao que Caifás lançou-lhe o repto: “Se soltares este homem, tú não és amigo de César ...! Cuidarei por todos os meios que o Imperador tenha conhecimento disso.”.

Pilatos empalideceu, temendo por sua carreira política. Desmoralizado, vazio de um estrito senso de justiça, cedeu. Libertou Barrabás. Um soldado trouxe uma bacia cheia de água. O Procurador introduziu suas mãos durante alguns segundos: depois, erguendo os braços exclamou: “Sou inocente do sangue

deste homem! ...”; enxugou as mãos e dando as costas a Caifás e à multidão, saudou o Nazareno e ordenou a Civilis: “Ocupai-vos dele.”.

A sorte havia sido lançada, Longino (Arsenius) foi escolhido responsável pela escolta. Seguiu-se até o Gólgota onde Jesus foi crucificado.

(Fonte — J. J. Benitez, *Operação Cavalo de Tróia*, editora Mercúrio, ed. 1995).

Senhor Presidente, Senhores Desembargadores. Perdoem-me pelo fastio que lhes causei; porém, era preciso, para que o meu posicionamento seja entendido, diante da conduta da mídia sensacionalista em querer substituir o Poder Judiciário, e, sem qualquer base jurídica ou pejo estabelece premissas e manipula a consciência popular, a tal ponto que o “Imperador” (Título nobiliárquico com que o Presidente Fernando Cardoso foi agraciado em uma de suas viagens ao exterior), no dia da Pátria, declarou ao País: “Não terei sossego enquanto os responsáveis por crimes tais como o massacre de Corumbiara ou, mais recentemente, o assassinato do índio pataxó Galdino dos Santos não receberem punição exemplar.” (*Correio Braziliense*, Punição para Assassinos de Pataxó. 08.09.1997, p. 05), declaração que, pela Defesa de Max Rogério, foi cognominada de “verdadeira fanfarronice, em afronta ao princípio e independência dos Poderes.”. É certo que nem toda a mídia pauta por este princípio.

Enfrento o recurso. Os recorridos foram denunciados por crime de homicídio triplamente qualificado e corrupção de menor, por haverem no dia 20.04.1997, por volta das 05:00 horas, juntamente com um menor, jogado uma substância inflamável sobre o corpo de um homem, que dormia no abrigo da parada de ônibus, e ateando fogo, provocaram a sua morte.

No juízo de admissibilidade da acusação, a imputação de homicídio doloso foi desclassificada para o crime de lesão corporal seguida de morte (CP, art. 129, § 3.º). Daí o inconformismo e a interposição do Recurso em Sentido Estrito pela Acusação, para que seja reformada a r. decisão e pronunciados os réus, nos termos da denúncia, a fundamento de que a MM Juíza sentenciante se equivocou ao compreender que os acusados não assumiram o risco de produzir o resultado morte, ao jogarem o combustível e atearem fogo na vítima; que ao Tribunal do Júri, diante do princípio *in dubio pro societate* é que cabe julgar se comporta ou não a desclassificação; e, finalmente, que os jovens agiram com dolo eventual, cientes do resultado que adviria ao jogarem álcool sobre o corpo daquele que dormia e atearem fogo.

Vejamos o que diz na r. sentença hostilizada:

“... não tem razão a douta representante do Ministério Público quando afirma que a desclassificação só poderá ser feita pelo Conselho de sentença, após os debates em Plenário de Júri. Se por um lado é certo que também durante a sessão de julgamento, quando da votação do questionário, pode ser operada a alteração da classificação penal, por outro não se pode negar vigência ao disposto no art. 410 do CPP. Os acusados foram denunciados porque ao praticarem o crime, teriam agido com *animus necandi*, na forma do dolo eventual. ... Nas alegações finais, o Ministério Público argumentou: “se não tinham os agentes do crime manifesta intenção de causar a morte da vítima, no mínimo assumiram o risco de provocar o resultado lamentavelmente advindo.” ... Os acusados assumiram a responsabilidade pela prática delituosa. ... O único ponto controvertido é o elemento subjetivo. ... Importante saber se os réus quiseram o resultado morte

ou assumiram o risco de produzi-lo. ... Toda conduta humana é *finalisticamente* dirigida a um resultado. Nosso Código Penal é finalista. ... A denúncia veio fundada no dolo eventual. Pretendem os réus a desclassificação do ilícito, seja para o crime de lesões corporais seguidas de morte, previsto no art. 129, § 3.º, do CP, para tipo do art. 121, § 3.º, ou o do art. 250, § 2.º, do mesmo diploma. Desde já afastamos a possibilidade de tratar-se somente de crime culposos, ... Assim, restam somente o homicídio praticado com dolo eventual e o crime de lesões corporais seguidas de morte, denominado “preterdoloso”, ... A linha divisória entre ambos é tênue. ... Para Assis Toledo, “A culpa consciente limita-se com o dolo eventual (CP, art. 18, I, *in fine*). A diferença é que na culpa consciente o agente não quer o resultado nem assume deliberadamente o risco de produzi-lo. Apesar de sabê-lo possível, acredita sinceramente poder evitá-lo, o que só não acontece por erro de cálculo, ou por erro na execução. No dolo eventual o agente não só prevê o resultado danoso *como também o aceita* como uma das alternativas possíveis.” (*Princípios Básicos de Direito Penal* – Saraiva – 4.ª ed.). O saudoso Heleno Fragoso leciona: “Há dolo eventual quando o agente assume o risco de produzir o resultado (CP, art. 18, I, *in fine*). Assumir o risco significa prever o resultado como provável ou possível e aceitar ou consentir sua superveniência. O dolo eventual aproxima-se da culpa consciente e dela se distingue porque nesta o agente, embora prevendo o resultado como possível ou provável, não o aceita, nem consente. Não basta, portanto, a dúvida, ou seja, a incerteza a respeito de certo evento, sem implicação de natureza volitiva. O dolo eventual põe-se na perspectiva da vontade e não da representação, pois esta última pode conduzir também à culpa

consciente. Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal Federal (RTJ, 35/282). A rigor, a expressão “assumir o risco”, é imprecisa para distinguir o dolo eventual da culpa consciente e deve ser interpretada em consonância com a teoria do consentimento.” (*Lições de Direito Penal* – 8.ª ed. Forense). Segundo a teoria positiva do conhecimento formulada por Frank, que é útil como critério prático para identificar o dolo eventual, ocorre tal tipo de dolo quando o agente diz a si mesmo: “seja assim ou de outra maneira, suceda isto ou aquilo, em qualquer caso agirei.” ...”.

Sua Excelência prossegue citando outras correntes doutrinárias que definem o dolo eventual e conclui:

“... Traçados os balizamentos, tarefa mais árdua é a de pesquisar, no caso concreto, o *animus* que conduziu os agentes ao crime. Coloca-se o julgador à frente do dilema: “queriam os jovens matar aquele que dormia no abrigo de ônibus ou fazer uma brincadeira cujo resultado foi mais grave do que o desejado? Para obter a difícil resposta sobre o elemento subjetivo, um dos meios é considerar a potencialidade lesiva do meio empregado, dado bastante relevante. O fogo pode matar e foi o que ocorreu, mas sem dúvida não é o que normalmente acontece. ... Por outro lado mais um dado importante evidenciou-se durante a instrução. É que apesar de terem adquirido dois litros de combustível, logo que chegaram ao *locus delicti* o conteúdo de um dos vasilhames foi derramado na grama ... A prova técnica por seu turno, também vem ao encontro da versão dos acusados, de que os fósforos foram acesos precipitadamente, enquanto Eron derramava o líquido inflamável sobre a vítima, fazendo-o largar abruptamente o vasilhame. ... As testemunhas que presenciaram a fuga dos réus informaram o estado de

ânimo dos mesmos após os fatos: estavam todos afobados. José Maria Gomes asseverou que "quando viu os elementos atravessando correndo a via W3 Sul, eles pareciam estar com muita pressa e desesperados", ...desespero e afobação não se coadunam com aqueles que agem com *animus necandi*. ... Por outro lado as declarações prestadas imediatamente após os fatos demonstram que não havia indiferença na ocorrência do resultado. Assim, analisada como um todo, a prova dos autos demonstra a ocorrência do crime preterintencional e não do homicídio. ... O resultado morte, entretanto, que lhes escapou à vontade, a eles só pode ser atribuído pela previsibilidade. ... Como já enfocado, assumir o risco não se confunde, em hipótese alguma, com previsibilidade do resultado. Assumir o risco é mais, é *assentir* no resultado, é querer ou aceitar a respectiva concretização. É necessário que o agente *tenha a vontade* e não apenas a *consciência* de correr o risco. E o "ter a vontade" é elemento subjetivo que está totalmente afastado pela prova dos autos, que demonstrou à saciedade que os acusados pretendiam fazer uma brincadeira selvagem, ... Por mais ignóbil que tenha sido a conduta irresponsável dos acusados, não queriam eles, nem eventualmente, a morte de Galdino Jesus dos Santos. ... Assim, os réus devem ser julgados e punidos unicamente pelo crime cometido que, salvo entendimento diverso do MM Juiz competente, é o de lesões corporais seguidas de morte. Inexiste o *animus necandi* ... está afastada a competência do Tribunal do Júri. ...".

A estes excertos, tenho que merece seja acrescido a justificativa contida no despacho de retratação proferido pela MM Juíza de Direito, em sustentação da sentença impugnada, na parte que copio:

"... Nada veio aos autos que autorize o afastamento da conclusão sobre o elemento subjetivo pois, repita-se, não basta, para que haja dolo eventual, que o agente considere provável que realiza o tipo mediante comportamento nem que esteja consciente da possibilidade concreta de produzir o resultado. Como consta da sentença, *não é exatamente no nível atingido pelas possibilidades de concretização do resultado que se poderá detectar o dolo eventual e sim numa determinada relação de vontade entre esse resultado e o agente*. A linha divisória entre o dolo eventual e a culpa consciente ténue como já consignado, não é a previsibilidade subjetiva nem a previsão objetiva. Situa-se em aceitar o resultado como decorrência da conduta do agente. E o contexto probatório demonstra que os recorridos não anuíram ao resultado mais grave, embora fosse ele previsível. ... Oportuna transcrição tirada do parecer já mencionado da lição de Logoz, citado por Hungria, que põe em evidência a distinção entre dolo eventual e culpa consciente: "...A diferença entre essas duas formas de culpabilidade (dolo eventual e culpa consciente) apresenta-se quando se faz a seguinte pergunta: "por que, em um e outro caso, a previsão das consequências possíveis não impediu o inculpaado de agir?" A esta pergunta uma resposta diferente deve ser dada, segundo haja dolo eventual ou culpa consciente. No primeiro caso, dolo eventual, a importância inibidora ou negativa da representação por resultado foi, no espírito do agente, mais fraca do que o valor positivo que este emprestava à prática da ação. Na alternativa entre duas soluções (desistir da ação ou praticá-la arriscando-se a produzir o evento lesivo), o agente escolheu a segunda. Para ele o evento lesivo foi como um menor dos dois males. Em suma, pode dizer-se que, no caso de dolo eventual foi por *egoísmo* que o inculpaado se decidiu a

agir, custasse o que custasse. Ao contrário, no caso de culpa consciente, é por *leviandade*, antes que por egoísmo que o inculpaado age, ainda que tivesse tido consciência do resultado maléfico que seu ato poderia acarretar. Neste caso, com efeito, o valor negativo do resultado possível era, para o agente, mais forte que o valor positivo que atribuía à prática da ação. Se estivesse persuadido de que o resultado sobreviria realmente, teria, sem dúvida, desistido de agir. Não estava, porém, persuadido disso. Calculou mal. Confiou em que o resultado não se produziria, de modo que a eventualidade, inicialmente prevista, não pode influir plenamente no seu espírito. Em conclusão, não agiu por *egoísmo*, mas por *leviandade*; não refletiu suficientemente.” (grifos no original). ... Em relação a corrupção do menor, não vislumbro o motivo pelo qual o Ministério Público lançou nas razões de recurso, estarem presentes os pressupostos para que os maiores sejam julgados pelo ilícito. A evidência, na decisão recorrida não foi afastada a imputação. Nada foi sequer ventilado a respeito do tema, pois tão somente foi desclassificado o ilícito da competência do Tribunal do Júri. A matéria escapa ao âmbito do recurso em sentido estrito. ...”

Data venia, das exegeses dos fatos postas no Recurso em Sentido Estrito, engendradas pelo Órgão do Ministério Público e acompanhadas pela Assistência da Acusação, de que os acusados agiram com dolo eventual, não comportando por isso a desclassificação, daí porque a decisão deve ser reformada para pronunciar os réus nos termos da denúncia, tenho que o decreto desclassificatório é incensurável e, por isso, faço respeitá-lo.

Já nos bancos acadêmicos se aprende, ao estudar a causalidade psíquica (dolo e culpa) e a teoria finalística da

ação (reprovabilidade da decisão de cometer o fato e reprovabilidade de não ter evitado o resultado), que entre a ação e o resultado há um duplo vínculo unindo-os: a causalidade material (objetiva) e a causalidade psíquica (subjetiva); que somente existem duas espécies de crime: doloso e culposo, e que são elementos subjetivos que unem a conduta humana ao resultado: que a finalidade é que determina ou não a culpabilidade, daí existir uma reprovabilidade da decisão de cometer o fato e a reprovabilidade de não ter evitado o resultado: que a reprovabilidade não é a previsão mas a previsibilidade, porque ao homem médio é dado prever as consequências do seu ato, daí dividir-se a culpa (*latu sensu*) em dolo e culpa (*stricto sensu*). O primeiro pode ser direto, quando o agente quer o resultado, ou eventual, quando assume o risco de produzi-lo. Dolo é a vontade (ação voluntária) mais a previsão (representação) de um fato típico. Na culpa há sempre a previsibilidade e pode ser consciente, quando há uma previsão, ou inconsciente, quando há uma ação voluntária mais a previsibilidade; que o dolo eventual é a parte divisória entre o dolo e a culpa e para distingui-los deve-se verificar a posição do agente. Assim, no dolo eventual o agente assume o risco de produzi-lo – há um vício de vontade e na culpa consciente, embora haja uma ação voluntária, o agente não previu o resultado – há um vício de representação; que na culpa inconsciente não ocorre a previsão, mas a previsibilidade de que venha a ocorrer o resultado, caracterizando-se pela negligência, imperícia ou imprudência; que há casos em que a conduta humana se tipifica de maneira complexa e “as hipóteses mais frequentes de tipificação complexa são as dos chamados crimes preterdolosos, em que uma ação é, a um só tempo, típica de um tipo doloso, em razão da sua finalidade típica, e de um

tipo culposos, em face da violação do dever de cuidado. Temos, pois, o dolo no antecedente e a culpa no consequente. Nesta categoria temos a lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3.º); o aborto qualificado (art. 127); a rixa qualificada (art. 137, parágrafo único), etc..." - (Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, in *Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*, ed. Revistas dos Tribunais, ed. 1997), e por aí segue-se o aprendizado.

Por que agora quer seja modificado todo esse ensinamento? Não é possível; aliás, a versão dos Recorridos de que visavam uma brincadeira, qual seja, a de assustar a vítima, que dormia em um abrigo de ônibus, acordando-a com fogo no pano que cobria as suas pernas, encontra sustentação na denúncia, que fez registrar: "Apurou-se, com o incluso inquérito, que os denunciados, após terem-se divertido durante toda a noite, já quase ao amanhecer, procurando dar continuidade à diversão, ao passarem pelo banco de parada de ônibus onde dormia a vítima, supondo ser ela mendigo, deliberaram sobre a *idéia de dar continuidade à diversão*, (grifei) fazendo do pretenso mendigo uma tocha humana."

Como se vê, a intenção dos Recorridos era a de assustar a vítima, não queriam matá-la, mas divertirem-se, porém, o resultado foi mais longe do que o esperado, eis que produziu a morte, por força das queimaduras, resultado que não previram. Não queriam a morte de Galdino, não anuíram e tampouco aceitaram-na como uma possibilidade, e, de modo algum agiram prevendo esse resultado, a conferir a possibilidade de se admitir que assumiram o risco de provocar o resultado advindo, eis que estavam movidos pelo ânimo de brincar e não o de matar.

Alhures, tive oportunidade de manifestar que o entendimento generalizado

é o de que queimadura não mata, tanto que dezena de milhares de queimados são vistos, mostrando as cicatrizes que o fogo deixou em seus corpos: contudo, vivos.

Afirmar que, ao Tribunal do Júri é que cabe julgar se comporta ou não a desclassificação, evidencia uma heresia sem precedentes, uma vez que ao produzir o decreto de pronúncia deve o magistrado analisar as provas que são levadas com a denúncia e produzidas no juízo de admissibilidade, para formar o seu convencimento e decidir pela pronúncia. nos termos da denúncia, ou pela impronúncia, pela absolvição sumária, pelo afastamento de qualificadoras e porque não, pela desclassificação, se discorda da classificação contida na denúncia, conforme previsto no art. 410 do CPP, vez que não está adstrito a essa classificação, isto porque a decisão de pronúncia não é uma simples homologação da acusação posta na peça acusatória.

Ademais, a desclassificação na primeira fase procedimental, não afeta a soberania do Júri e nem atinge o princípio *in dubio pro societate*, posto que ainda não se faz presente a garantia constitucional da soberania dos veredictos, a qual só existe após a decisão do Júri, desde que não seja teratológica.

Assim, também por este fundamento, tenho que o recurso não merece provimento.

Penso que, agora, resta explicado o porquê da fastidiosa narrativa que fiz da condenação de Cristo, acossada pelos Sinedristas e admitida pela fraqueza com que Pôncio Pilatos, malgrado tivesse a certeza da inocência do réu e não o considerasse culpado, cedeu aos gritos do populacho de "crucifica-o! crucifica-o!", limitando-se a lavar as mãos, como forma de inocentar-se do sangue a ser derramado.

As pressões da mídia e da opinião pública, por ela manipulada, são intensas, porém, não lograram fazer com que viesse eu a entender tratar-se de um homicídio doloso, daí porque afirmo: Não é curvando-se às pressões que o Poder Judiciário se fará respeitado, protegido e acreditado: mas, sim, com decisões justas e legais, como neste caso, desclassificando a imputação de homicídio doloso, conforme posto na denúncia, para o crime de lesões corporais seguidas de morte (CP, art. 129, § 3.º), como o fez a Dra. Sandra de Santis. MM Presidenta do Tribunal do Júri.

Resta o pedido de relaxamento da prisão, feito por Max Rogério Alves, conforme posto nas suas contra-razões. Quanto a igual pleito, na r. sentença de pronúncia a MM Juíza assinalou: "...Por último cumpre examinar se deve ou não persistir a custódia cautelar dos acusados, diante da desclassificação do ilícito. Em princípio, salvo entendimento diverso do MM Juiz a quem couber o julgamento do feito, os réus deverão responder pelo crime previsto no art. 129, § 3.º do CP, verbis: art. 129 – (*omissis*) § 3.º – se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo. Pena – reclusão, de quatro a doze anos. A nova capitulação que se delineia não é afiançável e, como sabido, o fato de os réus serem primá-

rios e de bons antecedentes não pode, por si só, desautorizar a prisão fundamentadamente decretada. Por outro lado, persistem, ao menos parcialmente, os motivos que levaram à segregação cautelar. Acrescento que a 2.ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça, por maioria, negou *habeas corpus* impetrado em favor de Max Rogério Alves. Assim, não vislumbrando qualquer maltrato a preceito constitucional que justifique antecipação da decisão que o juiz da causa venha a tomar, deixo de examinar o pedido de liberdade provisória para não subtrair do Juízo competente a direção do processo. ...".

De igual modo adoto essa decisão. Acrescento, que na sede deste recurso não comporta apreciar o pedido de relaxamento da prisão porquanto foi ele interposto pela Acusação e não pela Defesa e, ainda, porque, no processo penal, não é possível admitir o pedido contraposto, como soe acontece no processo civil. No Juízo a que couber o julgamento dos acusados é que deverá formular pedido dessa natureza.

Isto Posto, nego provimento ao recurso e mantenho a capitulação posta no decreto desclassificatório, bem como aquela referente a infração ao que se dispõe no art. 1.º, da Lei n. 2.252/54, contida na denúncia, porque, na sede deste julgamento, não comporta o exame da sua procedência ou não.

É como voto.

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

A INSUSTENTÁVEL ILICITUDE DO ABORTO

DANIELLE ARDAILLON¹

Resumo:

Tratando a questão do aborto tal como está colocada na arena pública, com as características de uma polêmica, em que divergências filosóficas, éticas, políticas, religiosas, culturais e fisiológicas constituem um *différend*, ou seja um litígio sem solução permanente, e de uma zona conflituosa nas relações entre Estado e condição feminina, o artigo apresenta uma análise de processos penais de aborto que visibiliza a quase impossibilidade de comprovação da autoria ou da materialidade desse crime, bem como revela, atrás das ambiguidades da doutrina jurídica, disposições íntimas de ordem socio-cultural, dos atores sociais que julgam esse crime para condená-lo ou absolvê-lo.

Palavras-chaves: Aborto, gênero, mulheres, julgamento, Justiça, Código Penal, análise de discurso.

Existe hoje na sociedade brasileira contemporânea um consenso a respeito do aborto: a sua criminalização só estabelece uma ilegalidade para as mulheres pobres, cuja maioria é de raça negra. Falar em "hipocrisia da lei", expressão recorrente em pesquisas de opinião, equívale dizer que há na verdade uma "descriminalização por estratos econômicos", assim expressa por um jovem médico: "(...) Eu, o que me pega pensar é o seguinte: *mulheres que tenham o nível socio-econômico privilegiado, es-*

sas mulheres resolvem isso... Existem um milhão de lugares que fazem, em condições de segurança máxima, por um preço caro... É mais ou menos ruim do ponto de vista psicológico, mas a gente não tá falando da morte da mãe (...) Mas isso tudo já merece muita reflexão de por que *a sociedade acaba descriminalizando a prática do aborto por estratos econômicos, porque isso é o que acontece...* A lei diz que não pode, mas de fato, quem tem acesso faz, e quem não tem, corre risco de vida."² (grifos meus)

Essa concepção da realidade dos fatos indica que a questão do aborto não se encerra no seu tratamento jurídico. Muito mais ampla, a sua discussão põe em xeque os próprios fundamentos da cidadania moderna.

É preciso pensar na concomitância de uma situação socio-cultural na qual os corpos de homens e mulheres são marcados simbólica e politicamente pelo gênero de maneira assimétrica e hierárquica negando às mulheres uma sexualidade autônoma, e de uma situação socio-econômica em que os corpos femininos (os masculinos também, mas aqui os corpos dos homens pobres não estão em questão) são marcados de maneira desigual pela classe social.

⁽¹⁾ Autora de *Quando a vítima é mulher* (com Guíta G. Debert, Brasília, CNDM/CEDAC, 1987) e de *O salário da liberdade* (São Paulo, Annablume, 1997).

⁽²⁾ Ver Ardaillon, Danielle. (1997) *Cidadania de corpo inteiro. Discursos sobre o aborto em número e gênero*. Tese de doutorado, Departamento de sociologia, FFLCH, USP, p. 184.

Por que razão, pois, essa desigual ilegalidade ou ainda o estado permanente de ilegalidade tolerada não encontra uma solução mais aceitável pelo conjunto de nossa sociedade? O que está atrás desse grave desconforto social? De que teor é este obstáculo que o movimento de mulheres não consegue encaminhar e resolver de maneira satisfatória? Por que a estimativa de um milhão e meio de abortos praticados por ano, na sua maioria nas piores condições de higiene e de desrespeito à dignidade humana, acarretando mortes e lesões³ não é um argumento digno de consideração? Por que essa demanda social não é ouvida pelo estado?

Quando se começa a pensar sobre a questão do aborto tal como está colocada na arena pública, ela surge imediatamente com as características de um campo minado, como outras situações-limite (a discussão sobre a pena de morte ou sobre a prática da eutanásia, por exemplo) em que divergências filosóficas, éticas, políticas, religiosas, culturais e fisiológicas constituem verdadeiros *différends*, na definição de Jean-François Lyotard⁴. Os *différends*,

ao contrário dos *litígios*, são conflitos sem solução, são discussões que não chegam a um consenso definitivo, mas a tolerâncias mútuas e provisórias entre os diversos atores sociais.

A meu ver, a análise dessas divergências pode nos ajudar não apenas para desvendar o *différend* do aborto, como para examinar as feições de uma ação estatal contemporânea, presa entre a necessidade de contemplar tanto o reconhecimento de direitos, cada vez mais enunciados e reivindicados, como o atendimento das demandas de uma multiplicidade de grupos de interesse, e ainda a conseqüente e crescente dificuldade em legislar e em marcar os limites entre os domínios público e privado. A demanda de acesso ao aborto constitui sem dúvida uma zona conflituosa na trama das relações entre estado e condição feminina porque ela questiona a própria cidadania.

Sabemos que os chamados direitos humanos dos cidadãos, homens e mulheres, incidem sobre a universalidade da condição humana. Assim quando as feministas se referem ao direito das mulheres sobre o próprio corpo, isto poderia ser entendido como o direito universal à integridade física. Mas o direito individual de dispor do seu corpo, o direito de decidir sobre a sua própria reprodução e, conseqüentemente, o acesso livre ao aborto, é um direito que se exerce sobre um corpo reprodutor, é um direito especificamente originado pelo corpo que tem sexo feminino. Será que este passo "fora" do domínio da universalidade, baseada sobre uma concepção neutra de natureza humana marca o patamar além do qual a ordem social está ameaçada? Para a teoria feminista, esse "humano" é *de facto* o homem, mais ainda, o paradigma do humano é o homem branco, heterossexual, da classe dominante. Nessa mesma ordem de reflexão, será possível falar de direito

(3) Segundo a pesquisa que consta da publicação de The Alan Guttmacher Institute. (1994), *Aborto clandestino: uma realidade latinoamericana*. New York, essa cifra não é uma mensuração real, mas ela reflete as opiniões de todos os especialistas consultados. As estatísticas foram elaboradas a partir do número das hospitalizações; de 1/7 a 1/3, aproximadamente, de mulheres que abortam na clandestinidade são hospitalizadas em consequência.

(4) Lyotard, Jean François. (1983), *Le différend*. Paris, Les Editions de Minuit. O equivalente em português seria "diferença", uma desconformidade, um desacordo. Mantenho *différend* por ser um dos pilares da reflexão de Lyotard sobre a condição do saber nas sociedades ditas pósmodernas, ou seja da incredulidade generalizada nas metanarrativas. Ver também sua discussão sobre linguagem com Richard Rorty em

individual quando se trata da reprodução humana que envolve, direta ou indiretamente, uma mulher e um homem, e a sociedade?

Podemos, num primeiro momento da nossa reflexão, examinar aspectos da relação entre estado, feminismo e o *status* social das mulheres.

O movimento feminista e o chamado movimento de mulheres, ambos intrinsecados⁵, tentam, desde o seu surgimento no Brasil, promover novas "formas de vida". Expressão cara a Habermas⁶, significam maneiras novas de olhar o mundo, tanto através da conscientização das próprias mulheres a respeito da ordem de gênero hierarquizada na qual estão vivendo, quanto pela obtenção por parte do estado de instrumentos burocrático-jurídicos: leis diferentes e instituições específicas. Nesse processo esses movimentos têm revelado tanto as suas ambigüidades quanto a sua capacidade de evoluir e rever os seus argumentos.

(1993), *Moralités postmodernes*, Paris, Galilée, p. 111-131.

⁽⁵⁾ É no contexto político de ditadura militar, a partir de 1972, que surgem mobilizações de mulheres brasileiras unidas para reivindicar para suas famílias e para elas mesmas direitos elementares que se encontravam ameaçados por formas múltiplas de opressão. Clubes de Mães e Associações de Donas de Casa precederam a existência de grupos feministas de conscientização, surgiram como espaços de mobilização nos quais as mulheres tornaram seus discursos e suas ações legítimos por serem "mães". Esse Movimento de Mulheres de contestação social e econômica, e o Movimento Feminista de contestação cultural, constituído, no seu início, por ex-militantes de organizações políticas, são espaços de mobilização política diferentes com influências recíprocas e constantes.

⁽⁶⁾ Ver Habermas, Jürgen. <1985> (1987), "A Nova Intransparência." *Novos Estudos CEBRAP* 18:103-115.

A teoria feminista divide-se na própria interpretação da desigualdade social entre os sexos. De um lado, ao interpretar o gênero como uma questão de desigualdade, e portanto quando considera a igualdade como questão central, o feminismo sempre reivindicou leis capazes de estabelecer uma igualdade entre os sexos, procurando assim uma neutralidade de gênero ou uma proteção especial, muitas vezes denominada discriminação positiva. É a corrente liberal do feminismo. Considerando o estado como uma entidade neutra, arbitrando interesses em conflito, ele é visto como um instrumento de promoção da melhoria de condição das mulheres. Neste caso a estratégia feminista é reformar as leis de modo a torná-las menos sexistas, ou então mudar as atitudes da burocracia estatal para torná-la consciente das assimetrias nas relações de gênero e da especificidade da condição feminina.

Por outro lado, quando o gênero é considerado como uma questão de dominação do sexo masculino sobre o sexo feminino, como no caso da corrente radical do movimento feminista, o estado é visto como um instrumento repressor nas mãos dos homens. Em termos um pouco diferentes dessa corrente radical, a corrente marxista do feminismo considera também o estado como um instrumento repressor nas mãos dos homens e da burguesia branca. Estruturado por múltiplas desigualdades entre gêneros, raças e classes, esse estado constitui coercitiva e autoritariamente uma ordem masculina graças às suas normas legitimadas e às suas políticas substantivas. Ele autoriza o controle das mulheres pelos homens em todos os níveis, particularmente na sua sexualidade.

As ambivalências recíprocas do comportamento do movimento de mulheres em relação ao estado e da ação estatal

em relação à melhoria da condição feminina expressam o duplo dilema a respeito do estado. De um lado gerente de uma sociedade complexa, ele desenvolve obrigatoriamente instrumentos de controle e de cooptação quando, concomitantemente, há um espaço legal aberto pelas liberdades civis. Do lado do movimento, à medida que ele consegue algum instrumento burocrático-jurídico específico, a sua tentativa conseqüente de resolução política de desigualdades entre os sexos que requerem uma expressão legal específica, redesenham a prática da cidadania feminina. O certo é que o estado, por sua vez, habitado por interesses político-burocráticos divergentes, enfrenta a heterogeneidade das demandas vindas da sociedade com dificuldades renovadas a cada governo.

Até o final dos anos 70, a posição do governo brasileiro em relação à mulher era aquela de condenar formalmente a discriminação baseada em sexo. Com a inauguração da Década Internacional da Mulher, em 1975, concomitantemente com o processo de abertura política e redemocratização, a ação conjugada do movimento feminista, dos movimentos urbanos e rurais dirigidos por mulheres, e dos partidos políticos provocou a "politização do gênero (...) processo pelo qual questões anteriormente consideradas pessoais ou privadas tornam-se questões políticas"⁷, levando portanto ao desenvolvimento de uma ação estatal crescente em relação à então chamada "Questão da Mulher". A violência conjugal, a necessidade de creches, o livre acesso à contracepção, a sexualidade autônoma etc..., tornaram-se questões políticas.

A ação governamental em resposta a essas demandas veio a partir do início dos anos 80, e até 95 ela consistiu na construção de creches municipais, na elaboração do Plano de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), na criação dos Conselhos de Defesa dos Direitos da Mulher (nacional, estaduais e municipais) e das Delegacias de Defesa da Mulher, nas inovações relativas aos Direitos das Mulheres constando da Constituição de 1988 e na assinatura de compromissos internacionais em prol dos direitos das mulheres.

Foi sem dúvida através dessas instituições que as demandas das mulheres penetraram a área governamental, e que o discurso feminista se consolidou ao se tornar público. Em poucos anos, formou-se um corpo de falas de diversos tipos: sobre necessidades, direitos e interesse das mulheres. Além da difusão desse corpo de argumentos houve, de fato, várias conquistas em termos de políticas substantivas como também desalentos. O texto da Constituição brasileira de 1988 por exemplo, apesar de grandes mudanças introduzidas em benefício da melhoria do status da mulher, foi revelador também dos limites dos direitos da mulher, e de sua cidadania, ao não registrar a demanda de autonomia no âmbito da reprodução.

Essas ações no domínio estatal estão longe de ter assegurado à mulher brasileira igualdade de status com o homem brasileiro. Até que ponto o estado continua lidando com "indivíduos", com "seres humanos" ou mesmo "cidadãos", todos eles descorporificados, e não com "indivíduos-femininos" e "indivíduos masculinos"? Atua ela realmente no reconhecimento de uma mulher plenamente cidadã? Certamente não quando examinamos a questão do aborto, zona particularmente conflituosa dessa relação entre Estado e condição feminina.

⁷ Ver Alvarez, Sonia. (1989), "Politicizing gender and engendering democracy", in: A. Stepan (ed.) *Democratizing Brazil*. New York, Oxford, Oxford University Press, p. 205.

O segundo passo que amplia a discussão da questão do aborto é o exame da relação entre o estado e o corpo das mulheres.

Ao definir uma política, o estado dá forma à clientela dessa política e regula a sua relação com ela. Ao fazer isto, ele abre um campo de relações de poder: controles, fiscalizações, dominação. Embora este seja um processo geral para todos os clientes da burocracia estatal, ele não atinge pobres, mulheres, homens, operários ou empresários da mesma maneira. É portanto preciso qualificar melhor as políticas, tais como se apresentam neste momento histórico. No que diz respeito às políticas voltadas para as mulheres, pode-se estabelecer, atualmente, uma distinção entre políticas e... "Políticas".

As primeiras se referem a tudo aquilo sobre o que é aparentemente mais fácil legislar. São aquelas que requerem negociações menos custosas entre estado e sociedade civil. Elas atuam na compensação de desigualdades (salários iguais para as mesmas funções ou acesso à propriedade) que tornam as mulheres mais iguais aos homens, *mulheres-homens*. Uma vez sancionadas, essas leis são raramente questionadas, embora possam não ser respeitadas ao pé da letra, como costuma ocorrer com muitas leis.

As outras são aquelas "Políticas" que visam o respeito daquilo que os indivíduos femininos designam hoje como um espaço de autonomia e são objetos de debates acirrados no seio da sociedade. Enfim, quando eventualmente sancionadas, as leis que as promulgam permanecem questionadas, incessantemente recolocadas em discussão. A descriminalização do aborto (ou sua legalização), a criminalização da violência conjugal, a revisão da legislação sobre o estupro, a regulação da prostituição ou da pornografia são exemplos dessas "Políticas". A maior parte delas trata da sexualidade

feminina e define um campo peculiar, uma situação limite da ação do estado sobre aquilo que é, para as *mulheres-mulheres*, o bastião dos limites entre público e privado, o seu corpo. É essa qualidade que torna essas Políticas particularmente polêmicas.

É também no que diz respeito a essas "Políticas" que se pode observar as ambivalências do movimento feminista a respeito da intervenção do estado na área das relações conjugais e familiares. Por exemplo, quando ele exige a criminalização do abuso sexual das crianças no seio da família, a criminalização do estupro conjugal e quando, ao mesmo tempo, requer a descriminalização do aborto. Parece haver frestas na concepção do privado, particularmente no domínio da reprodução. Introduzir a questão da diferença dos corpos e particularmente de suas sexualidades no seio das leis não é simples. Isto indica a necessidade de pesquisar, conjuntamente, as concepções que a nossa sociedade refere no que diz respeito ao corpo.

Embora uma reflexão maior ultrapasse o âmbito deste artigo, podemos indagar. O que é o corpo senão uma construção simbólica? Como tudo mais o que conhecemos, ele sempre existe sob alguma forma de discurso. Tão presente no imaginário das sociedades ocidentais e tão ausente de suas pesquisas sociológicas, o corpo feminino foi uma das primeiras reconquistas das feministas⁸ sobre a sua histerização⁹ e

(8) Lembro os seguintes trabalhos: Boston Women's Health Book Collective. (1973), *Our Bodies, Our Selves*. New York: Simon and Schuster; Ehrenreich, B. & D. English. (1973), *Complaints and Disorders: The Sexual Politics of Sickness*. Old Westbury, New York: The Feminist Press; Ehrenreich, B. (1978), *For Her Own Good: 150 Years of the Experts' Advice to Women*. New York: Doubleday.

(9) Além da "sexualização da criança", do "controle dos nascimentos" e da "psiquia-

a tecno-medicalização. O corpo das mulheres foi controlado desde sempre e em toda parte, por ser, mais do que o corpo dos homens, o *locus* da reprodução. É por isso, talvez, que, na nossa sociedade como em outras, o direito de abortar, essa autonomia de um indivíduo feminino sobre o processo de reprodução, parece simbolizar uma subversão extrema, inaceitável. Quando se fala na contracepção e no aborto livre como na possibilidade das mulheres controlarem sua fertilidade, ou serem mãe “se, e quando quiserem”, é evidente que por “devolverem (à mulher) aquele papel impossível, o de ser mulher (apenas)”¹⁰, essas duas práticas abrem a perspectiva de uma mudança do status social da mulher, e portanto das relações sociais entre os sexos.

Indiquei acima que uma das facetas fundamentais da questão do aborto é que o acesso livre ao aborto é a expressão do direito individual emanado de um corpo reprodutor, é um direito especificamente originado pelo corpo que tem sexo feminino. Considerar o acesso ao aborto dessa maneira abre um precedente “fora” do domínio da universalidade, baseada sobre uma concepção neutra de natureza humana. Outro precedente não menos importante é falar de direito individual quando se trata da reprodução humana, embora estejamos vivendo numa época em que os novos modos de reprodução humana, como a fertilização *in vitro* por exemplo, não

precisam de relação sexual, *não relacionam indivíduos*, apenas células.

Nos anos 70, dentro da ampla movimentação social de reivindicação de direitos, o direito ao aborto foi alvo de um intenso debate político nos países ocidentais¹¹ e acabou sendo regulamentado na maior parte deles através de legislações mais ou menos limitantes¹². Em outros países como a Índia, o Japão ou a China, o livre acesso ao aborto (até mesmo a coerção) é uma questão de controle populacional, e não de “direito da mulher a dispor do seu corpo”. Nos anos 80, ampliou-se o debate, não apenas geograficamente, como dentro da própria temática. Com o rápido desenvolvimento da biologia (mapas genéticos, engenharia genética, clonagens) e das tecnologias médicas de assistência à procriação (fertilização *in vitro*, transplante de embriões), ou à gravidez (terapia fetal), há hoje uma discussão internacional, travada em várias associações, não somente sobre os direitos reprodutivos, como sobre a própria condição humana.

trização das perversões”, a “histerização das mulheres” através de “medicalização minuciosa do seu corpo e do seu sexo” foi, segundo Michel Foucault (1976), *Histoire de la sexualité. I: La volonté de savoir*. Paris, Gallimard, p. 193), uma das “quatro grandes linhas de ataque ao longo das quais vem atuando a política do sexo há dois séculos”.

(10) Ver Irigaray, Luce. (1977), *Ce sexe qui n'en est pas un*. Paris, Les Éditions de Minuit, p. 80.

(11) O controle da população como de sua reprodução foi sempre uma preocupação dos estados organizados, desde o Império Romano. É uma atenção constante que, entretanto, adquire feições variadas através da história, dependendo das necessidades produtivas dos estados. Para a lei romana, por exemplo, o aborto não era crime, nos Estados Unidos, ele passou a ser proibido entre 1860 e 1870, na França ele foi penalizado com a pena de morte a partir de 1920, após a sangria da Primeira Guerra Mundial. No Brasil, as leis do Reino já o condenavam, reforçadas pela ação incansável da Igreja. Sobre isso, ver Del Priore, Mary. (1993), *Ao Sul do corpo*. Rio de Janeiro, José Olympio; Brasília, Edunb, p. 296.

(12) Ver Cook, Rebecca J. (1990), *Leis e políticas sobre o aborto: desafios e oportunidades*. São Paulo, Conselho Estadual da Condição Feminina/International Women's Health Coalition.

Entretanto, apesar dessa difusão e da disponibilidade de uma ampla experiência sobre os prós e contras da sua prática, o aborto é sempre recolocado em questão, sua descriminalização não encerra o debate. E o que intriga não é apenas o fato de ser uma questão muito controvertida, um verdadeiro *différend*, mas é o seu extraordinário potencial polarizador em termos políticos. Nos Estados Unidos, o debate sobre o aborto que, desde 1989, tem confrontado incessantemente os defensores “pro-escolha” e os defensores “pro-vida”, está dividindo toda a sociedade americana e é assunto obrigatório das campanhas políticas.

Abordarei agora rapidamente o *différend* do aborto no Brasil para entrar a seguir no domínio jurídico propriamente dito. Meu argumento geral é que a cultura política brasileira rechaça radicalismos ou melhor dito, tem tendência em contorná-los através de soluções pragmáticas que procuram adaptar a lei aos fatos, aos poucos, enquanto o debate público exorciza o desconforto social. O caso das sentenças judiciais dadas para autorizar abortos caridosos em caso de graves anomalias fetais são exemplos dessas “soluções adaptativas” dadas a um aspecto do *différend* do aborto.

Sociedades diferentes politizam um tema espinhoso de maneira e em momentos diferentes, justamente porque há, em cada uma delas, uma multiplicidade de discursos organizados sobre o tema e, portanto, uma multiplicação de saberes e poderes que dificultam as possibilidades de consenso. Para a filosofia racionalista, pessoas (ou grupos de pessoas) divergem entre si quando algumas delas estão “erradas” na opinião das outras. A linguagem da razão será capaz de dissolver as divergências. O ponto de vista de cada pessoa em litígio pode ser traduzido “nessa linguagem

(racional universal), e essa tradução torna visível aquilo que há de errôneo no ponto de vista particular.”¹³ Dessa maneira, chega-se ao consenso. Obtém-se um assentimento por convicção. Numa sociedade como a nossa onde a componente comunicacional é evidente e a cada dia “mais evidente como realidade e como problema, é certo que o aspecto linguagem toma uma nova importância.”¹⁴

A polêmica ao redor da interrupção da gravidez compõe-se de coisas ditas em diferentes contextos, para públicos distintos e por autores variados. Ela é um vasto discurso sobre os limites entre a ação do estado e os direitos individuais, sobre a autonomia da sexualidade feminina e a cidadania das mulheres, sobre o controle da sociedade sobre o corpo da mulher e sobre a reprodução, sobre vida e sobre morte. Trata-se de um conjunto de enunciados diferenciados de diversos atores sociais, dentro de diferentes campos sociais (judicial, religioso, médico, feminista, biológico etc.). Esses grupos de enunciados são dos mais diversos. Falam a respeito da definição do aborto; do momento em que a vida começa; do momento em que a alma se manifesta; da moralidade do aborto; do papel da mulher na família; de valores éticos etc.

Os diferentes atores sociais (médicos, juristas, católicos) comunicam num diálogo/conversa/debate constante (através de enunciados de determinado caráter, mais radical ou não), no seu próprio campo e fora dele, o que resulta num “polilogo” entre diferentes vocabulários que se enriquecem e se transfor-

(13) Ver Lyotard, Jean François. (1993), *Moralités postmodernes*. Paris, Galilée, p. 113.

(14) Ver Lyotard, Jean François (1979), *La condition postmoderne*. Paris, Les éditions de Minuit, p. 32.

mam. Nessa constante "conversa ampliada" tanto interna, intra-campo, como externa, inter-campos, irrompem conflitos que trazem novos recursos discursivos, os quais relançam o debate num novo patamar.

Para Nancy Fraser¹⁵, essa justaposição de falas é uma característica da cultura política em sociedades capitalistas desenvolvidas. Para ela, há um idioma específico no qual os conflitos políticos são evidenciados e através do qual as desigualdades são elaboradas simbolicamente e postas em cheque. Os argumentos desse tipo de debate e a dinâmica do próprio debate revelam explicitamente que democracia e que modernidade a sociedade pratica e a cultura autoriza.

No Brasil das últimas décadas, entre 1968 e 1995, não se pode dizer que o aborto tenha sido um tema sobre o qual a imprensa¹⁶ não tenha falado. Num quadro de democratização crescente das relações sociais, uma periodização do debate parece se impor. Até 1975, o aborto é um "drama social" da pobreza, uma questão de saúde pública essencialmente. A partir de 1975 a demanda em favor da legalização do aborto por parte das feministas torna-se a dominante do discurso geral. Aos poucos, as demandas feministas se concentram na área do

legislativo, visando uma reforma do Código Penal. Que seja para propiciar a regulamentação de novos permissivos legais como querem umas, ou a sua completa descriminalização, como preferem outras, é a "norma" que se quer modificar.

Na época dos trabalhos da Constituinte, entre 1986 e 1988, a questão do aborto foi politizada de vez e a questão de sua descriminalização foi trazida para o debate nacional a respeito da proteção da vida dos cidadãos, cidadania que correntes conservadoras queriam definir "desde a concepção". Na época, o "lobby do batom" das mulheres, articuladas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, mostrou a sua capacidade de mobilização e conseguiu vencer os argumentos que privilegiavam a moralidade da vida privada e declaravam o feminismo "anti-cristão"¹⁷. O debate ocorrido evidenciou um "polílogo" entre diferentes demandas, um jogo entre diversos vocabulários, e acabou resultando na abertura de alguns espaços de autonomia para a sexualidade, senão das mulheres, pelo menos dos casais. Por exemplo, no capítulo VII da atual Constituição, intitulado "Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso", o art. 226 declara o planejamento familiar como "livre decisão do casal", reconhecendo assim alguma privacidade no âmbito da reprodução, o que não significa na prática, devido às normas culturais atuantes, uma real igualdade decisória entre cidadãos de sexos diferentes. A demanda feminista de legalização do aborto não foi ouvida pelos políticos.

Em meados de 89, a TV-Manchete apresentou um debate entre os candida-

(15) (1989), "Talking about needs: interpretive contests as political conflicts in welfare-state societies." *Ethics*, 99 (2):291-314, p. 291.

(16) Num outro trabalho, analisei um conjunto significativo de artigos da imprensa brasileira e estrangeira. Resultados parciais dessa pesquisa foram publicados em: Ardaillon, Danielle. (1996) "L'avortement dans la presse brésilienne 1968-1994", in: Bérénice Marques-Pereira e Alain Carrier (coord.), *La citoyenneté sociale des femmes au Brésil. Action collective, reproduction, informalité et domesticité*. Paris, L'Harmattan, Unesco e Université Libre de Bruxelles.

(17) Ver Pierucci, Antônio Flávio. (1989), "Representantes de Deus em Brasília: A bancada evangélica na Constituinte", *Ciências Sociais Hoje*, ANPOCS.

tos às eleições presidenciais sobre questões ligadas aos direitos das mulheres. Os candidatos reafirmaram os compromissos dos seus partidos com a defesa dos direitos da mulher "em geral". A questão da legalização do aborto, entretanto, esse ardil, não foi abordada pelos candidatos como homens de partidos e sim *individualmente* como "homens casados", como "simples cidadãos" ou como "cristãos". Essa questão *política* para as mulheres continua tratada, pela maior parte dos representantes dos partidos políticos, apenas como questão de consciência e de foro "íntimo". Ora, existe uma lei que proíbe o aborto! Se os políticos consideram a questão como sendo "de consciência", se é na consciência que reside a ilicitude daquele ato, a que serve a lei?

Após a promulgação da Constituição de 1988, o discurso sobre a necessidade de reformar o Código Penal vai justificar as pressões sobre o sistema judiciário ao mesmo tempo em que vai se desenhando paulatinamente uma tendência a incluir a demanda de acesso ao aborto no espectro de direitos reprodutivos. Além do surgimento de novos atores sociais como as Católicas pelo Direito de Decidir, favoráveis à livre opção pelo aborto, começa a discussão da questão do direito à saúde reprodutiva a propósito da preparação da Conferência Mundial da População e do Desenvolvimento do Cairo¹⁸, prevista para setem-

bro de 1994. A construção do conceito de saúde reprodutiva e de direitos reprodutivos foi se aperfeiçoando paralelamente ao, e por causa do, debate público sobre o aborto. A mudança de foco da saúde pública para a saúde reprodutiva foi a mudança conceitual de um direito social à saúde dificilmente associável a um direito individual ao corpo reprodutor, para um novo conceito de direitos, os direitos reprodutivos, que expressam o direito à autonomia no âmbito da reprodução humana, promovendo a diferença no seio da universalidade dos direitos humanos.

De 1994 até hoje os embates continuam. Os assaltos contra o atual ordenamento legal evidenciaram as fissuras do próprio campo do judiciário. De fato, o debate público tornou-se mais vibrante com as revelações de prática de aborto por parte de respeitados profissionais médicos, particularmente quando um deles, defensor contumaz do alargamento dos permissivos da lei para fetos portadores de anomalias, relatou ter feito "cinco abortos deste tipo desde 92, todos com autorizações judiciais" (*Folha de S. Paulo*, 24.06.1994), confirmando a obtenção de sentenças favoráveis de juizes em casos proibidos por lei. Advogados insurgem-se contra as sentenças *contra-legem*, "lixo hospitalar humano" diz o advogado Ives Gandra da Silva Martins (*Folha de S. Paulo*, 08.08.1994), "a favor da vida, contra o

(18) O Encontro Nacional "Mulher e População Nossos direitos para Cairo'94", realizado no Congresso Nacional em 28.09.1993, aprovou a *Carta de Brasília* ((1993) Conclusão do Encontro nacional "Mulher e População Nossos direitos para Cairo '94". Brasília), (assinada por 312 mulheres representantes dos mais variados segmentos da população) e o entregou aos representantes do Itamaraty para que as propostas do governo brasileiro no Cairo fossem convergentes com as propostas das mulheres brasileiras. Pela pri-

meira vez, o governo brasileiro mostrou independência em relação à posição da Igreja Católica, levando à Conferência Mundial do Cairo uma linha favorável aos direitos reprodutivos das mulheres, com uma "percepção realista das necessidades das adolescentes e uma visão flexível quanto à família" e a visão do aborto como um problema de saúde pública, segundo palavras da representante do Itamaraty durante um seminário organizado pela Comissão de Cidadania e Reprodução em agosto de 1994.

aborto” diz o advogado Celso Bastos Ribeiro (*Folha de S. Paulo*, 20.08.1994).

Embora filtrado pelo crivo editorial, o embate das demandas da sociedade tal como captado atualmente pela imprensa favorece o exercício da democracia e evidencia as fraquezas dos fundamentalismos. A ilicitude do aborto perdeu muito da sua sustentação.

Examinando a seguir alguns aspectos do discurso jurídico, um dos discursos constituintes da polêmica pública sobre o aborto. Deter-me-ei em particularidades dos processos de aborto tanto na abertura dos inquéritos como no próprio julgamento.

Sabemos que o sistema normativo propõe a manutenção da ordem social ao defender a liberdade de indivíduos considerados iguais perante a lei. Que tipo de ordem social é esta? Que modelo de estrutura social? Por exemplo, quando o estado proíbe o aborto, que só é praticado por mulheres, ele procura proteger e defender o quê ou quem exatamente? Se apenas a sexualidade das mulheres, que deveria ser mais uma das expressões de sua autonomia, é regulada, censurada, e penalizada até à morte, podemos supor que há algum interesse do estado, intenção política portanto, em sancionar a assimetria das relações entre homens e mulheres, e consequentemente uma ordem de gênero desigual.

Nessas circunstâncias, é importante saber que o aborto é de fato¹⁹ um crime raramente punido quando as acusadas

são as gestantes, levemente penalizado no caso das “parteiras”, “enfermeiras” e outros agentes e, surpreendentemente, pouco punido mesmo quando esses mesmos agentes provocam a morte das gestantes. Não se trata de uma simples impunidade resultante de desleixo e descaso. Pelo contrário, há um paradoxo que merece atenção. Há no caso do aborto um enorme investimento social na sua proibição (leis, polícia, prisões), associado à pouca insistência na sua penalização de fato. Essa constatação autoriza a hipótese de que a sua punição não interessa realmente à sociedade.

O estado habitado por esse paradoxo (persegue e maltrata mas não pune) não é algo abstrato, ele é na verdade um grande complexo de relações sociais entre cidadãos, relações de poder sem dúvida, mas que, como outras, podem ser modificadas. É com esse entendimento das instituições habitadas por pessoas que orientam suas vidas por valores culturais sujeitos a mudanças e a reinterpretações positivas que prossigo na minha reflexão sobre a área da Justiça e do poder Judiciário.

“Justiça” é comumente sinônimo do conjunto de organizações que constituem um sistema: a Polícia Civil, o Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Ela é uma arena cultural e política: normas e valores culturais inspiram a regulamentação das leis, relações de poder se constituem ou se desfazem no momento da aplicação das mesmas. Por ser aquele que decide por último se a norma foi ou não infringida, onde está o mal e onde está o bem, o Juiz é uma figura carregada de simbolismo. Assim, quando eu usar “Justiça”, me refiro a essa arena mais ampla, a essa “comunidade de interesses”²⁰, e particularmente a esse conjunto

(19) Resultados parciais da minha pesquisa sobre processos penais de aborto foram publicados em: Ardaillon, Danielle. (1994), “O aborto no judiciário: uma lei que justiça a vítima”, in: Cristina Bruschini e Bila Sorj (ed.), *Novos olhares: mulheres e relações de gênero no Brasil*. São Paulo, Fundação Carlos Chagas/Marco Zero.

(20) Ver Saporì, Luís Flávio. (1995), “A administração da justiça criminal numa área

de organizações e/ou atores legais que atua numa “acentuada divisão de trabalho, com a definição de diferentes funções corporificadas em distintos papéis organizacionais”²¹.

Na Justiça impera o formalismo, a justiça criminal, por exemplo, é administrada por regras estritas definidas pelo Código de Processo Penal (CPP). É na arena da justiça criminal que o estado se manifesta em relação ao crime de aborto: é o texto da lei e as suas interpretações que o definem como crime. Embora as leis sejam produzidas no âmbito do Congresso Nacional, cabe às diversas instâncias do Poder Judiciário determinar os limites de sua vigência e fazer respeitá-los para o cumprimento da regra de direito. Em outros termos, o Poder Judiciário é ao mesmo tempo parte integrante do estado, garante do seu funcionamento pela distribuição regulamentada do mando através de sua burocracia e árbitro do seu relacionamento com a sociedade dentro da legalidade.

Foi no Tribunal de Júri do Fórum Regional de Pinheiros, criado em 1987, que iniciei o levantamento de processos de aborto. Lá, após exame do fichário, foram relacionados cerca de 27 inquéritos policiais arquivados entre 1988 e 1992, e 4 processos julgados, entre os quais escolhi 9 casos, com a única preocupação que fossem de anos diferentes. Desde logo, chamou a minha atenção o fato da maior parte dos processos de aborto consistirem apenas de inquéritos policiais arquivados. Isto significava que os inquéritos policiais não haviam conseguido reunir um conjunto de indícios comprobatórios suficientes para embasar a denúncia do

promotor e acarretar a aceitação desta pelo juiz para que a ação penal pudesse prosseguir. Em todo caso eram importantes para entender melhor a sistemática de sua instauração e do seu andamento.

O segundo Tribunal do Júri pesquisado foi aquele do Fórum de Santo Amaro. Com o mesmo processo de coleta de processos denominados nas fichas como sendo de “aborto” foram escolhidos 13 processos. Na entrega dos xerox, porém, verifiquei que eram todos de fato “inquéritos arquivados”. Uma olhada rápida mostrou tratar-se, na sua maioria, de averiguações a respeito de “encontros de feto”, qualificados pela Polícia como “abortos”. Entendi que no âmbito policial-judiciário a palavra “aborto” cobre várias realidades. Até àquela altura, os processos levantados compreendiam inquéritos policiais arquivados e também processos com sentenças de “Impronúncia”, os quais, portanto, não tinham passado tampouco pelo julgamento do Júri Popular. Essa ausência de julgamento permitia uma primeira hipótese de que existia algo no crime de aborto que dificultava o seu tratamento jurídico. Impunha-se verificar, com um levantamento numérico mais preciso se esta tendência podia ser constatada por um período de tempo maior, já que esses dois Tribunais do Júri atuavam havia poucos anos. O Tribunal do Júri do Fórum de Jabaquara foi então escolhido para pesquisar os processos de aborto que nele tramitaram nas décadas de 70 e 80.

Recenceei um total de 765 decisões²² no decorrer de 20 anos, entre 1970 e

metropolitana”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, ano 10 (29): 143-159, out., p. 144.

(21) Idem, p. 143.

(22) Essas informações carecem de precisão, elas indicam tendências. Os registros são feitos à mão, por escrivães diferentes, em momentos diferentes e não obedecem a um modelo de registro padronizado. Cada escrivão registra como bem entender. Por exemplo, as decisões sobre os eventuais

1989. Nota-se imediatamente a pequena percentagem de condenações pelo Júri, 32 casos, perfazendo 4%. Somando as condenações (32) mais as absolvições (64 pelo Júri e 6 sumárias), vê-se que apenas 13% dos casos foram a julgamento, o que indica que em 87% dos casos não foi possível a “configuração delitiva”, ou seja, não foi possível reunir os elementos que comprovassem a existência do crime de aborto. Do total de casos, 503 ou seja 53%, não foram a julgamento, são os inquéritos policiais arquivados, indicando que mais da metade das suspeitas de aborto não conseguem ser comprovadas. Finalmente, contei 180 (24%) de casos que pertencem à categoria “outras”, em que houve na sua maioria extinção de punibilidade. Sob essa denominação estão os casos em que o acusado faleceu ou ainda em que houve prescrição em vista do excessivo tempo decorrido desde a ocorrência do crime.

Ao final da coleta, prontos para a análise estavam os documentos essenciais de 43 processos ditos de “aborto”, todos da Capital, e 117 acórdãos de recursos opostos em processos de diversas Comarcas do Estado de São Paulo, encontrados na *Revista dos Tribunais* (doravante RT) do início de 1970 até o início de 1992.

No Código Penal brasileiro²³, o conceito de aborto voluntário, provocado

recursos raramente são completas porque o espaço do registro é insuficiente para inscrevê-los e nesse caso a escrita toma rumos enviesados e ondulados na tentativa de cumprir a tarefa; a referência ao número dos artigos do Código Penal é imprecisa; e, muito mais grave, nos casos de processos com vários réus é muito difícil saber as decisões finais em cada caso. Em alguns casos, há o registro de absolvição ou de condenação, mas sem especificar de quem.

(23) O Código Penal referido é o texto vigente desde 1940 (Dec.-lei n. 2.848, de

voluntariamente, é descrito e qualificado como prática, como um ato executado sobre si mesma, pela própria gestante, ou por outrem, com ou sem o seu consentimento.

O texto legal define o crime como sendo:

“Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção de um a três anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.”

“Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão de três a dez anos.”

Consentir e não consentir são portanto elementos relevantes para a maior ou menor penalização do crime. As penas podem ser aumentadas se o aborto resultar em lesões ou até mesmo na morte da gestante:

“Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.”

07.12.1940). A “Parte Geral” deste Código que orienta a aplicação da lei penal foi modificada em 1984. Entretanto a “Parte Especial” que especifica e classifica os crimes, entre eles o aborto, continua intacta. Até fevereiro de 1998, o anteprojeto de reforma dessa Parte Especial não havia sido votado pelo Congresso Nacional.

A lei vigente não penaliza o aborto em apenas duas circunstâncias:

“Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

Todos os crimes podem perder do seu caráter doloso ou culposos em algumas circunstâncias e são então considerados como “excessos” dolosos ou culposos. O art. 23 da Parte Geral do Código Penal, no seu Título II, “Do Crime”, define o conceito de “exclusão de ilicitude” em três casos. Há ausência de crime quando quem o pratica tem razões superiores por ter se comportado daquela maneira. Uma dessas exclusões nos interessa particularmente pois tem sido alegada várias vezes nos processos de aborto. Trata-se do *estado de necessidade*.

“Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

(...)

“Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1.º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2.º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena

poderá ser reduzida de um a dois terços”.

O estado de necessidade é superior à lei e pode ser argüido em várias circunstâncias. Quero observar, de passagem, que o segundo caso de exclusão de ilicitude é a “legítima defesa”. Matar em legítima defesa é um crime não ilícito. Tem sido muito utilizada, até recentemente, a “legítima defesa de honra” para absolver acusados de crimes passionais, ao combinar o princípio de legítima defesa com aquele de honra, qualidade protegida legalmente pelos artigos do Código Penal dedicados aos “Crimes contra a Honra”. Obtém-se uma nova figura jurídica, a legítima defesa de honra, sem legalidade²⁴ nenhuma, mas com fortes apelos simbólicos sobre os jûris.

A doutrina jurídica define genericamente o aborto como interrupção voluntária da gravidez com a conseqüente morte do feto. Dentro desse enquadramento legal, o aborto punível é portanto resultante da vontade de um autor interrompendo uma gravidez, com a conseqüente morte do feto, em qualquer momento do desenvolvimento anatomo-fisiológico deste feto. Para a constatação do crime de aborto é “irrelevante o grau de desenvolvimento do embrião ou do feto no útero materno... não se exige que o feto seja vital” (Heleno Cláudio Fragoso citado na RT, 486:287). “O Código ao incriminar o aborto, não distingue entre o óvulo fecundado, embrião ou feto. *Interrompida a gravidez antes de seu termo normal, há o crime de aborto*. Qualquer que seja a fase da gravidez (desde a concepção até o início do parto, isto é, até o rompi-

(24) Ver Ardaillon, Danielle e Debert, Guita G. (1987), *Quando a vítima é mulher. Análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio*. Brasília, CNDM/CEDAC, p. 76-77.

mento da membrana amniótica) provocar a sua interrupção é cometer o crime de aborto.” (Nelson Hungria citado em RT, 486:287).

Autoria e materialidade do crime são geralmente os dois pólos ao redor dos quais gravitam as interpretações e tentativas comprobatórias. É sobre essas duas questões que se defrontam e se dividem as orientações doutrinárias e jurisprudenciais. Orientações essas que refletem, por sua vez, o contexto cultural em que nascem. A materialidade do crime, aquilo que deve ser comprovado para a aplicação da pena, consiste na provocação do aborto por um “autor” e será definida em cada caso concreto. Essa concepção abre caminho para pelo menos duas linhas de argumentação, não excludentes entre si, usadas tanto pela Acusação quanto pela Defesa. A primeira linha de argumentação entende que só se provoca aborto numa gestante, ou seja, numa mulher cuja gravidez preexistente possa ser comprovada. Se a gravidez não for comprovada, não se pode dizer que houve um aborto. Veremos com a análise dos processos o quanto é difícil reunir elementos probatórios que possam atestar a gravidez nessas situações de ilegalidade da prática do aborto. Para a segunda linha, está presente a necessidade de demonstrar que o aborto foi provocado voluntariamente, isto é, não ocorreu espontaneamente.

Materialidade e autoria constituem um todo facetado entre a intenção de cometer o crime, a ação para provocá-lo e a sua consumação; este conjunto configura uma rede de relações de causa e efeito, com malhas mais ou menos frouxas por onde se insinuam e se instauram todas as dúvidas possíveis. É aí que pode ser evidenciada toda a ambigüidade da sistemática de julgamento, é nessa rede que se desenham os caminhos da interpretação de um fato

e da atribuição do qualificativo de criminoso a este fato.

No decorrer do exame minucioso da seqüência de documentos contidos nos processos de aborto torna-se nítida a exploração, pelos atores legais, dos processos fisiológicos ligados à sexualidade da mulher e à reprodução (mens-truações, hemorragias, gravidez), para atingir objetivos diferentes entre si, para comprovar ou não a realidade da gravidez, ou para comprovar ou não a espontaneidade do aborto. Comprovada a realidade da gravidez ou a realidade do aborto veremos que pode ser usado o recurso do “estado de necessidade” para absolver o/a acusado/a. Inclusive, tem-se usado esse recurso de exclusão de ilicitude por estado de necessidade no sentido corriqueiro da última palavra, da necessidade material, daquilo necessário para viver e que falta por causa da pobreza.

Como visto anteriormente, 53% dos processos de aborto que tramitaram pelo 1.º Tribunal do Júri do Jabaquara nas décadas de 70 e de 80 consistem em inquéritos policiais arquivados. Isto significa que eles não mostraram elementos comprobatórios, seja quanto à materialidade do crime, seja quanto à sua autoria, para possibilitar a instauração da ação penal.

Et pour cause... Lembremos aquela frase: *interrompida a gravidez antes de seu termo normal, há o crime de aborto*. Interrupção de gravidez parece ser a chave para abrir um inquérito sobre “aborto”.

Há por exemplo casos em que um inquérito é aberto apesar de estar visivelmente se tratando de aborto espontâneo. São casos de mulheres moradoras da periferia que, em geral, recorrem à Polícia Militar apenas para beneficiarem de um transporte gratuito até um Pronto Socorro de hospital. A Polícia Militar

comunica a ocorrência e a Polícia Civil, que, então, *criminaliza um aborto espontâneo*.

Um processo do Fórum de Pinheiros conta por exemplo que Rosa Maria de 33 anos, casada, estava grávida de 6 para 7 meses e que, em 20.08.1990, abortou no Hospital Universitário, levada pela Polícia Militar, e informou que ela estava tomando remédio para segurar a criança. O Delegado abre o inquérito sem nem esperar o Exame de Corpo de Delito o qual, feito oito dias depois do aborto, conta que Rosa Maria estava fazendo um pré-natal em hospital, que ela era hipertensa e até tinha tido um aborto espontâneo anterior e conclui que a hipertensão é a provável causa do aborto. Por quê então prosseguir com o inquérito? Esse processo correrá um ano e meio até que o promotor peça seu arquivamento já que “os autos cuidam de aborto espontâneo, absolutamente alheio aos interesses da Justiça Penal” (Processo 604/90, Pinheiros.)

Outros processos, embora classificados como sendo de “aborto” são, na realidade, investigações a respeito de *encontro de feto*, na maioria dos processos coletados no 3.º Tribunal do Júri de Santo Amaro. Trata-se do achado de fetos abandonados em locais públicos, com a quase impossível determinação de autoria, porque não há testemunhas, e até a materialidade, pois não há como estabelecer a efetiva *causa-mortis* de fetos maiores, nem se trata de interrupção de gravidez voluntária ou não. A atual legislação obriga os policiais a se ocuparem por anos, com averiguações de “aborto” que estão fadadas, desde o seu início, ao arquivamento.

Por exemplo, o processo 1.244/89 de Santo Amaro foi aberto em setembro de 1989, quando, atendendo a um chamado do COPOM, um policial militar foi até “um córrego (...) e realmente constatou a existência de um feto mergulhado (...)

puxou-o em direção à margem (...) e ficou no aguardo das providências da Autoridade...”. Somente um ano depois, a polícia interrogará a mulher que tinha advertido o COPOM porque “um dia ao estar debruçada (*sic*) na janela, olhando para o córrego (...) viu um monte de lixo (...) um negócio meio avermelhado,” etc. No final, como “não se logrou identificar a gestante e muito menos, ipso facto, apurou-se se houve ou não abortamento provocado”, a promotora requer o arquivamento em abril de 1991. Assim vão sendo montados inquéritos de “aborto” com esses testemunhos “de encontro de feto”. Há apenas o vestígio de um crime cujo autor, anônimo para sempre, é também vítima.

Entre os processos ditos de “aborto” coletados no 5.º Tribunal do Júri de Pinheiros, vários eram apenas inquéritos arquivados nos quais o referido “flagrante de aborto” era na realidade uma *invasão de clínica clandestina de aborto*, com apreensão de inúmeros objetos e materiais, várias perícias técnicas de todo tipo e nenhuma constatação de materialidade do crime de aborto que sustentasse a abertura de uma ação penal. Dois enormes inquéritos intitulados de “aborto consentido” foram instaurados a partir de um “flagrante” dado no mesmo dia de junho de 1991, na Clínica João Moura, (496/91 e 513/91, Pinheiros), quando prenderam, “por desobediência”, o médico, as atendentes, os seguranças e onze mulheres. Sua leitura permite o entendimento da ação policial em relação a clínicas muito conhecidas como sendo clínicas clandestinas de aborto.

No primeiro processo, a “prova” que justifica a invasão e baseia toda a investigação é a apreensão, na própria clínica (achada portanto *depois* da invasão que ela justificou) de um exame de ultra-sonografia de Vânia X., acusando gestação “em torno de cinco sema-

nas". E o Juiz, ciente de que o médico dono da clínica é ainda "acusado do mesmo crime nos processos 500/91, 502/91 e 508/91," determina o arquivamento deste inquérito policial. Quanto ao segundo inquérito, apesar das "robustas provas que embasam os autos" amontoadas pelo Delegado, para o Promotor "há total ausência de comprovação de prática de fato criminoso" e o desfecho será o mesmo: Arquite-se!

Os dois tipos de inquéritos de "aborto" aos quais eu acabo de me referir são aqueles que falsificam as parcas estatísticas e deveriam receber outra denominação por parte da instância judiciária. Muito mais do que a criminalidade, eles testemunham o descaso e o desprezo que o estado brasileiro reserva à saúde reprodutiva de suas cidadãs.

Prosseguindo com o andamento da investigação policial, lembro que seu fulcro é comprovar o aborto como "interrupção de gravidez". A própria gravidez e a provocação de sua interrupção não podem deixar margem à dúvida. Uma primeira leitura de alguns acórdãos contidos em RTs deixou clara a dificuldade de se comprovar não apenas a existência de uma gravidez como a ocorrência de sua interrupção, e indicou a possibilidade de que os processos de aborto fossem apenas torneios retóricos tentando promover o encontro de provas impossíveis de serem achadas.

Um caso de aborto processado em Franca, cujo recurso foi julgado em dezembro de 1969 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, é ilustrativo dessa situação. Os réus são o namorado da menor que abortou e o farmacêutico que supostamente teria provocado o aborto. A história recontada pelo Desembargador é a seguinte: "... o réu, namorado de M.E., tendo-a engravidado, levou-a ao farmacêutico denunciado para que lhe aplicasse um abortivo. Este, enganando-o, aplicou na menor uma injeção

incapaz de produzir o evento desejado, não havendo prova de que tivesse sido aplicado ou ministrado outro elemento de efeito abortivo. A mãe da menor é que, preocupada com o fato de a filha estar atrasada em suas regras e com o escopo de normalizar a menstruação "atrasada" e, ainda, desconhecendo a existência da gravidez, deu-lhe chás que, pela sua natureza, tornaram-se abortivos, o que levou a menor a fazer a necessária "curetagem" uma vez que iniciado fora o processo do aborto.

Tem-se, assim, diante do quadro exposto que, *embora os réus tivessem a intenção, ou "animus" de provocar o aborto, em face da manobra enganosa do réu farmacêutico não conseguiram o resultado pretendido, uma vez que a droga ministrada à menor era inconsequente, enquanto que o aborto se deu em razão das mezinhas ministradas pela mãe da menor que, por sua vez, ignorava o estado da filha.* (grifos meus) (RT 413:112-113, março de 1970)

Tratando-se de um acórdão, não dispomos de outros elementos processuais para a análise. Entretanto o que fica bem claro é que a história final do caso, tal como se apresentou ao julgador, foi antes não apenas recontada pelos diversos personagens, mas *desconstruída* pela Defesa conhecedora da malha processual e dos seus recursos. No domínio de um processo judicial, nunca temos a palavra direta das pessoas, mas a sua retranscrição feita por outrem e, geralmente, sobreposições dessas retranscrições. De outra parte, o fato inicial, objeto dos relatos das pessoas implicadas, dá origem a várias narrativas que o qualificam diferentemente. Finalmente, tem-se a reconstrução dos diferentes personagens do drama, possibilitada através dos seus depoimentos tanto na Polícia como na Justiça, de acordo com papéis sociais estereotipicamente consagrados pelos

atores sociais que os interrogam. Voltando ao acórdão ditado, vemos que se impôs a manutenção da impronúncia recomendada pelo Juiz em primeira instância. Por que?

Materialidade e autoria, ambas constatadas, foram irremediavelmente separadas. Criou-se o seguinte paradoxo: uma intenção ineficaz relativa a uma possível gravidez versus uma não intenção eficaz relativa a uma igualmente possível atraso de menstruação. Vários autores já mostraram²⁵ que na maioria dos processos penais, não se julga o crime isoladamente, mas a moralidade dos indivíduos envolvidos. Nos processos de aborto, há algo de específico para a penalização do crime. Trata-se de um crime de difícil comprovação e por isso mesmo é fértil terreno para debates retóricos onde se entrecruzam os argumentos biológicos e jurídicos: havia gravidez? era atraso de ciclo? houve sangramentos anteriores? foi aborto espontâneo? uma queda de escada pode provocar ou não uma rotura de útero? etc.

Houve aborto? Houve crime? A materialidade deste fato não é tão facilmente comprovada, nem a sua autoria tão diretamente atribuível, como se poderia pensar de início. De fato, antes de um aborto tem que ter havido uma gravidez plenamente comprovada; a interrupção dessa gravidez tem que ter sido provocada com real intenção de abortar; tem que haver um feto, e se achado o feto, ele tem que ser daquela mulher que, supõe-se, abortou.

Como provar a gravidez? Um dos meios, a confissão da gestante a respeito da sua gravidez não é suficiente para prová-la: "É certo que Margarida R.L. sempre se declarou grávida, de apenas um mês e vinte dias, confessou esse estado em seus interrogatórios e conformou-se com a condenação. Isso não comprova, porém, a gravidez e a ocorrência do crime de aborto (...) Sem prova plena e segura da gravidez e, inclusive, da viabilidade do feto não há que se falar em aborto (...) A convicção da mulher de que estaria grávida poderia ser falsa, decorrente da chamada gravidez psicológica, que não é rara, provocada pelo desejo incontido de maternidade, pelo pavor pânico de ter engravidado ou outro motivo qualquer". (RT 659:249-251, setembro de 1991)

Desenha-se aí um dos jogos possíveis sobre as funções fisiológicas das mulheres, e, particularmente, sobre os avatares de sua função reprodutiva. Entre um atraso de menstruação e a instalação de uma gravidez desenha-se um verdadeiro mistério, um espaço vazio, cheio, porém, de avaliações diversas a não ser que "a prova plena e segura" de gravidez seja estabelecida. Isto é confirmado por um caso relatado na RT 567:291, de janeiro de 1983, no qual uma "gestante" que sempre negou a sua gravidez e foi absolvida pelo júri, foi submetida a um novo julgamento após o recurso da Acusação baseado em um exame de corpo de delito "que permitiu chegar à certeza de um processo gestacional normal, sadio, interrompido por processo mecânico".

O elemento comprobatório da interrupção de uma gravidez é, ou deveria ser, o Exame de Corpo de Delito (doravante ECD) feito sobre a gestante para embasar a acusação do aborto recente. "O crime de aborto deixa vestígios e, nessa conformidade, indeclinável é o exame de corpo de delito direto, a

(25) Ver: Corrêa, M. (1983), *Morte em Família. Representações Jurídicas de Papéis Sociais*. Rio de Janeiro: Edições Graal; Ardaillon, D. e Debert, G.G. (1987), op.cit., e Hermann, Jacqueline e Barsted, Leila L. (1995), "O judiciário e a violência contra a mulher: a ordem legal e a (des)ordem familiar". *Cadernos Cepia*, ano 2(2), set.

menos que se tenha deixado desaparecer os vestígios, suprindo-se, então, a falta pela adequada prova testemunhal" (RT 565/310 Nov/82). Além desse ECD denominado "direto", feito com o exame da paciente, pode-se requerer um ECD "indireto", feito a partir das informações contidas no prontuário hospitalar requisitado pela Polícia. Enfim, quando o feto é encontrado, pode ser feito um exame necroscópico.

O assunto é rebarbativo (eu sei!), mas ele é essencial para entender o tratamento do aborto no judiciário e para fornecer subsídios à discussão sobre a descriminalização do mesmo.

O laudo de ECD de aborto, deve ser assinado por dois médicos legistas e visa responder aos seguintes seis quesitos:

"Primeiro - Houve aborto?

Segundo - Foi ele provocado?

Terceiro - Qual o meio de provocação?

Quarto - Em consequência do aborto ou do meio empregado para provocá-lo, sofreu a gestante: incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função, incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou deformidade permanente?

Quinto - Era a provocação do aborto o único meio de salvar a vida da gestante?

Sexto - A gestante é alienada ou débil mental?"

Antes de responder aos seis quesitos, os médicos devem registrar: a qualificação da paciente, o histórico do aborto, a descrição anatômica da paciente, e fazer uma discussão dos dados. Pode haver uma complementação do ECD por um exame de gonadotropina corôni-

ca, o qual, em princípio, deveria trazer a confirmação de uma gravidez preexistente. *O exame dos autos revela que o seu resultado é raramente positivo mesmo quando, por acaso, foi feito pouco tempo após o aborto.*

O exame de 117 acórdãos e de 43 processos e inquéritos mostrou que longe de ser um documento essencial e definitivo para a comprovação do aborto, esse crime que deixa vestígios, as circunstâncias em que é feito o ECD e a demora para ser feito levam muitas vezes à indefinição de sua conclusão. Pois, além de não concluir se houve ou não aborto, é incapaz de demonstrar se o aborto foi ou não provocado. Entretanto ele constitui o documento *básico* sobre o qual se ancora a Acusação.

Além disso, em vários casos, o mesmo laudo serve *tanto para pronunciar quanto para impronunciar* a gestante ou a parteira. É muito raro encontrar um ECD bem fundamentado e rigoroso.

Há várias fórmulas de "Conclusão" de ECD consagradas. Por exemplo, no Processo 1.345/90 (Santo Amaro), uma gestante que abortou no banheiro do Hospital Morumbi, foi submetida ao ECD um mês depois. Diz o laudo: "...não apresenta elementos de certeza para parto ou aborto". No Processo 199/92 (Pinheiros), a gestante abortou com Cytotec²⁶. O laudo do primeiro ECD

(26) Nome comercial do misoprostol, análogo sintético da prostaglandina E1, desenvolvido pela Searle, foi comercializado no Brasil a partir de 1988. A prostaglandina tem uma ação estimulante sobre a musculatura uterina, promovendo sua contração, razão pela qual esse medicamento vem sendo usado na indução do parto e do aborto. Em alguns países como a França, ele é usado em associação com o RU 486 para induzir as interrupções voluntárias de gravidez em hospitais públicos. Rapidamente conhecido pelas suas propriedades, seu uso abortifaciente

enuncia: "... a conclusão final dependerá de exame complementar após trinta dias." Trinta dias depois o laudo do segundo ECD diz: "não temos elementos para afirmar ou infirmar abortamento e/ou gravidez referida, visto o exame ter sido realizado além do período necessário para tal perícia"... O inquérito será arquivado. É pelo menos curiosa essa necessidade de exame complementar de trinta dias para verificar transtornos anatômicos que não costumam perdurar por um mês. A freqüente sensação que acompanha a leitura dos autos é de que estamos no reino do absurdo.

A fórmula consagrada: "não temos elementos para afirmar ou infirmar abortamento e/ou gravidez referida, etc." foi encontrada em 11 processos. Muitos acórdãos, por sua vez discutem sobre a comprovação da materialidade, e portanto sobre a fragilidade do ECD. Se não comprovam os abortos, os laudos de ECD alimentam fartamente aos debates de "doutrina jurídica".

"... havia, realmente gravidez? (...)" Tudo girou em torno da suspensão das regras (...) Tratava-se, pois, de um dos chamados sinais de probabilidade. Mas não bastava ele, era indispensável a diagnose da gravidez (...) Ora, a gestante foi submetida a exame obstétrico no mesmo dia do suposto aborto, pelos médicos da Santa Casa de Misericórdia de Suzano e estes não viram nenhum fluxo sangüíneo (...) nenhum dos sinais que deviam perdurar por dois ou três dias (...) Quanto ao exame do corpo de delito (...) feito 25 dias mais tarde (...) nada mais podia ser observado que

permitisse concluir pela existência de abortamento pretérito..."(RT 479:296-298, setembro de 1975).

Raríssimos são os casos de laudos de ECD que possam servir de provas cabais, que tenham uma conclusão clara de "sim, houve aborto; sim, foi provocado por meios mecânicos". Nos laudos de ECD indiretos, fornecidos pelos hospitais, não há em geral dúvidas quanto ao acontecimento de um aborto. O que não significa que esses laudos não serão preteridos em favor da confissão, dependendo muito do que eu fui levada a denominar mais adiante de "intenção condenatória" ou de "intenção absolutória" por parte de quem julga, pois as provas (os laudos, os indícios) bem como os testemunhos são, na realidade, valorados com pesos diferenciais *au gré* de quem julga em definitivo. Falar em "intenção" não significa uma desqualificação do juiz, mas a consciência de que os atores legais são também indivíduos situados em determinada sociedade e cultura:

"O juiz deve aplicar a lei, norma genérica, abstrata, traduzindo-a do geral para o particular. Na sua ação está condicionado às fórmulas de interpretação e aplicação do direito, mas dispõe sempre de um poder de interpretação que implica na ação de elementos subjetivos (e ideológicos) da maior importância. Esta subjetividade combinada com as contradições a que aludimos acima, elimina a hipótese do monolitismo dentro do corpo de magistrados. As contradições no social implicam em contradições no jurídico e estas conduzem a contradições na ação e na ideologia do aparelho judiciário. É por isto que se poderá falar em "juiz progressista" ou no juiz "conservador", bem como poder-se-á, por vezes, observar discrepâncias entre a orientação de diferentes hierarquias, entre o juízo de

foi disseminado no Brasil. A partir de 1991 o Ministério da Saúde restringiu a sua comercialização. Ver Barbosa, Regina Maria e Arilha, Margareth. (1993), *A experiência brasileira com Cytotec*, Revista Estudos Feministas, 1(1):408-418.

primeira instância, por exemplo, e os Tribunais superiores.”²⁷.

Outro exame técnico, além do ECD, é o Exame Necroscópico do Feto. Apesar do seu caráter aparentemente definitivo, o seu laudo poderá ser usado também com uma certa liberdade de interpretação.

Um caso relatado na RT 624:355-358, de outubro de 1987, é exemplar quanto ao uso retórico que Defesa e Acusação fazem do mesmo laudo necroscópico de feto. A ré foi absolvida em 1.^a Instância das acusações de aborto e de ocultação de cadáver. A Acusação recorre contra a última decisão e, para fundamentar a sua solicitação, despreza o laudo do ECD utilizando, em vez, o depoimento de uma testemunha. Essa manobra é rejeitada pelo Desembargador no acórdão do recurso. Nesse exemplo, vê-se nitidamente o peso positivo que a Acusação dá ao testemunho de uma senhora de 60 anos, o que a torna “experimentada”, desprezando o laudo, e a valoração que Defesa e Juiz fazem do laudo, do seu aspecto técnico e da palavra médica que, no entender do Juiz, deve ser respeitada. O acórdão explicita as diferentes posições conforme o que segue.

Segundo o laudo do ECD, há: um “*feto morto em estado de putrefação com idade gestacional de aproximadamente 5.º mês.*” (grifos meus)

A Acusação, por sua vez, considera que: “... se a *criança* nasceu com vida ou não jamais saberemos; o *pequeno corpo* foi encontrado já em estado de putrefação (...) as fotografias mostram uma *criança bem-formada*, aduzindo

que os peritos se equivocaram quanto à idade gestacional ao darem-no como no 5.º mês, sendo mais condizente o que disse a testemunha M.S.L. com sua experiência de 60 anos de idade, que pelos seus cálculos *a criança estava no 6.º para o 7.º mês de gestação* – logo, com possibilidade de vida extra-uterina e, por isso, era um cadáver. (...) Não há dúvida a respeito da maturidade do ser vivo que a própria mãe expeliu ex abrupto das suas entranhas, tratando-se de *uma criança com vida intra-uterina com o máximo de 7 e no mínimo de 5 meses de existência*, e que desfrutava da chamada capacidade potencial de viver”. (idem)

A Defesa, usando sempre o mesmo laudo, então, usa ainda de outro vocabulário, e de outros referenciais do tempo de gestação: “... o produto da concepção no 5.º mês de gestação é ser em formação e não tem condições de vida extra-uterina, sendo apenas *feto* e não cadáver.” (idem)

Retomando o vocabulário do laudo do ECD, o Desembargador conclui: “... o *feto* não atingira a maturidade necessária para a sua expulsão com probabilidade de vida extra-uterina, já que a *gestação não estava acima de 180 dias*, e, em conseqüência, seu corpo não deve ser tido como cadáver, que trata a lei penal... Não se pode desprezar o laudo firmado por dois médicos”. (idem)

Característica de toda polêmica constituída por enunciados de caráter persuasivo, o uso de vocabulários diferentes faz com que naveguemos num mesmo momento, agora, simultaneamente em dois espaços (geográficos) e também em tempos distintos. A reconstrução do fato passado, o aborto, que hoje está apenas nas inemórias, é traduzida simultaneamente em duas linguagens distintas. Somos levados do espaço do mundo que consideramos real, dos seres humanos vivos, das crianças nascidas, das

(27) Nuñez, Antônio Cláudio. (1986-87), *O poder judiciário no Brasil: tendências e leituras*, in: BIB – O que se deve ler em ciências sociais no Brasil. São Paulo: Cortez: ANPOCS, (BIB 13, 1.º semestre, 1982), p. 201.

pessoas, dos cidadãos, para o mundo intra-uterino, recuando dos fetos aos embriões, e até mesmo aos produtos da concepção, que não são pessoas nem cidadãos e sim projetos, promessas, antecipações, de futuras pessoas e futuros cidadãos. Nessa cacofonia, a verdade é inaudível, e a justiça, o resultado de um diálogo de surdos.

Além da tentativa de fazer prevalecer as palavras de uma testemunha sobre o laudo técnico para enquadrar a gestante num crime de ocultação de cadáver, a Acusação recorre à retórica que faz de um feto, ou do "produto da concepção" (segundo a Defesa), "uma criança", "um pequeno corpo", "uma criança bem formada". Essas palavras transformam o aborto em infanticídio e correspondem a duas ordens do que seja a vida. O corpo de um feto não é um cadáver, o qual supõe um lapso de tempo de vida extra-uterina, ou seja uma existência. Do "feto sem condições de vida extra-uterina" (segundo a Defesa) para "uma criança que desfrutava da chamada capacidade potencial de viver" estendem-se dois meses de gravidez que, para a Acusação tornam-se "meses de existência".

Para complicar mais um pouco a compreensão do papel do ECD, direto ou indireto, no processo penal de um crime que deixa vestígios aparentemente fáceis de serem constatados, descrevo a seguir os passos de um típico processo de aborto. Neste caso, a decisão final foi de impronúncia. (Processo 366/88, Pinheiros.)

Em São Paulo, em novembro de 1987, uma moça parda (ou branca? — a cor das acusadas varia muito através dos documentos de um mesmo processo) de 21 anos e solteira dá entrada no Hospital X com um sangramento, segundo ela, (ou com um aborto? segundo o que as enfermeiras dizem que ela

disse). As declarações são todas contraditórias. Ela é imediatamente removida para o Hospital Y, com o pretexto de que o seu médico particular aí trabalha. O Hospital Y notifica a Polícia, como é de praxe, para se eximir da responsabilidade de um eventual falecimento, de que a moça apresenta um quadro de "aborto infectado", pois teria provocado um aborto há mais de dez dias, com uma enfermeira.

Nas declarações feitas à Polícia Civil, surge a história de que ela tem um namorado/noivo, mas "vive com seus pais"; os pais dela tinham conhecimento da gravidez e a "apoiavam", "mesmo sendo solteira", mas ela acha que ela e o noivo têm incompatibilidade de sangue o que pode ter provocado o aborto espontaneamente. O namorado diz que "assumiria a paternidade" e se casaria com ela. Assim não havia por que abortar, não podia existir a intenção de cometer aquele crime.

Mais de um mês depois da ocorrência do aborto, foi feito o ECD Indireto, baseado portanto nos relatórios dos dois hospitais, que concluiu pela "ocorrência do abortamento mas sem a possibilidade de avaliar a causa do mesmo". Teria havido um aborto, mas seria impossível dizer que tivesse sido provocado. Mesmo assim, a Acusação, citando uma insinuação de um dos médicos de que uma enfermeira teria "praticado nela manobras abortivas", declarou o aborto voluntário demonstrado pelo laudo do ECD indireto e, consequentemente, denunciou a moça no art. 124 do CP.

Nas reinquirições da ré e das testemunhas no Poder Judiciário, tudo que foi dito anteriormente na Polícia é veementemente negado: a ré "nem sequer sabia da existência de gravidez", "se o abortamento aconteceu, foi coisa natural", o noivo "nunca soube dessa gravidez" e quando soube que houve

um aborto, “isso o chocou”; além disso, “depois dos fatos, ele praticamente não se encontrou com a acusada nunca mais”, a mãe também “teve uma grande surpresa” quando soube do aborto etc... Após examinar tudo isto, a Juíza contraria a interpretação do laudo feita pelo Promotor na sua denúncia, achando que esse laudo não prova nada e declara que: “...certo é que existe a probabilidade de que o aborto em tela tenha sido provocado, mas, para que seja proferida uma decisão de pronúncia, há que se ter absoluto conhecimento do crime (...) (e que embora os documentos) se refiram a ‘abortamento provocado’, *não têm o condão de afastar, por completo, a dúvida sobre a possível espontaneidade do abortamento em questão* (...), nem ao menos há nos autos, prova da gravidez da ré.” (grifos meus)

Ratificando a dúvida sobre a causa do aborto, contida no ECD indireto, e não o testemunho do pessoal hospitalar, a Juíza impronúncia a ré, ou seja não haverá Júri. O processo inteiro demorou dois anos.

Assim, apesar da reiterada afirmação de Juizes e Desembargadores de que o ECD é prova irrefutável e que somente na sua ausência deve-se dar fé aos indícios e à palavra das testemunhas, nem sempre é tido como tal e, dependendo do Juiz, haverá ou não “condão de se afastar a dúvida”.

Ainda a respeito dos flagrantes de “invasão de clínica clandestina”, nem sempre esses inquéritos policiais acabam arquivados. Um volumoso processo (813 folhas) desse tipo correu no foro de Santo Amaro (573/86) indo até a sentença de impronúncia do Juiz. Onze policiais militares invadiram um pequeno sobrado da Moema, a partir de uma denúncia anônima, e prenderam o médico, dois “auxiliares” e a paciente (menor de 21 anos, acompanhada da mãe) no meio da curetagem. O médico

em questão era “aborteiro” conhecido na praça, citado anteriormente em mais de 16 processos, portanto não era uma grande descoberta da Polícia. Ele acabava de se mudar para essa casa após ter tido um endereço fixo por mais de 15 anos na rua das Palmeiras. O Delegado, tomado de rigor processual forneceu um relatório final em 4 dias, e em um ano, o processo terminou. Mais uma vez tudo indicava que as provas eram contundentes, havia um flagrante de curetagem e um laudo de ECD indireto, acompanhado de exames histológicos, e uma gestante declarando: “... que há mais ou menos 03 horas, estava numa clínica para prática de aborto, quando houve interferência policial, não tendo possibilidade de dar continuidade ao procedimento. (...) posteriormente foram feitas duas intervenções cirúrgicas para esvaziamento uterino...”

Entretanto, o Juiz resolveu dar ouvidos às alegações finais do próprio Promotor alegando “a fragilidade da prova, já que as testemunhas não contrariam a versão dos acusados e nada trazem que comprove a existência do crime”, o qual estava visivelmente valorando positivamente o teor dos testemunhos. É preciso acrescentar que no decorrer daquele ano, o principal acusado, o médico, morreu. Não interessou à Justiça pronunciar a gestante, nem sequer a outra indiciada, a “auxiliar”, que “estava passando um pano no chão”, justamente durante a intervenção cirúrgica. Não se podia negar que tinha havido um aborto provocado com vontade da gestante, mas não houve neste caso, por parte da Acusação, uma intenção condenatória como houve no caso citado anteriormente para condenar uma gestante por crime de ocultação de cadáver. Pode-se alentar que houve até mesmo uma intenção absolutória. Sei que não é o promotor que condena, mas o fato de

não encontrar terreno para uma denúncia, naquelas circunstâncias, indica benevolência.

De suma importância para a prova da materialidade do crime de aborto, o ECD, tal como está concebido e realizado, ou seja tanto na concepção das respostas que ele deve oferecer, quanto pela maneira como está sendo feito: com atraso e desleixo, fornece o alibi do arquivamento do inquérito policial ou da futura impronúncia do Juiz.

Será que isto indica que há, por parte da Justiça, e, em oposição ao frenesi policial, uma certa falta de interesse em condenar o aborto consentido por uma gestante?

Assim, dependendo das circunstâncias e da disposição do promotor e do juiz em relação ao aborto, será dado maior ou menor peso ao laudo de ECD, à confissão da gestante e aos depoimentos das testemunhas: "Inexistindo ao tempo do exame de corpo de delito direto vestígios das manobras abortivas (...) o caráter criminoso do abortamento pode ser comprovado pela prova pessoal, não só testemunhal como, também, em crime de tal natureza, pela palavra dos co-réus..." (RT 609/321, julho de 1986)

Aos poucos, a leitura dos processos deixa claro que por ocasião do julgamento ocorre uma valoração, positiva ou negativa, das provas. Inspirada pela linguagem florida da pronúncia de um juiz, declarando que "abundam pormenores e saltam indícios veementes, das dobras do processo, sobre a participação..." etc. (Processo 644/72, Jabaquara), posso adiantar que das dobras de todos os processos que eu examinei bem como das RTs selecionadas, abundam pormenores e saltam indícios da existência de uma disposição íntima, de uma *intenção* pessoal dos atores do julgamento em relação ao crime de aborto. Mais do que

em lógica de Acusação ou de Defesa como é de praxe focalizar em análises de processos penais, acredito que para o crime de aborto não se pode falar em lógica-de, porque não há um uso sistemático de certas estratégias de juízo, mas sim de uma intenção de levá-lo ao Júri ou não.

Pronunciar sem prova cabal, impossível. Mas, existe mesmo essa prova cabal? Falar em intenção não significa considerar que impronunciar ou absolver sejam decisões tranqüilas. Afinal o aborto é crime, a lei existe, *dura lex sed lex*. Como eu já disse anteriormente, os membros do judiciário não são isentos de idéias preconcebidas em relação à questão do aborto e em relação ao que deva ser a sexualidade autônoma de uma mulher. Elas jorram das dobras dos processos, particularmente quando as provas não são contundentes.

Não se trata de dizer aqui que parte dos membros do judiciário faz uso sistemático de um estoque de preconceitos, mas de evidenciar uma conceitualização que eles fazem do que deva ser a posição do "todo social" como dizem alguns, da sociedade brasileira, em relação à sexualidade das mulheres. Quem julga em definitivo é o Júri Popular, representante do povo, o "juiz natural". Qual é a lógica julgatória dos juizes naturais? Daqueles que absolveram uma parteira, em 1972, quando a gestante era menor e sobreviveu? Daqueles que a absolveram novamente em 1981 por unanimidade quando a gestante morreu das seqüelas? Do júri que leva a mesma parteira, em 1983 (741/78) a cumprir 2 anos e 8 meses de reclusão em regime fechado, apesar de não ter provocado a morte da gestante, e embora esteja cumprido pena de um outro processo, envolvendo tóxicos? Há algo desconcertante nessas decisões.

Quanto às gestantes indiciadas, elas foram impronunciadas ou absolvidas,

em geral por unanimidade. Em todo caso, o que se pode dizer é que o Júri é pouco condenatório em relação ao crime de aborto, mesmo quando o agente provoca a morte da gestante.

Às vezes, o julgamento parece “ilógico” a ponto do próprio Desembargador estranhar: (*no caso em que*) “mantiveram os réus ardoroso e apaixonado romance (...) com precoce e indesejada fecundação (...) chamado à responsabilidade, esquivou-se o varão acenando para a presuntiva esterilidade. Sobreveio aborto em condições dramáticas (...) O que se não pode compreender é como pode o Júri, que condena uma jovem – sob pressão emocional, familiar e emocional em razão de maternidade sem chancela matrimonial – exonerar de culpabilidade precisamente aquele que, incapaz de assumir a responsabilidade, de honrar as juras escritas, era o vero e principal beneficiário dessa, para ele, incômoda paternidade”. (RT 538:335-337, agosto de 1980)

Embora não haja como encontrar alguma lógica geral dos Júris em si, já que cada Júri é diferente do outro, pode-se encontrar o que eu já indiquei como disposição íntima de quem julga, uma “intenção” seja condenatória, seja absolutória do aborto nas sentenças do Juiz, nas denúncias do Promotor e nas alegações da Defesa.

A *intenção condenatória* é muito explícita quando se acusa, por exemplo, uma parteira responsável pela morte de uma gestante. No seu recurso de cinco páginas destinado a enviar uma parteira para um novo Júri, diz o Promotor: “... abominável ré, mulher que ao longo de sua existência, apenas espargiu sobre as infelizes vítimas que num momento de desespero a procuravam, lágrimas e morte, ao mesmo tempo que interrompia a vinda ao mundo de promissoras crianças. E tudo isso por dinheiro, por

ganância, por deformação moral. (...) quando a ré iniciou viagem, infeliz e desumana, a vítima continuava viva, nos estertores da morte (...) “ficou, mais uma vez, que a costureira não tecia vestidos, nem de noiva e nem de crianças, mas na verdade, ‘descosturava’ as entranhas das mulheres, perfurando os seus úteros e intestinos e, por certo, iniciando a feitura de vulgar e tosco ataúde, como vulgar, tosco e abominável era o procedimento etc. (os grifos estão no próprio texto) (Processo 30/74, Jabaquara)

Ela é também presente na acusação de gestantes. Para um Desembargador: “... A gestante recorrente negando a autoria do crime diz ‘não ter agido com dolo, tanto que, desconhecendo sua gravidez, ingeriu a bebida conhecida por ‘queimada’ para apressar seu ciclo menstrual’ (...) no que tange à materialidade do crime (...) assinala-se que o exame de corpo de delito indireto (...) afirma a realidade do aborto precoce incompleto infectado...” (RT 582:340-341, abril de 1984).

“Aborto precoce incompleto infectado” não significa forçosamente que tenha sido um aborto provocado. Mesmo assim, além de fundamentar-se na mera expressão “aborto precoce”, o Desembargador menciona, ainda, a impressão de uma das testemunhas de que “a ré estava, na ocasião, com a barriga um pouco maior do que o normal, pormenor que não podia passar despercebido a uma mulher que já tivera dois filhos”, para sustentar a manutenção da pronúncia de uma gestante que negou o aborto. O peso da palavra da testemunha foi maior do que o da palavra da gestante e até do que o próprio laudo do ECD. Neste caso a intenção condenatória utiliza uma pequena citação do laudo e a combina com a observação de uma testemunha. Digamos que ela tem um fundamento “técnico”.

Há casos, entretanto, em que essa intenção parece meramente moralista. Diz a RT 597:326-327, de julho de 85, que a récorrente, mulher de 38 anos de idade, casada e mãe de três filhos, "confessou a sua gravidez resultante de relacionamento sexual fora do matrimônio e o seu gesto de, por meios próprios, pôr fim à gestação..." É pedida a impronúncia "por ter agido em legítima defesa putativa de sua honra e do direito de preservação de sua vida." Para o Desembargador: "... certa, assim, a pronúncia, o caso não era (...) de absolvição sumária, não se podendo admitir que a gravidez, fruto de relacionamento sexual extraconjugal consciente e voluntariamente buscado pela própria ré, importasse agressão à sua pessoa, de modo a justificar o aborto, à conta de legítima defesa putativa!".

A Defesa alegou o direito dessa mulher de preservar a sua vida matrimonial juntamente com o livre exercício de sua sexualidade, o que é inadmissível para o Desembargador: não há possível honra a defender, para uma mulher que busca voluntária e conscientemente um relacionamento sexual extraconjugal.

"Legítima defesa" haverá, entretanto, num outro caso, para o pai de Ivone que "elimina a tiro o sedutor da filha" e é absolvido, quando não havia sedução nenhuma já que Ivone se deixara "possuir várias vezes" por Rafael. Grávida, Ivone abortou, sendo absolvida sumariamente em primeira instância: "... (ela) foi internada na Santa Casa, tornando-se pública a triste realidade. O fato constituiu escândalo na cidade. Profundamente chocado (...) seu pai eliminou a tiro o sedutor da filha. Processado em Valença acabou absolvido (...) A situação vexatória e mesmo desonrosa que levou Ivone a libertar-se do produto da concepção não decorreu de caso fortuito ou acidente natural. (...) Poderia e devia ter previsto o advento do perigo,

mormente porque se deixou possuir várias vezes. Ciente da criminalidade do ato, colaborou para a morte do ser que gerara. Ainda que inspirada por motivo de valor moral, Ivone não merece a absolvição.(...) o número considerável de mães solteiras está a mostrar que o sacrifício do bem em perigo – fruto da fraqueza da ré – pode ser razoavelmente exigido. Aconselha a prudência que pelo menos o Júri se manifeste a respeito". (RT 466:335-336, agosto de 1974)

"Deixou-se possuir várias vezes", "fraqueza"..., são motivos suficientes para a punição de uma mulher, de uma filha. O homem que não é fraco, age, pega o seu revólver, atira, e mata. "Chocado", era natural que o pai "eliminasse" um sedutor que lhe tirara a honra de ter uma filha virgem. Será absolvido (por "legítima defesa de honra" provavelmente). A filha, moça "fraca" que cede ao desejo, "não merece absolvição", embora o Júri – que representa a sociedade – deva ter "prudência" no seu julgamento. Pois a sociedade não deseja um aumento das mães solteiras, um mal, contra o qual pode ser razoável exigir o sacrifício do produto da concepção, "o bem em perigo".

A intenção é declaradamente condenatória e veladamente absolutória. A ambigüidade impera. Houve crime? Sim. "Ciente da criminalidade do ato", a fraca Ivone, que se entregou várias vezes a Rafael, colaborou para a "morte do ser que gerara". A lei é explícita. Ivone deve ser condenada. Porém... Porém como admitir o crescimento deste mal social representado pelo aumento das mães solteiras? Ivone deve ser "corrigida".

Acredito que o Desembargador não tenha medido suas palavras, pois além da esfera processual, da questão do aborto, elas desenharam uma ordem do mal exclusivamente feminina: o crime é cometido por uma mulher, uma mulher

que fez sexo várias vezes, uma mulher que é fraca, uma ex-futura mãe solteira que poderia ter colocado um bem a perigo. Do sedutor não se fala mais, morreu. E o pai continua com a sua honra devidamente recuperada a tiro.

Como não falar em *intenção*, numa direção ou noutra, quando as declarações de ordem técnica são das mais contraditórias, como o demonstram trechos de dois acórdãos. No primeiro, ao julgar o recurso de uma parteira que não se conforma com a acusação de aborto, essa mulher "experiente no triste mister" diz ter "apenas medicado no sentido de regularizar o ciclo menstrual" da gestante, conclui o Desembargador: "Não importa que o laudo seja inseguro e impreciso, o que importa é que outros elementos provam a materialidade do crime." (RT 457:322-324, novembro de 1973).

No segundo, é dito exatamente o contrário: "não há falar em aborto sendo negativo o exame de corpo de delito. Não o suprem a confissão policial e o exame de corpo de delito indireto." (RT 594:330, abril de 1985)

Um ECD "inseguro e impreciso" poderá servir tanto de prova irrefutável como, ao contrário, ser transformado em "ECD negativo".

Quando a intenção é absolutória: "Assim decidem, porque a ré é moça solteira. Em seu namoro com S.C., engravidou-se. Daí enfrentou o namorado o casamento, e a ré, sem ânimo para enfrentar a família, levada ao desespero, submeteu-se ao aborto pela parteira L.S. indicada pelo médico S.A.B.N. (...) Ela somente não poderia obter vantagem alguma, senão esconder da família sua desdita. E, nesse transe, ficou ela sozinha, na sua infelicidade, no seu sofrimento. O médico sequer foi denunciado. A parteira faleceu. O namorado foi absolvido. Ela pronunciada. (...) Ora, (...) não se pode negar à gestante o

reconhecimento da excludente de um estado de necessidade, na dolorosa conjuntura em que se achou (...) Ademais, 'se os meios anticoncepcionais já são admitidos, não se compreende que o aborto também não o seja, pelo menos nos primeiros dias da concepção, como antes que o feto manifeste vida'. (...) levada a ré aos bancos do Tribunal do Júri aumentar-se-ia o seu triste sofrimento, dada a repercussão perante a sua família e a sociedade." (grifos meus) (RT 425:310-311, março de 1971)

Neste caso, longe de ser repreensível e sinal de fraqueza de quem não resiste à luxúria, ser moça solteira, sozinha, é um dos elementos que desenham o estado de necessidade a ser reconhecido pelos jurados. Esse acórdão, que data de 1971, antes do aparecimento dos argumentos feministas no cenário público, estabelece até uma relação entre a atitude contraceptiva e o aborto precoce. Não se pode negar aí a intenção absolutória.

No processo 64/76, Jabaquara, a Defesa instruiu a gestante indiciada na mesma linha. No seu interrogatório no Júri, Maria Eloina declara que: "... já era mãe solteira (...) que tinha uma filhinha de um ano e pouco (...) foi levada a praticar o aborto por ter sido engravidada por um rapaz que não quis assumir nenhuma responsabilidade (...) que fora ameaçada de ser despedida desse seu emprego (...) e porque tinha necessidade de ganhar para sustentar-se e a filha Ana Paula foi que desesperada procurou pela Dra. Lucinda consentindo no aborto..."

Sensíveis, "os senhores jurados por unanimidade de votos reconheceram ter a ré agido sob o agasalho de estado de necessidade" conforme consta do termo de votação.

Essa intenção absolutória, entretanto, não parece reconhecer às mulheres o

direito de opção, o direito de decidir sobre o rumo de suas vidas e sobre o exercício de sua sexualidade. Em muitos casos ela reduz as mulheres a miseráveis vítimas dos homens, da vida, e do azar. Em outros, ela explora as falhas processuais ou até mesmo os mistérios da fisiologia feminina.

Por exemplo, Isabel foi denunciada por ter abortado com uma sonda. Pronunciada, ela recorreu, o Desembargador, então, argue: "Houve aborto? Estava a recorrente grávida? Não se sabe, com certeza. *Faltou-lhe a menstruação e ela se supôs grávida.* Procurou um farmacêutico e uma "abortadeira". Orientada, adquiriu uma sonda e a introduziu no conduto vaginal. Sofreu hemorragia. Sentiu-se mal e foi parar na Santa Casa local. *Não há certeza de que haja realmente abortado. Aliás, nem se sabe, ao certo, se estava grávida.* Não se fez diagnóstico de gravidez. A cessação das regras não é prova segura dela (...) Não se realizou ECD (...) O que está provado são as manobras abortivas, mas o aborto não. A mulher supôs-se grávida e, tentando provocar o aborto, lesou-se. *É possível que estivesse tentando o impossível.* Não se pode arredar a hipótese de putatividade da gravidez (...) Onde o "corpus delicti"? *Inexiste.*" (grifos meus) (RT 556:339-340, fevereiro de 1982)

O Tribunal rendeu-se e determinou a despronúncia da ré.

Num outro caso, uma gestante, mãe de 9 filhos, sofreu todo tipo de lesões e passou três meses no hospital "por conta da inexperiência da parteira". Foi indiciada assim mesmo. A Defesa, com a melhor das intenções, faz da ré uma ignorante, dizendo: "...a ré é também pessoa de mais elevado espírito altruístico (...) conquanto já tivesse nove filhos (...) ainda tem um filho adotivo que cria com a mesma dedicação (...) como

poderia alguém cuja bondade atinge as raízes do sacrifício de criar como seu filho um ser nascido de outro ventre (...) Não se pode intuir uma confissão; pois as palavras adquirem valor de acordo com o grau de instrução de quem as usa (...) A ré (...) mercê de sua pouca instrução emprega como sinônimas as expressões: "abortar" e "evitar filhos" desconhecendo as diferenças conceituais que entre elas existem..." (Processo 419/72, Jabaquara)

Sacrificada, como deve ser uma mulher cujo amor de mãe aceita como seu o filho de outro ventre, e ignorante. Uma dupla de adjetivos que a nossa cultura não raro associa à figura da mulher, especialmente quando é pobre.

Enfim o trecho de uma Defesa com intenção absolutória que entretanto reforça alguns preconceitos a respeito do Norte subdesenvolvido, da pobreza e da ignorância que perturbam o ambiente familiar e até tiram a consciência, tornando o ser humano praticamente um animal: "... devido às condições sociais em que vivia, foi submetida à prática de *conjunção carnal no Norte do País* quando tinha a idade de 14 anos (...) a ré não possuindo orientação alguma, foi envolvida por conversas de terceiros (...) verificamos que a ré, face ao seu nível cultural, social, ambiente familiar, não estava em condições psicológicas para tomar uma decisão consciente para os seus atos (...) " (Grifos meus, Processo 741/78, Jabaquara)

Apesar de sua ilegalidade, o aborto é uma prática amplamente difundida e a sociedade brasileira tem plena consciência disso. Todos nós temos consciência desse dualismo. Essa experiência cotidiana da ambivalência é coletiva e impregna também a Justiça: dividida entre intenções (condenatória ou absolutória) dificilmente consegue provar a materialidade e a autoria desse delito.

Por sua vez, o fato dos Júris não punirem as acusadas não significa que sejam favoráveis às mulheres. A sociedade que abriga ao mesmo tempo um judiciário ambivalente em relação ao aborto, tanto nas intenções condenatória e absolutória dos seus membros, como nas decisões de júris pouco propensos a condenar, e mulheres que enfrentam sistematicamente o desrespeito de sua cidadania e o desprezo para com seu corpo reprodutor, está mostrando alguns dos seus problemas.

No debate público aberto sobre a questão do aborto, há uma demanda de descriminalização que não parece ser ouvida, ao contrário de manifestações de médicos que amparam sentenças de juízes *contra legem*, no sentido de se ampliar os atuais permissivos da lei de aborto, para anomalias fetais.

Entre o final da minha análise dos processos, em meados de 1993, e hoje, houve mudanças significativas na Justiça em relação ao aborto. Segundo levantamento do médico geneticista Marcos Frigério, citado em artigo da *Folha de S. Paulo* de 01.12.1996, "a Justiça concedeu pelo menos 350 alvarás para mulheres cujos diagnósticos médicos apontavam alguma anomalia fetal, permitindo a elas interromper a gravidez." Segundo a mesma fonte haveria mais de 100 alvarás concedidos no Rio de Janeiro, 90 em São Paulo, outros pelo resto do Brasil. O primeiro alvará foi concedido em Londrina em 1992 no caso de um feto portador de anencefalia (ausência de cérebro) portanto uma anomalia grave, mas a notícia só chegou ao grande público no ano seguinte. O juiz inovador, Miguel Kfoury Neto, entretanto, avança com muita prudência nessa matéria fazendo uma distinção entre anomalias fetais "com comprometimento grave da qualidade de vida" e outras como a síndrome de Down, por exemplo, que não é considerada como tal.

Essas sentenças *contra legem*, evidenciam um início de consenso entre promotores e juizes de que graves anomalias fetais são motivo suficiente para que os pais tomem essa decisão delicada e possam encontrar uma solução "não criminosas". O permissivo legal para o aborto em caso de anomalias fetais não existe na lei atual, mas vem sendo incluído na prática. Só para exemplificar o quanto é modesta a ousadia dessas sentenças, elas autorizam o aborto em casos de anencefalia, malformação que impede a vida do recém nascido além de algumas horas fora do útero materno. Não vou discutir se a anencefalia é mais grave do que a síndrome de Down ou não, pois a discussão do que é insuportável para uma sociedade ultrapassa de muito os limites desse trabalho. Num país onde é *suportável* que homens e mulheres, porque são pobres e/ou negros, sejam espancados pela polícia sem presunção do menor delito, onde o pau de arara é recurso comum de interrogatório policial, e onde a legítima defesa de honra absolve assassinos, a discussão sobre o "suportável" será longa. Mas ela já foi aberta, pois é nítida a tendência da sociedade em aceitar a introdução de mais um permissivo no texto da lei atual - alargando também um limite daquilo que a sociedade pode suportar - adiando forçosamente a descriminalização completa do aborto e indicando um caminho adaptativo do Judiciário às injunções da sociedade.

Em todo caso, a conceituação dos juizes (cidadãos que crescem e vivem em determinado ambiente socio-cultural) a respeito da qualidade de vida merece um amplo debate sobre o que a nossa sociedade entende por isto.

Não é de hoje que datam as dúvidas a respeito da criminalização do aborto. Elas existem há muito tempo entre os profissionais do Judiciário. Na sua tese

de mestrado em Direito Penal datada de 1979, Matilde J. Hojda²⁸ já propunha que fosse permitido “à mulher abortar nos casos mais prementes” e que a “outorga da autorização à mulher para abortar ficaria condicionada a um tempo de gravidez não muito dilatado.” E concluía dizendo: “A nosso ver poderá o aborto ser condenado sob o ponto de vista moral, assim como ocorre no incesto, sem contudo ser apenado pela lei quando as razões da mulher forem maiores do que sua natural aversão a ele.”

O escândalo do aborto criminalizado tal como tratado na instância da Justiça não é apenas o fato em si, mas é a banalização com a qual são tratadas experiências humanas profundamente dolorosas, experiências vivenciadas por mulheres que querem decidir sobre suas vidas e, portanto sobre seus corpos reprodutores. Para a freira Ivone Gebara, vivemos numa “sociedade abortiva”²⁹, embora – retomo as palavras de uma Defesa citada anteriormente – haja hoje, de Norte a Sul do País, muitas meninas de 14 anos e mulheres com plenas “condições psicológicas para tomar uma decisão consciente para os seus atos.” Seria interessante que tivessem também condições legais e culturais para que a “conjunção carnal” fosse conjunção e não submissão.

Mulheres capazes de decisões conscientes estão no movimento de mulheres mobilizadas para que os Executivos estaduais e municipais ofereçam serviços de saúde que atendam os casos de abortos ditos “legais” ou seja interrupções de gravidez conseqüente de estupro. A discussão recente deste tema promoveu novamente uma verborragia

pública sobre o que é a vida, quando começa, quando acaba, se embrião é feto, se feto é criança, se é decisão do casal, se é decisão da mulher ou se deve fazer-se um plebiscito. Discussão que será provavelmente ampliada nos próximos anos por conta da evolução da assistência à reprodução humana, da biotecnologia e das manipulações da matéria viva.

Anteriormente, na *Folha de S. Paulo* de 23.12.1995, rápidas declarações do então arcebispo de São Paulo acenaram em direção à muito eventual possibilidade de uma intervenção *contragestiva*, uma lavagem pós-coito, naquele momento misterioso em que não há nem gestação, nem atraso de regras, um *incognito* propício para a resolução do *différend*.

O polilogo público sobre o aborto traz à tona, sem que seja sempre claramente expresso, *um tecido de concepções sobre o que é um embrião como futura pessoa humana*, a partir das quais são constituídas as cadeias de argumentação a favor ou contra a autorização do aborto. Autores franceses utilizam a distinção entre duas concepções do ser humano, a *ontologia substancialista* e a *ontologia relacional holista* a propósito da definição de “embrião”. Para a primeira, ligada à tradição cristã, há no embrião presença da pessoa humana, enquanto que para a segunda, numa perspectiva kantiana de pessoa como ser dotado de razão, só há presença da pessoa com um ser humano nascido vivo.

As vozes anti-descriminalização do aborto constituem a sua oposição baseada na defesa da vida do embrião, porque consideram o embrião a partir de sua concepção, o próprio zigoto, como *pessoa humana real*, sujeito de direitos. A defesa da vida humana é um princípio fundador da nossa sociedade, há que ser respeitado. Não há contra-argumento

(28) *Aborto: liberação ou restrição*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

(29) Entrevista dada à *Veja*, 06.10.1993.

realmente convincente. Há o contra-argumento tentativo, digamos, da “qualidade” dessa vida humana, tanto para a mãe como para o embrião, que está apenas começando a ser discutido à luz das decisões *contra-legem* que apontam a necessidade de se admitir mais um permissivo para o aborto caridoso.

As vozes a favor da descriminalização do aborto consideram que o embrião é uma pessoa humana potencial e localizam no início da evolução do zigoto uma diferença no “direito a direitos”, considerando que nessa fase ele é totalmente dependente da gestante, esta sim uma pessoa humana viva, que existe, e é realmente sujeita de direitos.

O que está claro quando se observa a história recente do Brasil é que tanto os direitos como a cidadania são conceitos e práticas em construção e transformação permanentes. Nesse sentido, a cidadania caracteriza antes de mais nada a pessoa que tem o direito de ter direitos como já o dizia Hannah Arendt, direitos que vão sendo negociados no decorrer das lutas políticas que são a essência da prática da democracia.

De um lado, as mulheres brasileiras conquistaram *um espaço público de cidadania* no sentido de um *locus* político onde elas questionam a legitimidade dos direitos humanos ao reivindicar seja um alargamento desses direitos seja a sua reinterpretação como no caso dos direitos reprodutivos. Do outro, na esfera do privado, apesar das mudanças notáveis, reinam ainda direitos naturais e não aqueles da cidadania moderna. Por isso, parece que o reconhecimento de um indivíduo mulher, cidadã dotada de um corpo feminino tendo o direito de exigir direitos reprodutivos seria aparentemente o primeiro passo que permitiria reestruturar a ordem de gênero graças ao reconhecimento de igualdade das liberdades no campo da reprodução. Esse reconhecimento não signifi-

ca que o *différend* do aborto venha a ser resolvido com rapidez. Ora, o aborto é um problema grave para a maioria das mulheres brasileiras e deve encontrar uma solução capaz de abolir a desigual ilegalidade à qual eu me referia no início do artigo, capaz de remediar à experiência coletiva de ilegalidade tolerada e capaz de promover uma ampla reflexão de ordem bioética.

Em busca da tolerância da diferença, apresento a seguir algumas observações sobre a experiência jurisprudencial francesa a respeito do aborto, porque me pareceu instigante neste momento do nosso debate público.

De 1810 até 1975, na França, vigorou uma lei proibitiva do aborto muito parecida com a nossa prevendo penalidades e multas tanto para quem fizesse ou consentido ao aborto. Essa lei continua existindo. *O aborto não foi descriminalizado*. Em 1975, no auge das demandas feministas, a lei foi simplesmente *suspensa por 5 anos* enquanto um novo projeto fosse regulamentado. Em nenhum momento falou-se em revogar a lei. Em 1979, ela foi votada, “renovada”, reafirmando que ela “garante o respeito de qualquer ser humano desde o começo da vida. Não se pode infringir esse princípio *a não ser em caso de necessidade e nas condições definidas pela presente lei*”. Ela continua portanto considerando o aborto uma conduta punível mas autorizando a interrupção voluntária da gravidez “nas condições previstas pelo art. L.162-12 do Código de saúde pública, *antes da décima semana, por um médico, num estabelecimento hospitalar público ou num estabelecimento hospitalar privado* satisfazendo aos dispositivos do art. L.176 do Código de saúde pública”.³⁰ O

(30) Sobre a discussão francesa, ver: Forum Diderot (1996), *L'embryon humain est-il humain?*. Paris, PUF. As citações que

primeiro dos artigos que compõem o Código de saúde pública e que foram integrados à lei enuncia: "*A mulher grávida que o seu estado coloca numa situação de profunda aflição (détresse)* pode pedir ao seu médico a interrupção de sua gravidez (...)"

A exposição de motivos em defesa da nova lei frisou que a existência da lei proibitiva não impedia as mulheres de abortarem e que esse desrespeito acarretava uma tripla desordem: de ordem política, já que a lei é negada; de ordem social por causa dos riscos ligados à prática clandestina; de ordem moral pois a situação de ilegalidade abrigava excessos de todo tipo. Não foi concedido nenhum direito específico, particularmente nenhum direito que exigisse uma prestação ao sujeito do direito; "trata-se de uma tolerância", concessão que requereu uma construção jurídica *sui generis*. Há uma garantia de proteção do ser humano desde o começo da vida (e não da concepção) o que o define portador de direitos humanos e, a seguir, há uma longa exceção à regra proibitiva por causa de uma "necessidade" social. Criou-se uma nova figura de ré: ao declarar a intenção de interromper a sua gravidez, a gestante se declara culpada, porém sem nenhuma condição de ser indiciada conquanto respeite as regras da desobediência!

Pode-se dizer que houve de fato uma regulamentação da lei de proibição do aborto criando um permissivo único que controla a "desobediência", ou seja, a demanda de aborto. O controle se efetua de fato a partir do momento em que a gestante se declara em estado de "profunda aflição". Estado que autoriza os

próprios médicos a considerar não apenas o mal mas o paciente que o apresenta.

O que interessa sobremaneira salientar é que essa construção jurídica por esdrúxula que possa parecer mostrou-se adequada à realidade cultural e política da época, possibilitando a *todas* as mulheres francesas o acesso ao aborto seguro gratuito, o qual com o desenvolvimento da bioquímica é raramente um procedimento cirúrgico e se aproxima muito mais de uma *contragestação*, pela simples ingestão de uma pílula de hormônio. Essa construção jurídica permitiu o respeito da pluralidade social. O princípio do respeito da vida humana foi reafirmado, os direitos humanos também, o aborto não ficou sendo considerado um contraceptivo mal, algo que não é aconselhável, além de vir acompanhado de um verdadeiro programa de saúde pública. A liberdade reprodutiva de *todas* mulheres francesas está garantida há 22 anos, época em que não existiam os direitos reprodutivos e sem que fosse necessário redefinir os direitos humanos.

A experiência americana que, dois anos antes da França, declarou o aborto um direito constitucional, foi radicalmente diferente. O Supremo Tribunal americano chegou à conclusão de que o direito ao aborto durante os três primeiros meses de gravidez não podia ser negado sob qualquer alegação, invocando a emenda constitucional que estabelece que a vida, a liberdade e a propriedade não podem ser tiradas sem o devido processo legal. Ora, muitas liberdades têm sido tiradas nos Estados Unidos sem o devido processo legal! Entretanto, naquele momento, em 1973, a sociedade americana, nas palavras do juiz da Suprema Corte americana, louvou no direito de abortar durante os três primeiros meses de gravidez: "*o direito de definir seu próprio conceito de*

seguem pertencem a essa pequena coletânea. Outras considerações podem ser encontradas em Novaes, Simone B. e Salem, Tânia. (1995), "*Recontextualizando o embrião*", *Revista Estudos Feministas*, 3(1):65-88.

existência, de significado do universo e do mistério da vida humana" (citado numa matéria de *The Economist*, do início de 1997).

Sociedades e culturas diferentes, sistemas jurídicos diferentes, soluções diferentes porém convergentes. No Brasil, a instituição mais apropriada para instituir e respeitar os limites da cidadania, a Justiça, deveria conscientizar-se de que as mulheres não são "menores-civis" que precisam ser protegidas, nem "menores-morais" que precisam ser corrigidas. Devem ser tratadas como cidadãs de corpo inteiro e ter condições de construir sua individuação política como qualquer outra minoria política. Sabemos que nossa sociedade foi consti-

tuída por uma ordem autoritária em que há uma tendência permanente à descaracterização do cidadão em *mandado*: vítima, menor, um "outro" cuja responsabilidade não se completa nunca. Mesmo sabendo, é difícil entender esse processo em que estamos imersos, porque os valores culturais impregnam o conjunto da sociedade estruturada por classe, gênero e raça. Mulheres de classes e cores diferentes defendem eventualmente os mesmos valores e visam os mesmos ideais do que outras mulheres e do que homens. Entretanto e ao mesmo tempo, no dia a dia, na prática da cidadania, elas e eles gozam de privilégios diferenciados e sofrem abusos diferenciados. É o caso do aborto.

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO*

JOSÉ EDUARDO FARIA

Entre as inúmeras conseqüências das novas formas de organização econômica capitalista, da transnacionalização dos mercados, da mobilidade quase ilimitada alcançada pela circulação dos capitais e da compressão do tempo e do espaço, graças ao avanço da informática, das telecomunicações e dos transportes, duas estão afetando profundamente o universo do direito positivo. Por causa delas, suas normas vêm gradativamente perdendo a capacidade de ordenar, moldar e conformar a sociedade. E seus mecanismos processuais também já não conseguem exercer de maneira eficaz seu papel de absorver tensões, dirimir conflitos, administrar disputas e neutralizar a violência.

Uma dessas conseqüências é o aumento na velocidade do processo de diferenciação sócio-econômica. Cada vez mais os sistemas técnico-científicos, produtivos, financeiros e comerciais se especializam e se subdividem continuamente com base em novas especializações. E, ao atuar em áreas crescentemente específicas, eles tendem a produzir suas próprias regras, seus próprios procedimentos, suas próprias racionalidades e

suas próprias concepções de justiça. Essa tendência dos diferentes sistemas à autonomia, por sua vez, amplia extraordinariamente a complexidade do sistema jurídico. Dificulta o trabalho de produção normativa por parte do legislador. E ainda leva o direito por ele editado a ter sua efetividade condicionada à aceitação de suas prescrições justamente pelos distintos sistemas que deveria disciplinar, enquadrar, regular e controlar, pondo assim em xeque a centralidade dos poderes públicos. Posta a questão de outro modo, se a autonomia é, por definição, *auto-regulação*, como é possível a efetividade do direito positivo, enquanto *regulação externa* dos sistemas?

A outra conseqüência, surgida na dinâmica da reestruturação industrial, da reordenação dos espaços econômicos e das novas formas organizacionais do capitalismo globalizado, é a fragmentação da produção. Ela é particularmente importante porque, no âmbito da nova divisão internacional do trabalho, o acirramento da competição levou empresas e conglomerados a extrair todas as vantagens possíveis da localização. Graças à substituição das enormes e rígidas plantas industriais de caráter fordista-taylorista por plantas mais leves, enxutas, flexíveis e multifuncionais, eles podem distribuir entre distintas cidades, regiões, nações e continentes as diferentes fases de fabricação de seus bens. Essa facilidade de transferir suas plantas industriais lhes dá um extraordinário poder para barganhar o lugar de

(*) José Eduardo Faria é autor de *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, *Direito e justiça* e *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Este trabalho foi apresentado no seminário "Crisis política, criminalización de la vida pública y autonomía judicial", promovido pela Escuela del Poder Judicial de Espanha e realizado em La Coruña, entre 21 e 23 de julho de 1997.

sua instalação com as diferentes instâncias dos poderes públicos de qualquer Estado, em troca de incentivos, isenções, empréstimos com juros subsidiados, infraestrutura a custo zero e adaptação das legislações tributária, trabalhista, previdenciária, ambiental e urbanística às suas necessidades e interesses. Com isso, as disputas para atrair investimentos diretos muitas vezes acabam ganhando contornos selvagens e predatórios, em termos de renúncia, pelos poderes públicos, de parte de sua autonomia decisória e de sua soberania fiscal.

Diante do policentrismo que hoje caracteriza a economia globalizada, pondo em xeque os três princípios básicos da soberania (a supremacia, a indivisibilidade e a unidade do Estado-nação), o direito positivo e suas instituições enfrentam enormes limitações estruturais. Uma delas é a redução de uma parte significativa de sua jurisdição. Como foram concebidos para atuar dentro de limites territoriais precisos, com base nos instrumentos de violência monopolizados pelo Estado, seu alcance tende a diminuir na mesma proporção em que as barreiras geográficas vão sendo superadas tanto pela expansão das tecnologias de informação e produção, das redes de comunicação e dos sistemas de transportes quanto pela justaposição e intercruzamento de novos centros de poder. E quanto maior é a velocidade desse processo, mais o direito positivo e os tribunais tendem a ser atravessados no seu papel garantidor de controle da legalidade por justiça e normatividades paralelas. As emergentes nos espaços infra-estatais, surgidas das necessidades reais de diferentes setores sociais cujos interesses não encontram a acolhida necessária nas instituições jurídico-judiciais formais. E as que têm sido forjadas nos espaços supra-estatais, fortemente condicionadas

pelos processos de harmonização legislativa, unificação normativa e disciplinamento organizacional inerentes ao fenômeno da globalização econômica e às experiências de integração regional.

No primeiro caso, por exemplo, estão florescendo os mais variados procedimentos negociais e mecanismos para-estatais de resolução de conflitos, sob a forma de mediação, conciliação, arbitragem, auto-composição de interesses e autoresolução de divergências e até mesmo da imposição da lei do mais forte nas áreas periféricas inexpugnáveis controladas pelo crime organizado e pelo narcotráfico. Já no segundo caso vão sendo ampliados, aperfeiçoados e adensados, em progressão geométrica, os mecanismos reguladores e controladores dos mais diversos organismos multilaterais, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, a Organização Mundial do Comércio, o Banco para Compensações Internacionais ou a União Européia, o Nafta, o Mercosul, etc. Paralelamente, e de modo igualmente veloz, também vão se expandindo o direito dos contratos internacionais (a assim chamada nova *Lex Mercatória*) e a normatividade auto-produzida por conglomerados empresariais, por instituições financeiras e por redes de comercialização de bens e serviços para disciplinar suas atividades.

Atualmente, pelo menos 1/3 das atividades das 37 mil empresas transnacionais atuantes na economia globalizada, por meio de 200 mil firmas e subsidiárias (Latouche, 1996), é realizado por elas próprias, o que faz do comércio intra-firmas uma importante fonte autônoma de princípios, regras e procedimentos jurídicos, ou seja, de produção privada de direitos. Dito de outro modo, as relações contratuais entre essas empresas constituem uma forma de organização privada da produção, da comercialização e da distribuição, esta-

belecendo situações de poder desiguais e de dependência, com uma lógica de subordinação, domínio, solidariedade e cooperação. São relações contratuais contínuas, que se prolongam no tempo e que forjam usos, costumes, obrigações de lealdade e hierarquias informais. Com seus esquemas de coerção disciplinar e controle operacional assegurando sua coesão funcional, essa organização privada da produção, da comercialização e da produção encerra assim mecanismos difusos e relacionais de poder, ramificados pro-formas locais e regionais que se materializam nas práticas organizacionais das empresas com atuação transnacional, ultrapassando os limites das normas e procedimentos do ordenamento jurídico dos Estados-nação.

Outra limitação estrutural do direito positivo e suas instituições diz respeito à incompatibilidade entre seu perfil arquitetônico e a crescente complexidade do mundo contemporâneo. Suas normas tradicionalmente padronizadoras, editadas com base nos princípios da impessoalidade, da generalidade, da abstração e do rigor semântico e organizadas sob a forma de um sistema lógico fechado, hierarquizado, coerente e postulado como isento de lacunas e antinomias, são singelas demais para dar conta de uma pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais diferenciadas. Seu formalismo excessivo impede a visão da complexidade sócio-econômica e da crescente singularidade dos conflitos. Seus princípios gerais, suas regras e seus procedimentos já não conseguem regular e disciplinar, guardando a devida coerência sistêmica, fatos multifacetados e heterogêneos. No entanto, como o Estado não pode deixá-los sem algum tipo de controle, ele se vê obrigado a editar normas *ad hoc* para casos altamente específicos e singulares. E quanto mais sua produção normativa caminha

nessa linha, mais o direito positivo se expande de maneira confusa e desordenada. As micro-racionalidades surgidas com essa expansão caótica revelam-se incapazes de convergir em direção a uma racionalidade macro, de tal modo que, numa situação-limite de "hiperjuridicização" ou "sobrejuridificação" (Verrechtlichung), o direito positivo já não conta mais com uma hierarquia de normas e leis minimamente articulada e com princípios integradores compatíveis entre si. Deste modo, face à sua pretensão de abarcar uma intrincada e contraditória pluralidade de interesses, disciplinar comportamentos altamente particularísticos e balizar a ação de uma enorme multiplicidade de operadores e atores jurídicos, ela acaba perdendo sua organicidade programática, sua racionalidade sistêmica, sua força diretiva — numa palavra, sua efetividade.

Diante da integração dos sistemas produtivo e financeiro em escala mundial, do enfraquecimento da capacidade de controle e intervenção sobre os fluxos internacionais de capitais pelos bancos centrais, da porosidade entre poderes locais, regionais e supra-nacionais e interesses empresariais, da crescente autonomia de setores econômicos funcionalmente diferenciados e especializados e da interpenetração da política internacional com a política doméstica, o Estado hoje se encontra diante de um impasse (Willke, 1986; e Teubner, 1987). Por um lado, já não consegue mais regular a sociedade e a economia exclusivamente por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais e de suas soluções homogêneas. Com as intrincadas tramas e entrelaçamentos promovidos pelos diferentes setores sócio-econômicos no âmbito dos mercados transnacionalizados e com o advento de situações novas e não padronizáveis pelos paradigmas jurídicos vigentes, o direito positivo e suas instituições judi-

ciais têm um alcance cada vez mais reduzido e uma operacionalidade cada vez mais limitada. Por outro lado, sem condições de assegurar uma eficaz regulação direta e centralizadora das situações sociais e econômicas, pressionado pela multiplicação das fontes materiais de direito, perdendo progressivamente o controle da coerência sistêmica de suas leis ao substituir normas abstratas, genéricas e impessoais por normas particularizantes, específicas e “finalísticas” e ainda tendo seu ordenamento submetido a uma competição com outros ordenamentos, o Estado atinge os limites de sua soberania político-jurídica.

A consciência desse impasse, por legisladores e governantes, os tem levado a rever sua política legislativa, procurando cada vez mais desvincular o Estado de suas funções reguladoras da economia. Para reformular a estrutura do direito positivo e redimensionar o campo de ação de suas instituições judiciais, eles estão recorrendo a amplas e ambiciosas estratégias de descentralização, desformalização, deslegalização e desconstitucionalização, implementadas paralelamente à promoção da ruptura dos monopólios estatais, alienação de empresas públicas, privatização de serviços essenciais, abdicação do poder de interferência na fixação de preços, salários e de limites nas contratações trabalhistas e nas condições de trabalho e cortes nos gastos sociais. Essa estratégia tem sido justificada, entre outros fatores, por uma espécie de cálculo de custo/benefício. Sem ter como ampliar a complexidade estrutural de seu ordenamento jurídico e a complexidade organizacional de seu aparato judicial ao nível equivalente de complexidade e diferenciação funcional dos diferentes sistemas sócio-econômicos, legisladores e dirigentes passam a agir numa linha basicamente pragmática. Afinal, se quan-

to mais tentam controlar, disciplinar e intervir menos conseguem ser eficazes, obter resultados satisfatórios, manter a coerência lógica e assegurar a organicidade de seu direito positivo, não lhes resta outro caminho para preservar sua autoridade funcional: quanto menos procurarem controlar, disciplinar e intervir, menor será o risco de acabarem desmoralizados pela inefetividade de seu instrumental regulatório e de seus mecanismos de controle.

As conseqüências desse processo de descentralização, desformalização, deslegalização e desconstitucionalização têm sido contraditórias. Por um lado, a desregulamentação em alguns setores — como no plano sócio-econômico, por exemplo — vem sendo promovida paralelamente ao aumento da regulamentação em outros — como na esfera penal. Muitas vezes, além disso, os projetos de desregulamentação também exigem, como condição básica de sua implementação, uma produção legislativa específica e altamente minudente (Santos, 1994). Por outro lado, longe de conduzir a um vazio jurídico ou a um vácuo normativo, a desformalização, a deslegalização e a desconstitucionalização têm aberto caminho para uma intrincada articulação de sistemas e subsistemas sócio-econômicos internos e externos. Uma parte significativa do direito positivo do Estado, nesse sentido, hoje vem sendo “internacionalizada” pela expansão da normatividade auto-produzida pelos conglomerados empresariais e pelo sistema financeiro e por suas relações intersticiais com as inúmeras regras e procedimentos emanados dos diferentes organismos multilaterais. Outra parte, por sua vez, vem sendo minada pela força constitutiva de determinadas situações criadas pelos detentores do poder econômico e pelas novas fontes de autoridade a ele vinculadas. E, como conseqüência, está sendo substi-

tuída pelo veloz crescimento do número de normas paralelas, no plano infra-nacional, na medida em que cada corporação empresarial e as cadeias produtivas em que estão inseridas tendem a criar as regras de que precisa e a jurisdicizar suas respectivas áreas e espaços de atuação segundo suas conveniências. Desta maneira, a desregulamentação e a deslegalização ao nível do Estado nada mais são do que uma outra forma de regulamentação e legalização. Trata-se, falando curto e grosso, de uma *re-regulamentação* e a *relegalização* ao nível dos próprios sistemas sócio-econômicos (Chevalier, 1987; e Santos, 1995); mais precisamente, ao nível das organizações privadas capazes de efetuar investimentos produtivos, de criar empregos, de gerar receita tributária, etc.

Nesse cenário esboçado em termos muito resumidos, o que resta do direito positivo forjado com base nos princípios da coerência, da previsibilidade, da certeza e da segurança? Depois dos conhecidos processos de "publicização do direito privado" e subsequente "administrativização do direito público", ocorridos no âmbito do Welfare State entre o final dos anos 40 e início dos anos 70, o que se tem a partir da década de 80 é um ordenamento jurídico fragmentado, sem unidade conceitual, lógica e programática, incapaz de conter e prover a solução de todos os problemas jurídicos. Na medida em que muitos desses problemas são equacionados por normatividades paralelas, o ordenamento jurídico estatal perde sua centralidade e, acima de tudo, sua exclusividade. Ele deixa de ser o vértice do sistema normativo, para se converter em parte de um poli-sistema. A exemplo do próprio Estado, que nesse cenário vai deixando de ser um ator unitário para se converter num marco a mais, entre tantos outros nas negociações políticas e econômicas,

esse andamento é constituído como mais um sistema normativo, entre vários outros igualmente válidos. Esse ordenamento se destaca por sua legislação basicamente "descodificada", formada pela multiplicação de leis especiais sobre matérias específicas nos planos cível, comercial, econômico, tributário, fiscal, administrativo, previdenciário, trabalhista, de segurança social, etc. Expressando-se sob a forma de normas de organização, normas de conduta, normas programáticas, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, essas leis especiais, inter cruzando-se continuamente, terminam produzindo inúmeros micro-sistemas e distintas cadeias normativas no âmbito do direito positivo.

Assumindo assim a forma de *redes*, esses inúmeros micro-sistemas legais e essas distintas cadeias normativas se caracterizam pela extrema multiplicidade e heterogeneidade de suas regras e mecanismos processuais; pela evidente provisoriedade e mutabilidade de suas engrenagens normativas; pelo acolhimento de uma pluralidade de pretensões contraditórias e, na maioria das vezes, excludentes; pela geração de conflitos e discussões extremamente complexas, em matéria de hermenêutica, exigindo dos intérpretes conhecimentos técnicos não só no âmbito do direito, mas, igualmente, no plano da economia, da contabilidade, das ciências atuariais, da tecnologia, etc. Num ordenamento jurídico com tais características, por isso mesmo, os tradicionais conceitos de "bem comum", de "interesses gerais e universais" e de "fim social" das leis já não conseguem mais exercer o papel de "princípios totalizadores" destinados a compor, integrar e harmonizar interesses específicos. Por causa de seu forte potencial comunicativo e persuasivo, esses conceitos podem até continuar preservados simbólica e retoricamente nos textos legais, sobrevivendo aos

avassaladores processos de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização. Contudo, não têm mais o mesmo peso ideológico e funcional detido à época do advento do Estado constitucional, da democracia representativa e das modernas declarações de direitos.

Que futuro poderá ter esse tipo de ordenamento jurídico? Se levarmos em conta que estes últimos anos registraram mudanças profundas na concepção arquitetônica dos sistemas legais, na quantidade e na complexidade das regulações normativas, na natureza e no alcance dos conflitos sócio-econômicos, nas estruturas, no conteúdo e nos objetivos dos códigos e das leis, no volume de informações sobre o direito e na velocidade de sua circulação e, por fim, nas próprias categorias epistemológicas das diferentes teorias jurídicas, seria irresponsável tentar oferecer uma resposta objetiva, firme e precisa para essa indagação. O máximo que se pode fazer, e assim mesmo com a devida prudência e, evidentemente, sob o risco de avaliações precipitadas, é identificar oito importantes tendências e levantar um problema.

A primeira tendência é de ampliação da incompatibilidade entre o tempo da legislação processual civil e penal e o tempo do processo decisório no âmbito dos mercados transnacionalizados. Com o desenvolvimento da informática, a revolução da micro-eletrônica e o avanço das telecomunicações, esse processo decisório é cada vez mais instantâneo. Ou seja, o tempo prevalecente na economia globalizada não respeita fusos horários. É o tempo real, o tempo da simultaneidade. A legislação processual civil ou penal, no entanto, continua sendo basicamente regida pelo tempo diferido, isto é, por etapas que se articulam de maneira sucessiva, por fases que se sucedem cronologicamente. Daí

a propensão dos agentes econômicos — conglomerados, bancos, seguradoras, etc. — a evitar os tribunais na resolução dos conflitos, optando por mecanismos mais ágeis e dinâmicos, como a arbitragem.

Decorrente da anterior, a segunda tendência diz respeito à expansão hegemônica dos padrões legais anglo-saxônicos. Sua rapidez, seu pragmatismo e sua flexibilidade cada vez mais tem sido contrapostos às normas e aos procedimentos altamente atualizados dos modelos franco-românicos, considerados pouco objetivos, lentos e incompatíveis com os imperativos da globalização. Fundados nos valores da eficiência, produtividade, competitividade e acumulação, como já se viu, esses imperativos simplesmente desqualificam o formalismo justificado por estes últimos modelos em nome da “garantia do processo” e da “segurança do direito”. Iniciativa desta tendência é a abertura de linhas de financiamento, pelo Banco Mundial e pelo BID, para a reforma dos sistemas jurídico e judicial de países periféricos e semi-periféricos cujo direito não está vinculado aos padrões anglo-saxônicos.

A terceira é a da progressiva redução do grau de coercibilidade do direito positivo. Com os processos de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização e com a superposição de novas esferas de poder, muitas das normas que restam já não mais se destacam por seu *enforcement*, ou seja, por sua capacidade de atuar como um comando incontestado. Elas se caracterizam, justamente, por sua baixa “imperatividade”; pela abdicação das soluções heterogêneas; pela renúncia a qualquer “função promocional”. Na medida em que abandonam a pretensão de promover uma regulação direta, limitando-se a estabelecer premissas para decisões, a estimular negociações e entendimentos e a viabilizar soluções

adaptáveis para cada situação específica, essas normas introduzem no ordenamento jurídico uma flexibilidade desconhecida pelos padrões legais pre-
valescentes desde o advento do Estado moderno. Elas não estabelecem *a priori* as regras do jogo nem asseguram determinadas garantias fundamentais (papel básico da Constituição no âmbito do Estado liberal). E também não impõem a obtenção compulsória de determinados resultados (papel básico do direito social e econômico no Estado intervencionista). São normas que substituem as tradicionais racionalidades formal e material por uma racionalidade nova, de caráter meramente procedimental, aspirando, apenas e tão somente, uma regulação indireta; são normas que, reconhecendo a autonomia decisória de sistemas sociais econômicos diferenciados e auto-regulados, procuram apenas promover uma articulação entre eles. Sua baixa imperatividade, contudo, não deve ser entendida como ausência de coercibilidade na organização para as relações sociais. Na maioria das vezes, essas normas procedimentais implicam uma sutil, inteligente e eficaz estratégia de reforço dos controles social pelo recurso, por exemplo, a mecanismos policiais, privados, sob a forma de vigilância, retenção de documentos, fechamento de espaços públicos, etc.

A quarta tendência é da “reprivatização” do direito. Após a extraordinária expansão do direito público e de suas normas controladoras, reguladoras e diretivas, culminando nas “constituições-dirigentes” tão em voga nas décadas de 60 e 70, o que agora se vê com os processos de descentralização, desformalização, desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização é um movimento de retorno ao direito civil. Mas, como já foi entreaberto na primeira tendência, com uma diferença significativa. Dada a substituição da tutela

governamental pela livre negociação e a subsequente expansão das relações contratuais entre redes de empresas e cadeias produtivas, esse ressurgimento tem ocorrido, basicamente, à margem do Estado. Enquanto o direito civil posterior à Revolução Francesa surgiu no bojo de um processo de eliminação dos particularismos locais, de força crescente do poder nacional nas sociedades em modernização, de expansão da economia monetária, de afirmação de obrigações gerais com validade universal e de institucionalização da propriedade, da autonomia da vontade e da igualdade formal (Bendix, 1977), o direito civil deste final de século está surgindo na dinâmica de um processo de transnacionalização dos mercados, de transferência de riqueza, de concentração dos capitais financeiros e esvaziamento da capacidade de autodeterminação política dos Estados.

Vinculada à anterior, a quinta tendência é de enfraquecimento progressivo do Direito do Trabalho, enquanto conjunto de normas e procedimentos forjado a partir de conquistas históricas na dinâmica de expansão do capital industrial com a finalidade de circunscrever, controlar e dirimir os conflitos laborais. Seu alcance e sua estrutura têm sido profundamente afetados pela volatilidade e mobilidade dos capitais e pelas mudanças ocupacionais e organizacionais subjacentes ao fenômeno da globalização econômica. Com a crescente informatização das linhas de produção, o avanço da terceirização e o advento de novos modos de inserção no mundo do trabalho, a mão-de-obra progressivamente se desloca para o setor de serviços e a idéia de “emprego industrial” subjacente à legislação trabalhista entra em crise. Como o setor de serviços se caracteriza pela flexibilidade operativa e pelos diferentes critérios de aferição de produtividade, ele tende a exigir

formas mais maleáveis de contratação e formalização das relações trabalhistas do que as vigentes no âmbito do setor industrial. Essa combinação entre flexibilidade operativa, heterogeneidade das estruturas de emprego no setor terciário e despadronização nas formas jurídicas de contratação trabalhista atinge a essência da legislação laboral. Na medida em que se multiplicam os contratos a termo, a subcontratação, o trabalho a domicílio e formas novas de remuneração com base na produtividade, levando o antigo trabalhador com carteira assinada a assumir a figura jurídica de micro-“empresário”, a proteção assegurada aos “hipossuficientes” é esvaziada pela livre negociação entre partes formalmente “iguais”. Deste modo, quanto mais os contratos de locação de serviços moldados na melhor tradição do direito privado tomam o espaço anteriormente ocupado pelas normas padronizadoras da legislação laboral, mais o Direito do Trabalho tende a se desfigurar e a se “civilizar”, ou seja, mais se confunde e se funde com o Direito Privado.

A sexta tendência é a de uma transformação paradigmática no conteúdo programático do Direito Internacional. Embora formalmente continue sendo produzido pelos Estados-Nação, sob a forma de acordos, convenções e tratados, com o fenômeno da transnacionalização dos mercados suas normas cada vez mais vão sendo interpenetradas pela *Lex Mercatoria* e pelo *Direito da Produção*. Como consequência, o caráter público do Direito Internacional acaba sendo progressivamente relativizado ou mesmo desfigurado, na medida em que muitos de seus dispositivos atendem e tutelam interesses específicos, de natureza privada, revestidos da forma pública. Paralelamente, as experiências de integração regional vão abrindo caminho para o surgimento de um sistema normativo novo, autônomo, distinto e

superior às ordens jurídicas dos Estados – o *Direito Comunitário*. Ao contrário do Direito Internacional Público, formalmente resultante de negociações intergovernamentais, voltado à coordenação das soberanias e baseado na regra do consentimento, o *Direito Comunitário* se expande com o surgimento e adensamento das zonas de preferência tarifária, zonas de livre comércio, união aduaneira e união monetária. Ao servir de base legal para a institucionalização de “mercados comuns”, onde circulam livremente bens, serviços, capitais e pessoais, esse direito tem como uma de suas características fundamentais a supranacionalidade. Além de seus efeitos especificamente econômicos, o *Direito Comunitário*, que não se confunde nem com o direito interno dos Estados-nação nem com o Direito Internacional Público convencional, tem igualmente profundas implicações políticas e sociais. Forjado a partir das necessidades dos processos de constituição de mercados comuns e blocos econômicos, o *Direito Comunitário* tende a ser muito mais complexo, flexível, maleável e aberto do que o direito interno e o Direito Internacional.

A sétima tendência é de aumento no ritmo de regressão dos direitos sociais e dos direitos humanos. Como estes últimos nasceram contra o Estado, para coibir sua interferência arbitrária na esfera individual, e como as garantias fundamentais somente conseguem ser instrumentalizadas de modo eficaz por meio do próprio poder público, do ponto de vista jurídico-positivo os direitos humanos correm o risco de acabar sendo enfraquecidos na mesma proporção e velocidade em que esse poder for comprometido pela relativização da soberania do Estado. O mesmo acontece com os direitos sociais (Santos, 1995). Concebidos para se concretizar basicamente por meio de políticas governamentais de

caráter distributivo, eles também têm sido mortalmente atingidos pelos processos de desformalização, desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, pela abdicação de determinadas funções públicas do Estado mediante o avanço dos programas de privatização e pelo crescente condicionamento de todas as esferas da vida pelo valores e regras do mercado. Os princípios básicos inerentes aos direitos humanos e sociais – liberdade, dignidade, igualdade e solidariedade, por exemplo – estão levando a pior na colisão frontal com os imperativos categóricos da economia globalizada, como a produtividade e a competitividade levadas ao extremo. Com isso, os “excluídos” no plano econômico convertem-se também nos “sem-direitos” no plano jurídico, não mais parecendo como portadores de direitos subjetivos públicos.

Associada à anterior, na medida em que os “sem-direito” jamais são dispensados das obrigações e responsabilidades estabelecidas pela ordem jurídica, a oitava tendência é a de uma transformação paradigmática do direito penal. Como a produtividade na economia globalizada vem sendo obtida às custas da degradação salarial, da rotatividade no emprego, do aviltamento das relações trabalhistas, da informatização da produção e do subsequente fechamento dos postos convencionais de trabalho, a sinergia entre a marginalidade econômica e a marginalidade social tem levado o Estado a reformular seus esquemas de controle e prevenção dos delitos e a incorporar no âmbito das políticas penais problemas e situações criadas pela deslegalização e desconstitucionalização dos direitos sociais e pela ausência de políticas distributivas e compensatórias. Criminalizando esses problemas e essas situações, cada vez mais ele amplia o caráter repressivo de suas normas penais, desconsiderando os fatores políti-

cos, sócio-econômicos e culturais inerentes nos comportamentos por elas definidos como transgressores. O objetivo é torná-las mais abrangentes e severas para, quase sempre sob o pretexto de ampliar a eficiência no combate ao crime organizado, ao narcotráfico, às fraudes financeiras, ao terrorismo e às operações de lavagem de dinheiro obtido ilicitamente, disseminar o medo e o conformismo no seu público-alvo – os excluídos (Adorno, 1996). Por isso, enquanto nos demais ramos do direito positivo vive-se um período de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, no direito penal se verifica a definição de novos tipos de delito; a criminalização de várias atividades e comportamentos em inúmeros setores da vida social; a relativização dos princípios da legalidade e da tipicidade, mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente indeterminados, vagos e ambíguos, ampliando extraordinariamente a discricionariedade das autoridades policiais e com isso lhes permitindo invadir esferas de responsabilidade do Judiciário; e, por fim, a redução de determinadas garantias processuais, mediante, por exemplo, a inversão do ônus da prova, passando-se a considerar culpado quem não provar sua inocência.

Quanto à dúvida acima mencionada, ela diz respeito ao alcance do pluralismo jurídico aqui descrito de modo bastante esquemático. Com o estilhecimento dos espaços políticos e sociais anteriormente unidos pelos mecanismos coercitivos das instituições estatais, a redução do tamanho e do alcance do direito positivo, a paralela expansão do Direito Internacional, a emergência do Direito da Integração Regional ou “Comunitário”, o ressurgimento da *Lex Mercatoria*, a proliferação de normas técnicas produzidas por organismos

multilaterais e a normatividade auto-produzida em guetos quarto-mundializados, como a hoje vigente nos morros do Rio de Janeiro, nas favelas de Lima ou na periferia miserável de Bogotá, a ordem jurídica contemporânea encontra-se inexoravelmente fragmentada em diferentes sistemas normativos independentes e, por vezes, colidentes entre si? Ou, pelo contrário, existe entre eles a possibilidade de algum tipo de sincronia? Neste caso, como ocorre o enlace ou engate entre eles? Pondo-se a questão em outros termos, esses sistemas são autônomos em termos absolutos, cada um sendo eficaz no espaço que é capaz de jurisdicionar e regular? Ou será possível esperar o aparecimento de um "direito dos direitos", com normas de reconhecimento, mudança e adjudicação capazes de promover algum tipo de ligação lógica e sistêmica entre eles? Neste caso, em que termos podem ser formulados princípios jurídicos capazes de assegurar um mínimo de coerência a esse cenário de pluralismo normativo?

Diante dessas indagações, o problema é saber se podemos continuar agindo e pensando com base nos paradigmas prevaletentes nos cursos jurídicos. As crescentes dificuldades para acompanhar a evolução da complexidade social, econômica, política e cultural e as próprias mudanças dos sistemas legais induzem a uma resposta negativa. Todavia, isto nos conduz a uma outra

discussão tão complexa e escorregadia como a aqui travada.

Bibliografia

- ADORNO, Sérgio. *A gestão urbana do medo e da insegurança: violência, crime e Justiça Penal na sociedade brasileira contemporânea*, São Paulo, FFLCH/USP, tese de livre-docência, (1996).
- BENDIX, Reinhard. *Nation-Building and Citizenship: studies of our changing social order*, Berkeley, University of California Press, (1977).
- CHEVALIER, Jacques. *Les enjeux de la dérèglementation*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, vol. 103, n. 2, (1987).
- LATOUCHE, Serge. *A Ocidentalização do Mundo: ensaio sobre a significação, o alcance e os limites da uniformização planetária*, Petrópolis, Vozes, (1996).
- SANTOS, Boaventura. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, Porto, Afrontamento, (1994).
- SANTOS, Boaventura. *Toward a New Common Sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*, London/New York, Routledge, (1995).
- TEUBNER, Gunther. *Juridification of Social Spheres: a comparative analysis in the areas of labour, corporate, antitrust and Social Welfare Law*, Berlim, Walter de Gruyter, (1987).
- WILLKE, Helmut. *The tragedy of the State: prolegomena to a theory of State in polycentric society*, in *ARSP-Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Stuttgart, vol. LXXXII, (1986).

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

NOÇÕES DE LEGITIMIDADE NA LUTA PELA TERRA: UM CASO NA PARAÍBA

MARCELO GOMES JUSTO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Três aspectos do caso Fazenda Gurugi II: 2.1 A luta pela posse da terra; 2.2 A luta pela permanência na terra; 2.3 A luta pela justiça – 3. Direitos tradicionais e costumeiros – 4. Uma classe para si – 5. A classe em luta pelo acesso à justiça – 6. Últimas considerações – 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A questão a ser tratada aqui é a da legitimidade sobre a posse da terra entre os camponeses no Brasil, que se desenvolve nas problemáticas dos direitos tradicionais, das classes sociais e do acesso à justiça.

Antes de apresentar o caso que procuro interpretar e analisar, devo expor a premissa da discussão aqui proposta. Na luta pela terra na fazenda Gurugi, município de Conde/PB, pode ser vista uma capacidade de resistência baseada em noções de legitimidade. Para o historiador inglês Edward Palmer Thompson é possível detectar nas ações da multidão inglesa do século XVIII noções legitimadoras. “Por noção de legitimidade quero dizer que homens e mulheres na multidão foram informados pela crença de que eles estavam defendendo direitos tradicionais ou costumes; e, em geral, eles eram suportados por um largo consenso da comunidade” (Thompson, 1993: 188)¹. O que era

legítimo e ilegítimo nas práticas mercantis da época se baseava numa visão tradicional das normas e obrigações sociais. Isto constituía a economia moral do pobre, segundo o historiador inglês.

Para desenvolver a argumentação proposta faz-se necessário traçar paralelos entre as noções de legitimidade nas falas de camponeses da zona da mata paraibana com as discussões teóricas e descritivas de Thompson. A luta desses trabalhadores rurais dá-se em três aspectos: pelos direitos à posse da terra, de permanência nela e de justiça criminal.

2. Três aspectos do caso fazenda Gurugi II²

2.1 A luta pela posse da terra

A fazenda Gurugi II pertence ao município de Conde, vizinho ao sul de

rights or customs; and, in general, that they were supported by the wider consensus of the community”

(1) Essa citação é uma tradução literal do original em inglês: “By the notion of legitimization I mean that the men and women in the crowd were informed by the belief that they were defending traditional

(2) A seguinte descrição baseia-se em: relato da CPT (Comissão Pastoral da Terra), processo penal (N. 401/89 – Fórum de Alhandra/PB) sobre a morte de Zé de Lela, entrevistas com moradores de Gurugi rea-

João Pessoa/PB. Os moradores do local, cerca de 70 famílias, são agricultores que ali vivem há pelo menos quatro gerações, sendo que quase todos nasceram lá.

Eles sofreram uma ameaça de expulsão em 1981 quando o proprietário pretendia cercar as terras para criação de gado. A partir daí, os moradores começaram a sofrer uma série de ameaças por parte de capangas do proprietário. O cotidiano deles foi transformado porque tiveram que incorporar as convocações à delegacia para responderem a ações de despejo. Os anos seguintes foram marcados por essa nova rotina que incluía idas aos órgãos de justiça. Em 1985, seis moradores receberam ordem de despejo e, em seguida, outros foram intimados a depor na justiça por estarem colhendo coco sem autorização do proprietário (Moreira, 1997: 95-96).

Os agricultores de Gurugi II, até o início do conflito, viviam como "moradores de condição"; isto é, em troca de poderem morar e trabalhar na terra pagavam a "condição": um dia por semana de trabalho na área do proprietário (Moreira, 1997: 88). Com a ameaça de expulsão, deixaram de pagar a condição e resistiram para permanecer onde nasceram. Eles lutaram pela desapropriação da fazenda.

O processo de desapropriação foi encaminhado em abril de 1986, resultando num aumento do número de agricultores vindos de cidades vizinhas. Um conhecido administrador da fazenda, Zezinho³ - que não nasceu no Gurugi mas morava lá - e o proprietário

incentivaram a vinda de "rendeiros"⁴ para a região, que passaram a disputar as terras com os antigos moradores.

A luta pela terra teve um grau de organização que levou os moradores a se reunirem todas as semanas e a fundarem a Associação dos Moradores de Gurugi II, em novembro de 1987⁵. As reuniões, que ocorriam à noite, tiveram que ser mudadas para a luz do dia porque seus participantes foram ameaçados à bala por uma das pessoas ligadas ao administrador. Por sua vez, este administrador da fazenda juntamente com os novos rendeiros também registraram uma associação, a Associação Comunitária dos Trabalhadores Rurais de Gurugi, em agosto de 1988. Esta segunda associação tentou se beneficiar da luta dos antigos moradores e reivindicar áreas com a desapropriação.

Em 19.04.1988, os antigos moradores ocuparam a sede da superintendência regional do INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) em João Pessoa, para pressionarem a desapropriação da fazenda Gurugi II. Neste mesmo dia, um agricultor nascido em Gurugi teve que depor na polícia, acusado de roubar mangas de uma das pessoas trazidas por Zezinho, no caso era D. Maria Lúcia. No seu depoimento, o acusado disse que as mangas pertenciam a todos os moradores que nasceram lá e que a Maria Lúcia morava no local havia apenas três anos (Moreira, 1997: 97). Três dias depois, quando os

lizadas em janeiro de 98 e em Moreira (1997). A pesquisa integra projeto de dissertação de mestrado na Geografia/USP, com ligação ao Núcleo de Estudos da Violência/USP.

(3) Os nomes que não estão completos ao longo do texto são fictícios.

(4) No universo do campesinato aparecem categorias, como rendeiro, meeiro, posseiro, grileiro, que são complexas e remetem a um debate com a literatura especializada e com os termos regionais utilizados pelos entrevistados. A princípio, rendeiro é o lavrador que paga a renda ao proprietário da terra em troca de poder trabalhar nela.

(5) Esta associação possui registro de estatuto publicado em *Diário Oficial* em 05.12.1987.

antigos moradores continuavam acampados no INCRA, foi assinada a desapropriação. Porém, o mandado de posse só foi emitido após dois anos e duas mortes, em 15.06.1990. Com a desapropriação os moradores ficaram com 593 hectares.

Após, Zezinho aliciou mais agricultores de municípios vizinhos para se beneficiarem com terras. Os antigos moradores sentiram-se ameaçados com esse momentâneo fortalecimento do lado do ex-administrador e pediram ao Secretário de Segurança Estadual garantias de vida. Isto se deu em setembro de 1988, seis meses após a assinatura da desapropriação.

Os fatos se sucederam até ocorrer a primeira morte dessa disputa pela terra. O roçado de um morador foi destruído, em 26.12.1988, pelo ex-administrador junto com "capangas". No dia seguinte, o governador do Estado, Tarcísio Burity, chegou até o local para observar o estrago e prometeu enviar a polícia para a segurança. Na manhã de 27.12.1988, a casa de reunião dos antigos moradores foi destruída por Lino, tido como capanga do ex-proprietário, juntamente com sua família, que eram moradores da fazenda vizinha, Gurugi I. No dia 29 de dezembro, à noite, o agricultor de Gurugi II e militante das Comunidades Eclesiais de Base (CEBs) e do Partido dos Trabalhadores (PT), José Francisco Avelino, conhecido localmente por Zé de Lela, foi assassinado na porta de sua casa quando conversava com sua mulher. Os acusados foram o administrador da fazenda, Zezinho, e o capanga, Lino. Eles foram indiciados em inquérito policial, tiveram a prisão preventiva decretada, mas ficaram foragidos. Em 1992, foram pronunciados (isto é, o juiz os condenou a ir a júri) e em 1993 o Tribunal do Júri absolveu Lino, em uma sessão na qual o juiz proibiu a população de se aproximar por mais de 500 metros do

Fórum. Zezinho não chegou a ser julgado porque continuou foragido.

No período de um mês após o assassinato, um vereador do PT denunciou o fato de o ex-administrador da fazenda, Zezinho, ser protegido do candidato à Prefeitura de Conde. Como as terras são próximas ao litoral, havia um interesse destes dois pelo investimento imobiliário no local.

Três meses depois da morte de Zé de Lela, cerca de 70 trabalhadores rurais foram protestar em frente ao Fórum de Alhandra, a comarca mais próxima, pedindo a prisão do administrador da fazenda que estava foragido. O tio deste jogou sua caminhonete por três vezes sobre os manifestantes e em seguida atirou contra eles. Resultado: 23 feridos, sendo que Severina Rodrigues da Silva, conhecida como Dona Bila, em consequência dos ferimentos, veio a falecer no hospital. O juiz simplesmente fechou as portas do Fórum e chamou a polícia. Esta chegou quando todos já haviam ido. Mais de mil pessoas participaram do enterro de D. Bila. O homicida foi denunciado, preso e, em 28.02.1992, condenado a prisão pelo Tribunal do Júri.

Em junho de 1989, os agricultores de Conde, que participavam de várias lutas por desapropriação, como em Gurugi I e II, Barra de Gramame e fazenda Mucatu, fundaram o Sindicato dos Trabalhadores Rurais (STR) de Conde, filiado à CUT (Central Única dos Trabalhadores). Com essas lutas, o STR aparecia como uma necessidade, uma vez que o sindicato em João Pessoa já não os representava mais. O grupo ligado ao antigo proprietário, como Zezinho e rendeiros trazidos por este, também formaram um sindicato chamado Sindicato dos Trabalhadores na Agricultura de Conde, registrado em agosto de 1989.

A organização do movimento camponês da zona da mata paraibana manifestou-se também com a assessoria jurídica da SAMOPS (Sociedade de Apoio ao Movimento Popular e Sindical), entidade composta de advogados contratados pelos trabalhadores rurais e pela CPT (Comissão Pastoral da Terra). Segundo depoimentos dos moradores de Gurugi, o advogado da SAMOPS que os acompanhava na manifestação quando ocorreu a morte de D. Bila teve um revólver apontado no cabeça pelo mesmo homem que matou esta lavradora.

2.2 A luta pela permanência na terra

Conforme observações *in loco*⁶, a luta hoje no Gurugi II é para que cada família tenha suas áreas de trabalho e de moradia demarcadas com um título de propriedade individual. Pois, até o presente, a demarcação dos lotes pelo INCRA não foi concluída. Funcionários deste instituto alegam que houve erro na medição e que há um problema no local: os irmãos de um dos réus acusados da morte de Zé de Lela, Zezinho, trabalham num sítio dentro do Gurugi e por isso têm direito a indenizações para assim saírem da área. A demarcação, então, está parada.

Para os membros da Associação de Moradores do Gurugi II, a outra associação – Associação Comunitária dos Trabalhadores Rurais de Gurugi, que representa a família de Zezinho, não possui nenhuma legitimidade. O INCRA, durante a gestão do último superintendente, também não reconheceu a legitimidade desta não lhe concedendo nenhum empréstimo⁷. Porém, o órgão

público reconhece o lado legal desta associação e lhe ofereceu a indenização pelas benfeitorias numa quantia que não foi aceita.

Numa reunião da associação dos moradores de Gurugi II, de janeiro de 1998, apareceu mais uma vez o problema com as pessoas da outra associação. Uma das presentes, Liana, reclamou com o presidente porque ele pedia que respeitassem a propriedade de Maria Lúcia, que foi morar no Gurugi após ter começado o conflito e faz parte da associação ligada ao Zezinho. (Um trecho dessa reunião será reproduzido mais a frente).

A luta pela permanência na terra passa também por negociações com o governo para se conseguir empréstimos. Um desse empréstimos é o do PROCERA (Programa de Crédito Especial para Reforma Agrária), que financia projetos agropecuários coletivos ou individuais, outro é o projeto de custeio destinado a cada produtor agrícola com sua família para plantio de culturas temporárias e que deve ter uma porcentagem paga após um ano. Esse dinheiro vem com um monitoramento de técnicos contratados pelo INCRA.

2.3 A luta pela justiça

Outra questão na ordem do dia para os moradores de Gurugi é a presença no local do acusado do homicídio de Zé de Lela, o ex-administrador da fazenda. Ele voltou a morar no local pois teve sua prisão preventiva revogada em 1997. Os antigos moradores de Gurugi não aceitam sua presença no local e começaram, novamente, a exigir sua prisão.

⁽⁶⁾ Trabalho de campo realizado de dezembro de 1997 a janeiro de 1998.

⁽⁷⁾ O presidente da Associação Comunitária dos Trabalhadores Rurais do Gurugi, mos-

trou-me ofícios encaminhados ao INCRA reclamando discriminação sofrida em relação a empréstimos.

3. Direitos tradicionais e costumeiros⁸

Há a possibilidade de se encontrar um conteúdo moral na luta dos moradores de Gurugi. Utilizando depoimentos de moradores no processo penal da morte de Zé de Lela e de entrevistas com eles, procurarei aplicar a análise da noção de legitimidade ao tratar do conflito. Para isso é preciso tomar alguns cuidados. É possível fazer aproximações entre o trabalho de Thompson sobre a cultura popular inglesa do século XVIII e a luta pela terra no Brasil de hoje? O que entra em jogo aqui é o cuidado com as possibilidades de aplicação de conceitos externos na realidade brasileira, levando-se em conta o potencial descritivo e analítico dos mesmos.

A questão para Thompson, ao observar a multidão do século XVIII, era reconstruir uma cultura popular baseada no costume, transmitida oralmente e diferente da cultura educada: a cultura plebéia é a cultura do povo e serve de defesa contra a intromissão de outros agentes sociais, como a *gentry* (pessoas imediatamente abaixo da nobreza) e o clero. Esta cultura apresenta, assim, meios de auto-regulação.

A cultura popular (da multidão, do povo) inglesa no século XVIII apresenta um paradoxo: ser uma cultura tradicional e não estar sujeita ao domínio de poderosos. A rebeldia dessa cultura

conservadora é em defesa dos costumes, assim ela resiste às racionalizações econômicas. Essa cultura possui motivações não econômicas, que o autor denomina de "economia moral". (Thompson, 1979: 45-6).

O autor prossegue escrevendo que a cultura da multidão inglesa era uma cultura com características comuns às culturas tradicionais, como o peso das definições consuetudinárias, a sabedoria e os comportamentos passados pelas gerações. No caso da multidão do século XVIII, havia uma transmissão de comportamentos ritualizados e de formas de protesto.

Vê-se em Gurugi elementos da "economia moral" quando os moradores se referem à propriedade e ao trabalho. A principal noção de propriedade presente entre os moradores de Gurugi é a de algo transmitido através do tempo. A propriedade da terra lhes é dada por gerações sucessivas. Pode-se observar isso na seguinte fala⁹:

Aurélio, "nascido e criado" no Gurugi, 44 anos: "o proprietário daqui, de Gurugi II, falava em soltar gado. Então a gente se mobilizou e não deixamos ele soltar gado. Se ele soltar gado como nós vamos continuar plantando? (...) A gente estava no mutirão e vieram o capanga do proprietário junto com a polícia. Aí, a polícia vai ver o quê, esse povo está trabalhando. Aí eu falei: deixa a polícia vir que eles vão pegar no cabo da enxada, nós vamos fazer eles trabalharem, plantarem maniva. (...) Veio um camburão de polícia. Nós dissemos: 'doutor, o senhor veio ver o quê?' Ele respondeu: 'é que deram parte de vocês,

⁽⁸⁾ O direito costumeiro é tomado aqui no sentido do código que é transmitido oralmente às sucessivas gerações. No entanto, sabe-se que no Código Civil Brasileiro há também a incorporação de elementos tradicionais, como o usucapião. O mesmo ocorre com a Constituição que reconhece os costumes e tradições dos índios (art. 231) e concede a propriedade de imóvel rural ou urbano por usucapião, após cinco anos ininterruptos e sem contestação (art. 191).

⁽⁹⁾ Os depoimentos estão gravados em fitas cassete, resultados do trabalho de campo de janeiro de 1998. Nas transcrições procurou-se manter a proximidade com o original, modificando-se apenas as partes que dificultavam o entendimento das falas.

que vocês estariam invadindo uma área que não é de vocês não'. Nós, moradores, dizíamos que essa terra aqui é nossa (...) essa terra é nossa e o proprietário não vai ter inais nada, quem vai tomar conta da terra somos nós. Nós é que somos donos, que somos *filho natural da terra, nosso bisavô é nascido e criado aqui dentro, nossos avô é nascido e criado aqui dentro, a mãe da gente é criada, nascida e criada, o pai também e nós também somos nascidos e criados aqui dentro, nós somos filhos naturais da terra*. E daí, a gente não vai abrir para ninguém. A polícia disse: 'é, a gente com vocês não vamos poder não, a gente vai voltar'. (...) Com oito dias, veio outro grupo dar parte da gente. (...) Foi um grupo para a delegacia. O delegado veio pegando no braço de (...), aí eu güento na mão dele. Então, um soldado me falou: 'venha você também, negro'. Quando ele pegou na minha mão eu juntei os braços dele. Ele disse: 'é assim é, negão?' Eu disse: 'não, você leva preso um bandido, um ladrão, um assassino, (...) mas um trabalhador vocês não leva não. Porque nós tamo aqui para manter nós e nossa família, não tamo roubando não'".

Na fala acima, a noção de legitimidade da posse da terra remete a um direito ancestral, dado pela longevidade da posse. Isto foi um motivo para lutarem pela terra. É comum ouvir deles depoimentos em que as pessoas não aceitam ameaças de expulsão porque são "nascidas e criadas" naquelas terras. Nota-se também nessa fala a recorrência a uma ética do trabalho: eles têm o direito à terra por trabalharem nela e não podem ser presos por estarem trabalhando. Há assim, de certa forma, entre os moradores de Gurugi II noções de uma moral em comum. O direito à terra dado pela longevidade legitima a posse dos moradores nascidos em Gurugi em oposição aos rendeiros que vieram

de fora. A ética do trabalho na terra opõe-se aos interesses, assim, não legítimos do proprietário em querer ocupar o espaço com a criação de gado.

Thompson mostra que no caso do povo da Inglaterra do século XVIII não foi implantada uma subordinação da qual eles seriam incapazes de se livrar. Neste sentido aquela cultura, assim como a desses camponeses do Brasil contemporâneo, tem elementos anti-autoritários (Thompson, 1979: 56-58).

4. Uma classe para si

No caso de Gurugi, esse viés anti-autoritário foi direcionado no sentido da luta pela permanência na terra, ao longo da qual o grupo adquiriu a noção de pertencimento a uma classe. Não vamos aqui mostrar a formação de uma classe pelas suas bases de produção material, mas sim como um grupo que se constitui pelo conflito, um grupo que luta porque reconhece pela tradição os seus direitos. Cabe, então, duas apropriações: primeira, a da existência, apontada pelo sociólogo José de Sousa Martins, de uma contradição no direito de propriedade brasileiro que afeta a classe camponesa e, segunda, a definição de classe trabalhada por Thompson.

Quais são as demarcações empíricas e analíticas do conceito de classe associado ao movimento camponês brasileiro? Martins refaz a história do movimento camponês no Brasil e diz que, com a Lei de Terras de 1850, surge no país um novo camponês, o posseiro. Segundo o autor, as palavras "camponês" e "campesinato" foram introduzidas, via importação política, para dar conta das lutas dos trabalhadores rurais a partir dos anos 50 e conferir unidade a esses movimentos.

O campesinato brasileiro constitui-se como classe ao ocupar a terra e, quando

expulso, com frequência retornar, mesmo que não seja para a mesma terra. É um campesinato constituído como fruto das contradições da expansão capitalista.

“Por isso, todas as ações e lutas camponesas recebem do capital, de imediato, reações de classe: agressões e violências, ou tentativas de aliciamento, de acomodação, de subordinação. O direito de propriedade que, afinal de contas, o camponês invoca judicialmente para resistir às tentativas de expropriação é o mesmo direito que o capitalista invoca para expropriar o camponês (e não um direito institucionalmente diferente, como o da propriedade comunal). É das contradições desse direito, que serve a duas formas de propriedade privada – a familiar e a capitalista – que nascem as interpretações distintas sobre a terra camponesa e a terra capitalista, terra de trabalho e terra de negócio. Essa contradição está no fato de que o mesmo código garante direitos conflitantes na nossa situação – o do ‘pequeno’ e o do ‘grande’; o do camponês e o do capitalista” (Martins, 1981: 16).

Para o autor, historicamente a inserção dos camponeses deu-se de modo marginal ao sistema político-econômico e eles foram excluídos do pacto político¹⁰. “Só posso, pois, compreender as determinações mais profundas da forma de campesinato que se desenvolveu no Brasil no período colonial, e sobretudo a sua exclusão social, econômica e política, se compreendo que ela se determinava fundamentalmente pelo trabalho escravo e só num segundo plano pela forma de propriedade da terra que decorria da escravidão” (Martins, 1981: 38).

A seu modo, Thompson defende a utilização do conceito de *classe*, desde

que seja como categoria histórica, isto é, derivada da observação do transcorrer do processo histórico. Para o autor, classe implica necessariamente luta. Ele rejeita a utilização do conceito de forma estática. As pessoas começam a lutar e no processo de luta se descobrem como classe e conhecem a consciência de classe. A classe e a consciência são as últimas fases do processo histórico. É um erro prévio admitir a existência de classe independentemente de relações materiais e lutas históricas. Sendo assim, as classes são casos especiais de formações históricas que surgem dessas lutas. Portanto, não há universalidade no termo. Mas, por serem formações históricas, as classes podem aparecer em outras épocas. Enfim, para o autor, a classe é uma categoria histórica em dois sentidos: porque tem um conteúdo empiricamente observável e serve como categoria analítica.

Pelo relato do caso Gurugi e pela observação dos movimentos de posseiros na zona da mata paraibana a partir da década de 70, pode-se constatar a formação de uma classe social, que remete às Ligas Camponesas do fim dos anos 50 e começo dos 60. Seria a classe no sentido de um fenômeno historicamente observável. Veja o depoimento a seguir:

Julita, 57 anos, “nascida e criada” no povoado do Ipiranga, pertencente à fazenda Gurugi: “Na minha opinião, o grande problema hoje é esse (...) de todos os assassinos dos trabalhadores, todos impunes. É o de Margarida, é o de Nego Fuba, é de Zé Silvino, é de Paulo Gomes; todos esses assassinatos impunes. A polícia, a justiça sabe quem são os verdadeiros criminosos, mas não faz nada. Então, essa pra mim é a grande causa. Quando nós conseguirmos reverter esse quadro; aí sim, a gente pode dizer que as coisas mudaram. Mas enquanto não conseguirmos reverter esse

⁽¹⁰⁾ Sobre essa inserção marginal do camponês ver Franco (1969).

quadro, e a justiça seja ao lado de quem tiver o direito, então, a gente não vai chegar a lugar nenhum, não. Eu sinto que a luta não é mais a mesma por conta disso. (...) Esse que é o grande problema. Quando um dia a gente conseguir reverter esse quadro, ver, realmente, o assassino do trabalhador atrás das grades, sendo punido; então aí as coisas mudam”.

A classe, na fala acima, aparece já conscientemente no sentido de dever de união daqueles que são vítimas da violência dos proprietários de terras. Ela cita o nome de camponeses paraibanos que foram mortos na luta pela terra desde os anos 60.

Observa-se numa reunião da Associação de Moradores de Gurugi II, o resgate de algo em comum a quase todos ali. As falas seguintes expressam a oposição entre os dois grupos que estão no Gurugi. O lado da Associação de Moradores chama para si a legitimidade de ocupação do espaço porque lutaram pela terra, em oposição ao grupo de rendeiros trazidos por Zezinho. No caso do trecho a seguir, extraído de uma reunião da Associação de Moradores de Gurugi II em 12.01.1998, o motivo da discussão é por causa de uma mulher, Maria Lúcia, trazida por Zezinho, cujo desejo era de que tirassem umas varas para plantação de inhame e uma barraca de sua área.

O presidente da associação fala que se tem que respeitar a vontade dela e retirar as varas e a barraca que estão lá. Um dos presentes responde que enquanto o INCRA não acabar de demarcar tudo ali, ele não entra para mutirão nenhum [de limpeza de área de outro]. Então, Liana, nascida em Gurugi, 37 anos, fala: “[ironicamente] A gente tem que respeitar bastante aquela mulher como a sua palavra..., porque ela foi uma pessoa que bastante ajudou a gente aqui; pra o senhor bastante ajudou,

agora pra nós aqui... [enfaticamente] Era pra dizer pra ela: deixa aí (...) e as varas, só tira quando todo mundo tira (...) que a luta foi de todos. Agora por causa dessas historinhas (...) que já viu esse pedaço aí uns ganham e outros não ganham, por causa dessas historinhas de a gente respeitar companheiro aqui dentro (...) Todo mundo aqui não derramou sangue por isso aqui (...) Ela vai ficar de grande aí, enquanto ela é que bebeu sangue da gente aqui dentro. [palmas] (...) O senhor como presidente sente e olhe o que ela fez aqui dentro com a gente. Ela fez e tá fazendo, viu. Quando ela chegar para o senhor (...) manda ela vir pra aqui que nós temos o que dizer pra ela; diga a ela: vá buscar o sangue que você derramou da gente”.

Ao expressar que a luta é de todos e que foi derramado sangue por causa de outros, tem-se algo parecido ao que Thompson (1993: 238) denominou de um consenso de suporte para ação na comunidade, no caso dos *riots* (saques). Assim, vê-se em Gurugi a formação de uma classe devido a uma luta para se manter na terra.

No entanto, essa “classe em formação” possui meandros de forma que o conceito classe, no sentido analítico, pode deixar brechas. Como foi visto na descrição do caso Gurugi, a luta resultou na criação de duas associações e de dois sindicatos. A oposição entre os grupos e o fato de que só um dos lados é visto como legítimo ficam evidentes no seguinte depoimento:

Santos, nascido em 1950, natural de Gurugi (depoimento na polícia em 30.12.1988)¹¹: “que, o sítio Gurugi II mesmo tendo sido desapropriado os posseiros ainda não receberam os títulos; que, o declarante pode afirmar que o senhor Zezinho, antigo administrador da propriedade até hoje não aceita o

⁽¹¹⁾ Processo Penal n. 401/89, p. 30.

novo sistema de posse e reza pela cartilha dos antigos proprietários; que, o declarante pode afirmar que o senhor Zezinho mantém uma área de terra pertencente à área desapropriada sob seu domínio e na referida área ele, Zezinho, mantém pessoas que trabalham em regime de arrendamento; que, o declarante considera *ilegal* esse procedimento (...) em razão da terra ter sido desapropriada (...)”.

Aqui aparece uma grande dificuldade: como classificar o ilegal? O legal e o ilegal vão ser diferentemente apropriados pelos dois lados em conflito. Na fala acima, o “ilegal” é a ação do outro; no entanto, quando o autor desse depoimento lutou pela terra que tinha um proprietário legal, valeu-se de sua noção de direito legítimo. São dois lados, mas uma única classe. O ilegal, por exemplo no sentido penal do termo, emerge muitas vezes contrário ao camponês. Um dos colaboradores na luta pela terra em Gurugi, membro da CPT, ajudou na ocupação de uma fazenda vizinha a Gurugi II no final de 1995 e, por isso, foi preso, processado e condenado, em 07.08.1996, por desobediência, crime de resistência, formação de bando, perigo à saúde de outrem e esbulho possessório¹². Restaria outro modo de agir ao camponês que não de forma ilegal?

A “ilegalidade camponesa” é um processo histórico descrito pelo filósofo Michel Foucault sobre as ações populares na França do século XVIII. Esse processo descrito pelo autor assemelha-se ao trabalhado por Thompson para a multidão inglesa durante o mesmo século.

Foucault, ao argumentar sobre o sucesso da prisão¹³ em produzir uma

ilegalidade delimitada, mostra como a lei e justiça proclamam uma dissimetria de classe. “Uma série de ilegalidades surge em lutas onde sabemos que se defrontam ao mesmo tempo a lei e a classe que a impôs” (Foucault, 1993: 242). Ao olhar para a reforma penal no fim do século XVIII como luta contra as ilegalidades, o autor vai ver o desenvolvimento da dimensão política das ilegalidades populares, através de práticas, como a da recusa do imposto, que durante a Revolução Francesa resultaram em lutas políticas. A ilegalidade camponesa se desenvolveu contra o novo regime de propriedade privada da terra instaurado pela burguesia, de forma que ela (ilegalidade camponesa) é também a recusa da lei e dos regulamentos. Assim, vai se produzindo um grande medo da classe popular, num processo (estranho à teoria penal do século XVIII) em que o crime passa a ser tido como uma prerrogativa de uma certa classe social. Por isso, a prisão é destinada a uma única classe.

Não interessa aqui aprofundar as conclusões de Foucault de que a delinquência, enquanto ilegalidade dominada, é um agente para a ilegalidade dos grupos dominantes. Mas, o que se pode deduzir do raciocínio de Foucault é um olhar para a “classe” no sentido de que esta só poderia agir de forma ilegal, não que a outra classe agisse só dentro da lei.

Voltando à peculiaridade do caso Gurugi, apesar das duas associações e dos dois sindicatos, a noção de classe faz-se presente. Uma vez aprovada a desapropriação, restou ao grupo associado ao ex-administrador, Zezinho, tentar conseguir lotes e empréstimos federais,

delinquência” (Foucault, 1993: 244). Foucault utiliza-se como uma de suas fontes históricas *O 18 Brumário*, de Marx.

(12) Respectivamente, arts. 330, 329, 288, 132 e 161 todos do CPB (Cf. Processo Penal 95/95, comarca de João Pessoa).

(13) “O sucesso da prisão: nas lutas em torno da lei e das ilegalidades, especificar uma

conforme já foi dito. Pode-se ver os meandros de uma classe nesse conflito entre dois lados de agricultores. A classe aparece fragmentada, só um lado, o dos antigos moradores, teve a legitimidade de posse reconhecida, o outro lado não conseguiu ser assentado pelo INCRA.

Em suma, há diferentes formas de os camponeses se apropriarem do que consideram legítimo ou legal. No caso tratado, os camponeses estão em conflito entre si e com órgãos do Estado: INCRA e Judiciário. Parece que essas atribuições mútuas de legitimidade e/ou legalidade são expressões das contradições do direito de propriedade, como observou Martins.

5. A classe em luta pelo acesso à justiça

Na luta dos camponeses pela desapropriação da fazenda Gurugi pode-se observar que se constituíram como classe a partir de noções tradicionais de direito, como de ser “nascido e criado”, e chegaram a uma concepção moderna do direito: ter o título de propriedade e cobrar da justiça criminal. Esse movimento se assemelha ao que a antropóloga Margarida Maria Moura (1988) chamou de lógica costumeira e judicial nos casos de expulsão e invasão de terras camponesas.

Com o trabalho dessa autora, seguindo o caminho traçado por Martins, pode-se ver o funcionamento das contradições presente no código escrito, pois o direito de usufruto da terra serve tanto ao possessor quanto ao proprietário. Aliás, este, dentro dos processos de expulsão estudados por Moura, reivindica a terra livre, sem camponeses, para não ter contestação de usufruto.

No caso do Gurugi, o lado da posse costumeira, o direito ancestral, já foi

tratado. O lado moderno expressa-se na manifestação pela prisão, de um dos réus, nas negociações com o INCRA pela desapropriação e com a criação de uma entidade de assessoria jurídica, a SAMOPS.

Moura (1988) aponta que, na sociedade agrária por ela estudada¹⁴, há um direito costumeiro, normas herdadas de antigas ordenações e aquelas que acompanham as exigências do capitalismo, como o Estatuto da Terra e o Estatuto do Trabalhador Rural. Não é simplesmente um passado, o costume, que tenta coexistir com um presente, a lei. Mas, trata-se de fragmentos de leis antigas sem as ordenações que as amparavam e também um direito costumeiro gerado em contracorrente ao código escrito dominante. Moura¹⁵ refere-se diretamente a Thompson ao dizer que a argumentação judicial é o território privilegiado para a explicitação de modos de vida e de pensar o conflito.

Nas fontes analisadas pela autora, aparecem argumentações do fazendeiro, do lavrador e do advogado, todos empregando categorias costumeiras a seu favor. Na oposição entre dominantes e dominados explicitadas através da manipulação de “verdades jurídicas”¹⁶ encontra-se um *jogo de apropriações*.

Moura também constata entre a população estudada uma desconfiança em relação à distribuição da justiça, mas, às vezes, a ela se recorre. Para essa população, os códigos que atravessam

(14) A autora realizou sua pesquisa com posseiros, sítiantes e agregados em fazendas do Vale do Jequitinhonha/MG, durante o período de 1977 a 1982.

(15) Pode-se ver em Moura e Martins uma proximidade com a obra de Thompson porque olham para os camponeses no Brasil procurando elementos de economia moral, isto é, traços não-capitalistas.

(16) O termo é de Foucault.

gerações inteiras é que são justos (Moura, 1988: 46). Aparecem duas concepções a respeito da Justiça: a *ligada aos fazendeiros* (entrelaçamento do público com o privado), existe para defender proprietários e processar os subalternos; *fiadora da cidadania, protege os fracos, "na dívida a favor do desfavorecido"* (*in dubio pro misero*).

No caso Gurugi encontra-se também a descrença em relação à justiça, conforme a fala de Leila, irmã de Julita: "há justiça para o trabalhador, para o criminoso não". Veja também a citada fala de Julita.

Ao mesmo tempo em que aparecem, no caso de Gurugi, características comuns aos conflitos agrários do resto do país, há o lado inovador que é o de cobrar a justiça. Os moradores exigiram publicamente a atuação do Poder Judiciário.

6. Últimas considerações

A questão da justiça (criminal) nos casos de violência rural não passa somente pelo fato de torná-la mais eficiente¹⁷, mas de abrir espaço para a legitimidade da luta dos camponeses. Segundo a socióloga Leonilde Sérvolo de Medeiros (1996), o comprometimento do Poder Judiciário com os interesses da propriedade da terra alimenta a idéia de que não é possível resolver os problemas fora das regras tradicionais de violência. A autora cita Telles (1994) para ilustrar a necessidade de construção de uma esfera pública e a violência é o indicador da dificuldade da consolidação desta esfera.

O trabalho da socióloga Vera da Silva Telles (1994) ajuda a sintetizar todos os aspectos aqui trabalhados, pois ele trata da tentativa de se trazer os movimentos sociais para a esfera pública. A autora diz que, os *direitos* "constroem uma gramática civil que baliza práticas e interações sociais por referência ao que é reconhecido como medida de justiça, medida que é sempre alvo de questionamentos e reformulações nos embates e litígios de posição de interesses, valores e opiniões, mas que é sempre solidária com critérios, muitas vezes implícitos, não redutíveis a prescrições legais, que fazem a partilha entre o legítimo e o ilegítimo, entre o permitido e o interdito, o obrigatório e o facultativo" (Telles, 1994: 92).

Telles está ressaltando a importância dos movimentos e lutas sociais no sentido da construção de um espaço público onde se dê a medida comum, a linguagem comum. Ela mostra que há um "jogo de ambivalências" na nossa sociedade em que a descoberta da lei e dos direitos convive com interesses corporativistas e com a manutenção de privilégios. Mesmo assim, os movimentos sociais dos anos 90 permitem "o pensamento e a imaginação políticas, pelos horizontes que descortinam para invenção histórica" (Telles, 1994: 100).

A análise feita por essa autora permite uma interpretação do conflito em Gurugi porque neste, a medida comum é a própria luta pela terra onde se juntam o ilegítimo e o legítimo. Pela descrição do caso, fica explícita a luta por direitos e que os atores ao fazerem reuniões e manifestações em órgãos públicos estão construindo uma esfera pública para seus conflitos porque encontraram a medida *comum* entre eles.

Uma dos aspectos importantes do caso Gurugi foi a passagem da luta pela permanência na terra do espaço privado,

⁽¹⁷⁾ Sobre as possibilidades de se criar uma Justiça Agrária no Brasil como alternativa para agilizar a atuação do Poder Judiciário quanto aos problemas fundiários, ver Franca Filho (1997).

dos sítios, para a esfera ou espaço público: as ruas de Conde, a sede do INCRA, as reuniões da FETAG e as reuniões semanais na Associação de Moradores. Com o caso de Gurugi fica explícita a necessidade – hoje colocada nacionalmente pelo Movimento Sem-Terra – da criação de espaços públicos de interlocução entre os camponeses com seus direitos e os agentes do Estado responsáveis por atender suas demandas.

7. Referências bibliográficas

- FOUCAULT, M. (1993). *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes.
- FRANCA FILHO, M. T. (1997). *A Justiça Agrária no Brasil*, in: Subsídio Inesc. Brasília, Setembro/ 1997, ano V, n. 32.
- FRANCO, M. S. C. (1969). *Homens Livres na Ordem Escravocrata*. São Paulo, Kairós, 3.^a ed., 1983.
- MARTINS, J. S. (1981). *Os Camponeses e a Política no Brasil*. Petrópolis, Vozes.
- MARTINS, J. S. (Org.) (1986). *Introdução Crítica à Sociologia Rural*. São Paulo, Hucitec.
- . (1991). [Entrevista] Campesinato, Cidadania e Sociedade em face da crise do Estado, in: Cadernos CEAS (Centro de Estudos e Ação Social), No. 136: 8-22.
- MEDEIROS, L. S. (1996). Dimensões Políticas da Violência no Campo, in: Rev. Tempo. Rio de Janeiro, Vol. 1, n. 1: 126-141.
- MOREIRA, E. (1997). *Por um Pedaco de Chão*. Vol. I. João Pessoa, Editora Universitária/ UFPB.
- MOURA, M. M. (1988). *Os Deserdados da Terra; a lógica costumeira e judicial dos processos de expulsão e invasão da terra camponesa no sertão de Minas Gerais*. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil.
- TELLES, V. S. (1994). *Sociedade Civil e a Construção de Espaços Públicos*, in: DAGNINO, A (Org.). *Os Anos 90: política e sociedade no Brasil*. São Paulo, Brasiliense.
- THOMPSON, E. P. (1979). *La Sociedad Inglesa del Siglo XVIII: Lucha de Clases sin Clases?*, in: Tradiición, Revuelta y Consciencia de Clase. Barcelona, Editorial Crítica.
- THOMPSON, E. P. (1993). *The Moral Economy of the English Crowd in the Eighteenth Century; The Moral Economy Reviewed*, in: Customs in Common. Nova York, The New Press.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE A BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

8. JURISPRUDÊNCIA

8.2 Jurisprudência Comentada

PROGRESSÃO DE REGIME POR HC:

Constrangimento ilegal na potencialização dos crimes hediondos

MARCELO SEMER

Ementa: Competência – Habeas corpus – Ato de Tribunal de Alçada Criminal. Na dicção da ilustrada maioria, em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas corpus dirigido contra ato de tribunal ainda que não possua a qualificação de superior. Convicção pessoal colocada em segundo plano, em face de atuação em Órgão fracionário.

Ementa: Pena – Cumprimento – Progressão – Objetivo – Pressupostos – Atendimento. O instituto da progressão no regime de cumprimento da pena harmoniza-se com os interesses do condenado, do Estado e, alfm, da própria sociedade. Atendidos os pressupostos objetivos e subjetivos impostos pela ordem jurídica, descabe potencializar os crimes cometidos para indeferi-lo. Óptica contrária importa em bis in idem, de todo incompatível com o Direito Penal. Com a condenação trântia em julgado, exaure-se a pretensão punitiva do Estado, compreendida nesta a forma de cumprimento da pena. Progressão deferida na via do habeas-corpus, porque remédio idôneo à correção, independentemente da consequência de quadro revelador de constrangimento.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em conceder o habeas-corpus para deferir a progressão do Paciente do regime fechado para o semi-aberto.

Brasília, 11 de março de 1997 – NÉRI DA SILVEIRA, Presidente; MARCO AURÉLIO, Relator.

RELATÓRIO – O Sr. Min. Marco Aurélio – Tomo de empréstimo o que tive oportunidade de consignar ao proceder ao exame do pedido de concessão de medida acauteladora:

1. Este *habeas corpus* objetiva afastar ao do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo mediante o qual, confirmando-se decisão do Juízo das Execuções Criminais da Comarca de São Paulo, foi negado o pedido de progressão do regime fechado de cumprimento da pena para o semi-aberto. Articula-se com a insubsistência de tal indeferimento, porquanto teriam sido atendidos, na espécie, os requisitos objetivo e subjetivo. Sustenta-se que a exigência de fundamentação dos provimentos judiciais só se mostra coerente se considerada a prova produzida, o que não estaria configurado na hipótese dos autos. Em passo seguinte, alega-se haver predominado a opinião pessoal do Juízo, em contrariedade ao que levantado pelos demais profissionais envolvidos (Assistente Social, Psicólogo, Diretor do Presídio, Promotor e Procurador de Justiça). Discorre-se a respeito, afirmando-se a impossibilidade de levar-se em conta exame anterior, realizado há mais de cinco anos, bem como o fato de o Paciente haver claudicado, no que alcançara o regime aberto. O devido processo legal, presentes o contraditório e a ampla defesa, não teria sido objeto de observação. Afirma-se que, com a decisão proferida surgira aspecto (o mencionado exame) sobre o qual a defesa não tivera oportunidade de pronunciar-se. É pleiteada a concessão de liminar que viabilize a passagem imediata para o regime semi-aberto, confirmando-se, alfm, esse direito. Vieram aos autos os documentos de f. 17-107 (f. 111).

Informo que, após ressaltar entendimento pessoal quanto à competência para julgar este *habeas corpus*, indeferi a liminar, ao fundamento de que:

3. Não pairam dúvidas quanto ao fato de estar em questão a liberdade do Paciente, levando-se em conta o regime de cumprimento da pena. A circunstância de, passando ao semi-aberto, continuar sob a custódia do Estado não obstaculiza a impetração do *habeas*. O alegado ato de constrangimento diz respeito à liberdade, à forma mediante a qual é ela afastada e, portanto, a gradação em que ocorrido o ato de constrição.

No mais, verifico que o pleito liminar confunde-se com o próprio objeto da impetração. Tudo recomenda que, no caso, aguarde-se a tramitação do *habeas*, sempre célere, e portanto, o julgamento procedido pelo Colegiado. Com as informações do Tribunal tido como coator, ter-se-á, também em se contando com parecer da Procuradoria Geral da República, base maior para decidir-se a respeito. Em síntese, em se tratando de medida acauteladora que vise à passagem do regime fechado para o semi-aberto, relativamente ao cumprimento da pena, afastada fica, em geral, a possibilidade de concessão. No caso dos autos, até aqui, o Paciente tem contra si duas decisões, ou seja, a do Juízo das Execuções Criminais e a do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (f. 111-112).

Vieram aos autos informações acompanhadas de peças exemplarmente organizadas, nas quais reportou-se o Presidente do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo ao que decidido na espécie pela 7.^a Câmara Criminal, sendo certo ainda que, em 09.08.1990, o Paciente almejou alcançar a passagem ao regime semi-aberto, tendo sido tal pleito indeferido, assim como negou-se provimento ao recurso a seguir interposto. A reiteração do pedido ocorreu em 28.06.1994, vindo, mais uma vez, a ser indeferido. Em maio de 1995, formalizou-se nova pretensão, resultando infrutífera a tentativa do Paciente. Por último, o agravo por derradeiro protocolado restou desprovido (f. 119-120). Remetidos os autos à Procuradoria Geral da República, pronunciou-se o Órgão mediante peça da lavra cuidadosa do Subprocurador-Geral da República, Dr.

Marden Costa Pinto, pela concessão parcial da ordem para anular o acórdão prolatado, a fim de que outra decisão exsurja com motivação harmônica com a ordem jurídica em vigor. Eis a síntese da peça:

“Progressão de regime. A dúvida quanto ao preenchimento dos requisitos de natureza subjetiva, pode ser invocada em favor do réu, não *pro societate*, como fez o acórdão censurado, eis que a progressão é um benefício instituído em favor do condenado.”

Restou glosada a óptica segundo a qual, havendo dúvidas quanto ao atendimento dos requisitos de natureza subjetiva para a evolução no tocante ao regime de cumprimento da pena, decide-se *pro societate*.

Estes autos vieram-me conclusos em 28.02.1997, sendo que, no dia imediato, declarei-me habilitado a proceder ao relato e a votar na espécie. Designei como data de julgamento a de hoje, ou seja, 11.03.1997, visando a dar ciência aos impetrantes, no que se lhes assiste o direito de assomar a tribuna, e, portanto, de saberem a referida data.

É o relatório.

VOTO – O Sr. Min. Marco Aurélio (relator) – Ressalvo a convicção pessoal relativa à competência para julgar *habeas corpus* impetrado contra ato de Tribunal de Alçada Criminal quando o paciente não goza de prerrogativa de foro. Os integrantes do referido Tribunal, como juizes estaduais, estão submetidos à jurisdição direta, nos crimes comuns e de responsabilidade, do Tribunal de Justiça local – inciso III do art. 96 – ao qual cabe, assim, julgar o *habeas corpus*. Todavia, até aqui não é este o entendimento predominante, razão pela qual, considerado o julgamento da reclamação n. 314/DF, em que fiquei vencido, na companhia honrosa dos Mins. Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Celso de Mello, coloco a conclusão própria em plano secundário e conheço do pedido formulado. O tema foi melhor desenvolvido quando verificado o debate junto ao Pleno (acórdão publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 9, p. 140-146).

“O pedido não é de ser deferido. Com efeito, o condenado não demonstrou suficien-

temente desenvolvido seu grau de auto-crítica. Não reconhece ter cometido o delito pelo qual foi condenado. Tomo, pois, como razões de decidir os pareceres técnicos contidos nos autos.” (f. 390)

Nota-se que se caminhou para o campo da penitência, exigindo-se a auto-incriminação. O acórdão que implicou o endosso a tal indeferimento consigna que não é suficiente à progressão a observância do critério objetivo, ao que tudo indica já atendido em 1990, bem como a boa conduta carcerária. Fez ver que os exames técnicos, analisados com a necessária acuidade, mostraram-se desfavoráveis, tratando-se de “assaltante e furtador”. Salientou que, a certa altura, o Paciente teve a prisão-albergue revogada (f. 406-411). O segundo pedido também foi rechaçado remetendo-se ao caráter negativo da análise subjetiva (f. 429-430). Dessa decisão não houve recurso. Surgiu, já em 1995, ou seja, cinco anos após, novo pedido de progressão e é em torno do que decidido, por força dessa solicitação, que gira a controvérsia. O Juízo disse das “conclusões favoráveis do exame criminológico”, assentando porém, que a progressão deveria ser adiada. Para tanto, considerou as anotações constantes do laudo, formalizadas sob os ângulos psicológico e psiquiátrico, a indicarem a necessidade de o ora Paciente ser mantido em observação, devendo submeter-se oportunamente a nova análise. O juízo crítico do Paciente ter-se-ia mostrado prejudicado, bem como a afetividade revelado-se superficial, pelo que não seria capaz de analisar criticamente o delito, ao tempo em que procurara justificativas na dependência afetiva e vulnerabilidade às exigências do grupo aderido. Remeteu-se, também, à natureza dos crimes praticados, o que estaria a repercutir no pleito de passagem ao regime semi-aberto, em que as restrições corporais são bem mais amenas do que aquelas encontradas no fechado. Na sentença que exarou, a Juíza Iara Maria Gaspar admite, em primeiro lugar, o caráter favorável do exame criminológico; em segundo, desce à análise de quadro de absoluta ambigüidade, reportando-se mesmo, o que não caberia fazer, à natureza dos crimes praticados. Quanto a estes, é de notar-se que o Paciente foi devidamente apenado (f. 453-454). Interposto o agravo, tal entendimento foi mantido, pronunciando-se o Procu-

rador de Justiça pelo provimento, ocasião em que ressaltou aspectos levantados quando do exame criminológico, a saber, e que devem ser considerados:

“a) o reeducando é crítico, sensato. Tem consciência crítica a respeito de sua situação delituosa e sua vida carcerária;

b) possui recursos internos que mantém o controle de sua impulsividade e agressividade;

c) através da experiência carcerária vem reestruturando seu sistema de valores sociais, procurando resgatar seus recursos para a adaptação social e, por último, restou ressaltada a ótima conduta carcerária e a boa aplicação laborterápica. (f. 524-525).”

Destarte, ao lado do atendimento, com boa margem, do aspecto objetivo, o laudo criminológico foi favorável ao Paciente, sensibilizando o Fiscal da Lei que atuou no julgamento do agravo em execução. Entrementes, isso não foi suficiente.

Quando discutida a questão concernente ao regime de cumprimento da pena sob o ângulo da Lei n. 8.072/90, tive oportunidade de consignar:

“Em um primeiro plano, ressalvo o entendimento pessoal quanto à competência para apreciar este *habeas corpus*. Muito embora esteja em sede própria a discussão, faço-o porque esta já se trava em reclamação cujo julgamento iniciou-se em uma das últimas assentadas e na qual votei no sentido da competência do Superior Tribunal de Justiça, de vez que os integrantes do Tribunal de origem estão sob a jurisdição direta deste último – art. 105, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal.

Com relação à matéria de fundo, improcede o cerceio de defesa alegado. A par dos aspectos evocados pela Procuradoria-Geral da República, há de se ter presente que a intimação do defensor ocorreu mediante telex e, também, por contato telefônico direto realizado pela Escrivã do Cartório que tudo certificou nos autos. Soma-se a isto a circunstância de que houve nova tentativa de proceder-se à intimação via carta precatória, sendo que novamente a Escrivã certificou não só que fizera contato telefônico com o Impetrante, como também com o próprio Juízo deprecado. No meio tempo, antes da devolução da carta, pleiteou

o Paciente o relaxamento da prisão, pedido que foi indeferido pelo Juízo. Em 19.12.1991, conforme consta do item 9 das informações, o Juízo deprecado comunicou por telex que o defensor do Paciente havia sido formalmente intimado. Destarte, não se pode, no caso, concluir pela nulidade, mesmo porque, conforme consta do parecer da Procuradoria-Geral da República, os depoimentos colhidos não tiveram influência na prolação do decreto condenatório. Resta a alegada inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072, de 25.07.1990.

Da inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072, de 25.07.1990.

Esta matéria conduziu-me a afetar, na forma prevista no art. 22 do Regimento Interno, o presente caso a este Plenário. É que tenho como relevante a arguição de conflito do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/90 com a Constituição Federal, considerado quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no inciso XLVI do art. 5.º da Carta, quer, até mesmo, o princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento, por completo, de contexto revelador da esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso.

Preceitua o parágrafo em exame que nos crimes hediondos definidos no art. 1.º da citada Lei, ou seja, nos de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, genocídio, tortura, tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins e, ainda, terrorismo, a pena será cumprida integralmente em regime fechado.

No particular, contrariando-se consagrada sistemática alusiva à execução da pena, assentou-se a impertinência das regras gerais do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, distinguindo-se entre cidadãos não a partir das condições sócio-psicológicas que lhes são próprias, mas de episódio criminoso no qual,

por isto ou por aquilo, acabaram por se envolver. Em atividade legislativa cuja formalização não exigiu mais do que linha, teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade impar, a merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime de progressão viabiliza, e a sociedade, o retorno abrupto daquele que segregara, já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização.

Senhor Presidente, tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia do "mal pelo mal causado" e que sabidamente é contrária aos objetivos do próprio contrato social. A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito a um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização?

Sob este enfoque, digo que a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que dia menos dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isto, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa o retorno de um cidadão, que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito dentre outros, de recuperá-lo, objetivando uma vida comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser uma quase utopia. Por sinal, a Lei n. 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado,

afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, ou seja, o retorno do condenado à vida gregária antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem que tenha progredido no regime. É que, pelo art. 5.º, da Lei n. 8.072/90, foi introduzido no art. 83 do CP preceito assegurando aos condenados por crimes hediondos, pela prática de tortura ou terrorismo e pelo tráfico ilícito de entorpecentes, a possibilidade de alcançarem a liberdade condicional, desde que não sejam reincidentes em crimes de tal natureza – inciso V. Pois bem, a Lei em comento impede a evolução no cumprimento da pena e prevê, em flagrante descompasso, benefício maior, que é o livramento condicional. Descabe a passagem do regime fechado para o semi-aberto, continuando o incurso nas sanções legais a cumprir a pena no mesmo regime. No entanto, assistelhe o direito de ver examinada a possibilidade de voltar à sociedade, tão logo transcorrido quantitativo superior a dois terços da pena.

Conforme salientado na melhor doutrina, a Lei n. 8.072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas que foi editada sob o clima da emoção, como se no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade.

Por ela, os enquadráveis nos tipos aludidos são merecedores de tratamento diferenciado daquele disciplinado no Código Penal e na Lei de Execuções Penais, ficando sujeitos não às regras relativas aos cidadãos em geral, mas a especiais, despontando a que, fulminando o regime de progressão da pena, amesquinha a garantia constitucional da individualização.

Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar o art. 59 do CP que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme

seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade – e, protanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigoroso (inciso III) – e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Dizer-se que o regime de progressão no cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984. É fechar os olhos ao preceito que o junte a condições pessoais do próprio réu, dentre as quais exsurtem o grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, afim, os próprios fatores subjetivos que desaguarão na prática delituosa. Em duas passagens, o Código Penal vincula a fixação do regime às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, fazendo-o no § 3.º do art. 33 e no inciso III do próprio art. 59. Todavia, ao que tudo indica, recebeu-se, quando da edição da Lei n. 8.072/90, que poderia faltar aos integrantes do aparelho judiciário, aos juizes, aos tribunais, o zelo indispensável à definição do regime e sua progressividade e, aí, alijou-se do crivo mais abalizado que pode haver tal procedimento.

Assentar-se, a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena é passo demasiadamente largo, implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior, a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são os da igualdade de todos perante a lei, o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum. A permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja, muito menos à sociedade que um dia, mediante o livramento condicional ou, o mais provável, o esgotamento dos anos de clausura, terá necessariamente que recebê-lo de volta, não para que este torne a delinquir, mas para atuar como um partícipe do contrato social, observados os valores mais elevados que o respaldam.

Por último, há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei n. 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar a relativa à progressividade do regime de cumprimento da pena. O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais — art. 5.º — afasta, tão-somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. Como, então, entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos e assim enquadrados pela citada Lei, a imprescritibilidade que o legislador constitucional somente colou às ações relativas a atos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLIV). Indaga-se: é possível ao legislador comum fazê-lo? A resposta somente pode ser negativa, a menos que se coloque em plano secundário a circunstância de que a previsão constitucional está contida no elenco das garantias constitucionais, conduzindo, por isso mesmo, à ilação no sentido de que, ao contrário sensu, as demais ações ficam sujeitas à regra geral da prescrição. O mesmo raciocínio tem pertinência no que concerne à extensão, pela Lei em comento, do dispositivo atinente à clemência ao indulto, quando a Carta, em norma de exceção, apenas rechaçou a anistia e a graça — inciso XLIII do art. 5.º.

Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado.

Com isto, concedo parcialmente a ordem, não para ensejar ao Paciente qualquer dos regimes mais favoráveis, mas pode reconhecer-lhe, porque cidadão e acima de tudo pessoa humana, os benefícios do instituto geral que é o da progressão do regime de cumprimento da pena, providenciando o Estado os exames cabíveis.

É o meu voto."

Há de resistir-se à tentação de proceder-se como que ao rejuvimento do Paciente considerados os crimes cometidos. Já foi ele

devidamente apenado pelo Estado-julgador. Os esforços devem ser direcionados a estimular-se a auto-estima do condenado, ficando com isso aberto o caminho para, tanto quanto possível, observar-se a gradação no tocante ao regime de cumprimento: o fechado faz-se necessário de início, mas tudo recomenda que, atendido o fator tempo e também pronunciando-se os peritos pela possibilidade da progressão, sem riscos maiores para o seio gregário, caminhe-se no sentido do deferimento do pleito mormente quando em jogo a passagem não para o regime aberto, mas para o semi-aberto. Pouco importa haver-se mostrado o examinado ladrão e assaltante, possuindo pena extensa a cumprir (um total de cerca de trinta anos). *Este argumento contido no acórdão que se aponta como ato discrepante da lei é de total irrelevância* porque, caso contrário, não se chegará, em bom número de casos, à progressão situada, como disse, no campo da individualização da pena. Também o fato de, a certa altura do cumprimento de pena imposta, haver o condenado claudicado, não é idôneo ao indeferimento do pedido. À circunstância já produzira os efeitos próprios, implicando a regressão.

Quanto aos exames procedidos, há de levar-se em conta as conclusões dos que dizem respeito ao último pedido formulado. O Grupo de Valorização Humana, comissão técnica, manifestou-se favoravelmente:

"a equipe técnica, em vista dos pareceres obtidos, considera que o reeducando reúne condições para a obtenção do benefício pleiteado." (f. 437)

A diretoria do estabelecimento penitenciário também pronunciou-se pelo deferimento do pedido (f. 440), sendo certo que a certidão de conduta revelou-a como ótima, consignando que a ficha disciplinar da casa não registra qualquer conduta desabonadora. Chegou-se ao registro dos méritos carcerários:

"O detento em apreço trata com urbanidade tanto os servidores como os seus companheiros de reclusão, vem se portando de forma equilibrada sem problemas de ordem disciplinar."

Ora, diante deste contexto, tenho que cumpria à Corte de origem conceder a progressão, valendo notar a luta do Paciente no que já tem formalizado um novo pedido, ou seja, o quarto desta série.

Pois tais razões, concedo a ordem para assegurar ao Paciente a passagem ao regime semi-aberto.

VOTO - O Sr. Min. Maurício Corrêa - Sr. Presidente, tenho sido comedido na concessão de *habeas corpus* acerca de mudança de regime, sobretudo quando se postula a progressão.

Mas, no caso, a hipótese exige uma maior reflexão.

No presente caso que ora julgados todos os laudos são inteiramente favoráveis ao paciente, não havendo discrepância entre eles no que tange à recuperação do paciente, recuperação essa que é a essência finalística da progressão. Pode se ponderar, por outro lado, que essa é uma questão do exame subjetivo do juiz! Certo.

Entretanto há que se convir que a progressão é um direito que condenado tem e penso que a pena elevada, o tipo repugnante do crime praticado, as suas circunstâncias, se preenchido o direito a um regime mais brando, não impedem o exame do merecimento do pedido, notadamente quando se sabe que esse benefício, de ordem pública que o Estado reconhece, tem o mérito de permitir a reinserção do condenado ao meio social.

A pena tem o escopo fundamental de reeducar o detento. Essa possibilidade de recuperação não pode ser afastada, pura e simplesmente, pouco importando a natureza do crime praticado, se cumprido o *iter* para o deferimento da progressão.

O recluso deve ter a oportunidade de provar a sua recuperação para o convívio social, a sua reintegração enfim à sociedade. E o mecanismo para esse desiderato é a progressão.

Do contrário, de nada valeria esse instituto; seria um benefício inútil.

Tenho verificado que as penas elevadas impostas a certos condenados e a gravidade dos delitos perpetrados têm inibido os juizes em direção à concessão dos favores da progressão. Quando para essas hipóteses é que esse instituto mais se justifica, face à natureza pedagógica da pena e o verdadeiro sentido da progressão.

Contudo, com todos os elementos preenchidos, inclusive havendo consenso dos laudos quanto à plena recuperação do paciente, maior revolve a causaria se lhe negasse o direito, como o fez a decisão impugnada. A tão longe não vou para, em casos como o presente, reconhecer o direito do paciente.

Pondo-me de acordo com as razões do voto do eminente Relator, também eu defiro o *writ* para assegurar a progressão postulada, nos termos do pedido.

VOTO - O Sr. Min. Néri da Silveira (Presidente) - Tenho tido sempre preocupação, em *habeas corpus*, de não reexaminar questões de fato. Os casos de progressão no regime de cumprimento da pena estão inteiramente ligados à matéria de fato, sob seus diversificados aspectos. No caso, como se trata de progressão do regime fechado para o semi-aberto, acompanharei o eminente Ministro-Relator, deferindo a progressão, diante das circunstâncias anotadas no voto de S. Exa..

EXTRATO DE ATA - *Decisão*: Por unanimidade, a Turma concedeu o *habeas corpus* para deferir a progressão do paciente do regime fechado para o semi-aberto. 2.ª Turma, 11.03.1997.

Presidência do Sr. Min. Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Srs. Mins. Carlos Velloso, Marco Aurélio e Maurício Corrêa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges - Wagner Amorim Madoz, Secretário.

COMENTÁRIOS

Duas questões relevantes podem ser levantadas por este acórdão do Supremo.

A primeira, de cunho material: pode-se levar em conta a gravidade do crime a que foi o sentenciado condenado e a

dimensão de sua pena, para análise dos requisitos subjetivos da progressão de regime?

A segunda, de caráter eminentemente processual: cabível a progressão de

regime por via de *Habeas Corpus*, dirigido contra o acórdão que nega provimento ao agravo?

Ao responder negativamente a primeira pergunta, o aresto do Supremo, de uma lógica irrefutável, vai de encontro a uma certa tendência jurisprudencial que aos poucos vem esvaziando o próprio instituto da progressão na execução da pena.

Assim, tem-se entendido que com longa pena a cumprir-se “torna recomendável maior dose de cautela quanto à inclusão [*do sentenciado*] em sistemas mais brandos”⁽¹⁾ ou “é aconselhável sua manutenção no regime fechado por tempo maior do que o mínimo exigido pela LEP”⁽²⁾.

A gravidade do delito, no entanto, já é levada em conta na cominação da pena. Diz a boa técnica legislativa, e o quase olvidado princípio da proporcionalidade que informa o Direito penal, que a crimes graves se cominem penas mais severas do que a crimes de menor ofensividade. Nisto reside a valoração do legislador em relação aos bens que sejam mais suscetíveis de tutela. A pena desempenha neste momento nítida função de prevenção geral.

De outra parte, apura-se o tipo da pena, a dimensão temporal e o regime, no momento de sua fixação. Dentro dos limites traçados pelo legislador, busca o juiz avaliar as condições nas quais o crime foi praticado e as circunstâncias pessoais do agente. A pena ainda guarda certa dimensão de prevenção geral e fundamentalmente um conteúdo de prevenção especial.

No momento da execução, no entanto, a pena adquire um nítido sentido de reeducação. Como ensinou Fragoso, “Escopo da pena é aqui a ressocializa-

ção do condenado, ou seja, a finalidade de reincorporá-lo à sociedade”⁽³⁾. Mesmo partindo-se de uma premissa mais pragmática, de que nosso Direito penal não convive com a pena de morte e não convive com a prisão perpétua, há de se admitir que o destino de todo o sentenciado, o final de sua tortuosa estrada pelo sistema penitenciário, sempre será, mais cedo ou mais tarde, por pior que tenha sido o crime praticado ou maior que seja a pena aplicada, o retorno ao convívio social.

Já é por si só tarefa das mais inglórias preparar o sentenciado para uma vida em liberdade, mantendo-o por anos a fio privado dela. Daí a retirar todo e qualquer tentativa de preparo, de reeducação — ainda que isto simplesmente se traduza num abrandamento dos níveis de vigilância com gradual retorno ao convívio social — significa abandonar o propósito que norteia a própria execução penal. E tratar-se a pena apenas como castigo. Vai de longe, porém, que a doutrina penal refuta este imperativo categórico, metafísico, de castigar-se pelo castigo.

Quando se maximiza, na análise dos aspectos subjetivos da progressão, o tipo de crime cometido pelo sentenciado e a dimensão temporal da reprimenda que lhe foi aplicada, fica evidente a incidência do *bis in idem*: o réu é condenado a pena longa, pelo crime grave que cometeu. Ao pedir a progressão de regime, esta lhe é negada, justamente porque foi condenado a pena longa pelo crime grave que cometeu.

O aresto em comento enfrenta precisamente esta questão, assentando a inviabilidade da consideração, no tocante à apreciação dos méritos para a progressão, dos crimes que tenham sido cometidos pelo réu. Como adverte o voto-

(1) JTJ 181/293.

(2) Ag. 156.308, TJSP.

(3) *Lições de Direito Penal. Nova Parte Geral. Forense*, 1985.

condutor, do Ministro Marco Aurélio, “Há de resistir-se à tentação de proceder-se como que ao rejugamento do Paciente considerados os crimes cometidos”.

A tendência jurisprudencial de ponderar, para efeito da avaliação de méritos, a gravidade da conduta praticada, equivale à criação de um obstáculo ausente na lei⁴: impede-se que os sentenciados condenados a penas longas, ou crimes graves, tenham direito à progressão ao regime semi-aberto, independente da evolução dos méritos subjetivos que desenvolvam no curso do cumprimento da pena. Tais posicionamentos acabam por alargar – em afronta ao princípio da reserva legal – a vedação de progressão contida na Lei dos Crimes Hediondos, que por si só já ignora o comando constitucional da individualização da pena.

O aresto do Pretório Excelso reconheceu no caso que, abstraindo a ilegal potencialização dos crimes cometidos pelo sentenciado, os demais pressupostos, incluídos os de natureza subjetiva, eram todos favoráveis ao sentenciado (exame criminológico, parecer da Diretoria do Presídio, prontuário penitenciário), razão pela qual não se lhe podia ter negado a progressão.

E, neste ponto, responde o acórdão, de forma até incomum, afirmativamente ao segundo questionamento: admite ser possível, em *Habeas Corpus*, conceder-se a progressão criminal.

Permaneça, ainda, em nossas Cortes o predomínio de jurisprudência firmada, inclusive no Supremo, de que nos estreitos limites do *Habeas Corpus* não se permite o exame da progressão de re-

gime prisional, até pela necessidade de envolver na apreciação aspectos de natureza probatória, incompatíveis com esta via procedimental⁵.

No entanto, partindo-se do pressuposto de que havia nos autos concordância de pareceres em relação à recuperação do paciente – em suma, inequivoca presença de méritos subjetivos –, concluiu-se que o fundamento para o indeferimento do pedido tenha se centrado no fato de ser o sentenciado ladrão e assaltante, possuindo pena extensa a cumprir (total de trinta anos). Como reconhece o voto do Ministro Maurício Corrêa, as penas elevadas impostas a certos condenados e a gravidade dos delitos perpetrados têm inibido os juízes em direção à concessão dos favores da progressão.

Admitindo o voto-condutor que o argumento central que obstaría a progressão era de *total irrelevância*, poderia em tese o aresto ter reconhecido a ausência de fundamentação para anular a decisão que negou provimento ao agravo, na esteira do parecer da Procuradoria da República. Preferiu-se, talvez pelas circunstâncias de fato, de já tratar-se do quarto pedido consecutivo de progressão que era negado ao paciente, apreciar de imediato o mérito da progressão, implicitamente reconhecido constrangimento ilegal presente no acórdão hostilizado.

De toda a forma, trata-se de uma importante referência que revigora o cada vez mais esquecido caráter reeducacional da pena privativa de liberdade, em prol e não em detrimento dos anseios da coletividade, pois, bem lembra o voto-condutor, a principal razão de ser da progressividade está no interesse da preservação do ambiente social que receberá de volta aquele que inobservou a norma penal.

⁽⁴⁾ Nesse sentido, *JTJ* 191/341: “A lei não prevê, como óbice à promoção de regime, a gravidade do delito e a consequente longa duração das penas. E ao Julgador compete examinar o pedido à luz das exigências da lei, sem criar novos impedimentos”.

⁽⁵⁾ *RT* 665/369, *JTJ* 167/329, *RJTJSP* 128/533.

8. JURISPRUDÊNCIA

8.2 Jurisprudência Comentada

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DA LIBERDADE, DA DISCRICIONARIEDADE, DO AUTOMATISMO E DE OUTROS COISAS

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Ementa: Competência – Habeas corpus – Ato de Tribunal de Alçada Criminal. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação (ao qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas corpus dirigido contra ato de tribunal ainda que não possua a qualificação de superior. Convicção pessoal colocada em segundo plano, em face de atuação em órgão fracionário.

Ementa: Ato Judicante – Vinculação – Princípio da Legalidade. É incompatível com o exercício judicante a prática de ato discricionário. Impõe-se a observância do princípio da legalidade, atuando o agente do Poder Judiciário a partir do arcabouço normativo existente. Mitigação do sentido vernacular do verbo poder (poderá), emprestando-se-lhe alcance compatível com o sistema jurídico nacional.

Ementa: Pena – Cumprimento – Regime – Parâmetros. Excetuada a hipótese de fixação da pena em quantitativo superior a oito anos e não se tratando de reincidente, a determinação do regime de cumprimento da pena é norteada, considerado o balizamento temporal, pelas circunstâncias judiciais. Inteligência dos §§ 2.º e 3.º do art. 33 do CP. Exsurge incongruente o estabelecimento da pena-base no mínimo previsto para o tipo, ficando alguém dos oito anos, com a imposição do regime fechado.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas

taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o *habeas corpus* e, assegurar ao paciente o início de cumprimento da pena no regime semi-aberto.

Brasília, 2 de dezembro de 1997 – NÉRI DA SILVEIRA, Presidente; MARCO AURÉLIO, Relator.

RELATÓRIO – O Sr. Min. Marco Aurélio – O Procurador do Estado em exercício na Procuradoria de Assistência Judiciária Criminal de São Paulo Dr. Carlos Jacinto Pellegrino, juntamente com a estagiária Juliana Amaral de Mendonça, impetram este *habeas corpus* em favor de Josildo Sebastião da Silva. Em síntese, revelam haver sido condenado o paciente, como incurso no art. 157, § 2.º, incisos II, do CP, à pena de reclusão de seis anos, dois meses e vinte dias, mais o pagamento de dezesseis dias-multa, impondo-se o regime fechado. A defesa interpôs apelação alfim parcialmente provida pelo Tribunal de Alçada Criminal, reduzindo-se a pena a cinco anos e quatro meses de reclusão e ao pagamento de treze dias-multa. Entrementes, em que pese haver-se adotado, como pena-base, o quantitativo mínimo previsto para o tipo, manteve-se o regime de cumprimento. Na inicial, com inequívoca percuciência, aponta-se que, a um só tempo, as circunstâncias judiciais não podem ser favoráveis, para efeito de fixação da pena-base, e desfavoráveis, na determinação do regime prisional, isso à vista do disposto nos arts. 33, § 3.º, e 59, inciso III, do CP. Pleiteia-se a concessão da ordem, a fim de que se

observe, na espécie, como regime inicial de cumprimento da pena, o semi-aberto. Com a inicial, anexaram-se aos autos os documentos de f. 6 à 27.

Às f. 36 e 37 estão as informações do Tribunal de origem, sobre a tramitação da ação penal. A Corte, juntando documentos ressalta a boa ordem adotada pelo Tribunal de Alçada Criminal.

A Procuradoria Geral da República emitiu o parecer de f. 104 à 106, no sentido do indeferimento da ordem, proclamando: ... *a redução da pena não impediu que essas circunstâncias concretas servissem adequadamente à manutenção do regime fechado, segundo os parâmetros do art. 33, § 3.º do CP.*

Estes autos vieram-me, para exame, em 24 de novembro do corrente ano, sendo que, no dia imediato, neles lancei visto, designando como data de julgamento a de hoje, 2 de dezembro, isso com a finalidade de ser cientificado o Impetrante, assegurando-se, assim, o direito de assomar à Tribuna.

É o relatório.

VOTO — O Sr. Min. Marco Aurélio (Relator) — Ressalvo a convicção pessoal relativa à competência para julgar *habeas corpus* impetrado contra ato de Tribunal de Alçada Criminal quando o paciente não goza de prerrogativa de foro. Os integrantes do referido Tribunal, como juízes estaduais, estão submetidos à jurisdição direta, nos crimes comuns e de responsabilidade, do Tribunal de Justiça local — inciso III do art. 96 — ao qual cabe, assim, julgar o *habeas corpus*. Todavia, até aqui não é este o entendimento predominante, razão pela qual, considerado o julgamento da Reclamação n. 314/DF, em que fiquei vencido, na companhia honrosa dos Mins. Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Celso de Mello, coloco a conclusão própria em plano secundário e conheço do pedido formulado. O tema foi melhor desenvolvido quando *verificado o debate junto ao Pleno* (acórdão publicado na RBCCrim n. 9, p. 140 a 146).

No mérito, censura não merece a sentença. Consideradas as circunstâncias judiciais contrárias aos interesses do Paciente, o Juízo fixou

a pena-base acima do mínimo legal e, no campo da absoluta coerência, embora primário o então condenado, assentou, para cumprimento da pena, o regime fechado. Ainda que não comungue com parte do móvel utilizado para assim decidir-se, no que reportou-se a Juíza sentenciante, Dra. Mariângela Torres Garcia, à gravidade do crime, tenho que tal conclusão, no tocante às circunstâncias judiciais e ao regime de cumprimento da pena, mostra-se harmônica com o teor dos arts. 33 e 59 do CP. A questão está em que o órgão revisor, deffrontando-se com o recurso da defesa, proveu-o parcialmente para reduzir a pena-base ao mínimo previsto para o tipo, observando a *causa de aumento relativa ao concurso de agentes*, ou seja, o raciocínio desenvolvido quando da prolação da sentença, chegando, com isso, à pena final de cinco anos e quatro meses de reclusão e de multa de treze diárias. Ao invés de caminhar para a consequência natural da redução da pena-base, sentenciou que “já o regime deve ser mesmo fechado. Ele é o único adequado para quem pratica roubo. Embora a importância subtraída seja reduzida, o réu portou-se com acinte e destemor. Mostrou insensibilidade, ameaçando mulher só e grávida. A violência está conseguindo intranquilizar toda a nacionalidade, e se existem infratores que não podem permanecer na prisão, *outros há que dela não podem sair, como os assaltantes*”. Em vista da última frase, apenas faltou colar à espécie a óptica, até aqui prevalecente, sobre os crimes hediondos, no que, com abandono dos aspectos inerentes à garantia constitucional da individualidade da pena, tem-se como constitucional o preceito da Lei n. 8.072/90, a revelar que, em se tratando dos citados crimes, de prática de tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e de terrorismo, “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado” (§ 1.º do art. 2.º). Sim, chegou-se ao ponto de proclamar-se que o regime fechado “é o único adequado para quem pratica roubo” e que o infrator não deve deixar a prisão (f. 21 à 27). *É comum dizer-se que no ofício judicante não se tem lugar para atuação simplesmente discricionária*, decidindo o Estado-Juiz de acordo com critérios de plantão, estabelecidos por aquele que

se defronte com a lide e de acordo com a concepção que este tenha sobre as relações próprias à *vida gregária*. O juiz atua a partir do arcabouço normativo-constitucional, mesmo porque, vivendo-se em um Estado Democrático de Direito, há de se respeitar, à *exaustão*, o *princípio da legalidade*.

Pois bem, está-se diante de um verdadeiro paradoxo. A um só tempo, as circunstâncias judiciais definidas no art. 59 do CP serviram à fixação da pena-base, pelo órgão revisor, no mínimo legal e à manutenção do regime de cumprimento da pena, fixado coerentemente pelo Juízo, já que, em tal âmbito, foi extravasado o piso previsto para o tipo. Claudicou o órgão revisor. O tema é regido pelos dispositivos do Código Penal merecedores de interpretação sistemática. O § 2.º do art. 33 abrange três hipóteses diversas: a primeira corre à conta das condenações em que a pena mostre-se superior a oito anos pela alínea *a* do referido § 2.º, há de ser cumprida, independentemente de outros aspectos, no regime fechado, não havendo campo para que se venha a ter a estipulação quer do regime semi-aberto, quer do aberto. O simples critério objetivo, concernente ao quantitativo da pena, é conducente a fixar-se o regime fechado; a segunda hipótese está relacionada com condenação de não-reincidente à pena que se mostre superior a quatro anos e não exceda a oito. Em tal caso, *o regime pode ser o semi-aberto*; por último, *tem-se a situação do não-reincidente cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos e, aí, é possível, desde o início, o cumprimento em regime aberto*. Indaga-se: qual o critério normativo para definir-se o regime nas hipóteses das alíneas *b* e *c* do § 2.º do art. 33? A simples óptica do juiz sobre a gravidade do tipo e a necessidade de uma maior persecução criminal? A resposta é negativa. Confirmando a máxima de que não se tem no ofício *judicante* *ato simplesmente discricionário*, o § 3.º do art. 33 revela, com clareza elogiável, que “a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”, ou seja, das circunstâncias judiciais. Notado o atendimento dos pressupostos objetivos contidos nas alíneas *b* e *c* – tratar-se de agente primário cuja pena esteja situada entre o mínimo de quatro e o máximo de oito ou aquém de quatro, cumpre

ao magistrado mostrar-se, visando à definição do regime, pelo exame das circunstâncias judiciais tal como, aliás, pedagogicamente ressaltado no inciso III do art. 59:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis entre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

A esta altura, tem-se a preclusão maior a beneficiar o Paciente que, por sinal, primário e de bons antecedentes, esteve sob a custódia do Estado durante todo o curso da ação penal. O que decidido sobre o caráter positivo das circunstâncias judiciais conduziu o Colegiado revisor à redução da pena-base no mínimo previsto para o tipo. Como, então, manter o mesmo regime de cumprimento da pena, sem vulnerar-se, a mais não poder, as normas cogentes do § 3.º do art. 33 e do inciso III do art. 59, ambos do CP? Bem o disse o Procurador do Estado, ora Impetrante. Descabia, a um só tempo, fixar a pena-base no mínimo estabelecido para o tipo e exacerbar, adotando o mais gravoso, o regime de cumprimento. Creio que, em linhas gerais, com a passagem do tempo, e diante da circunstância de o Paciente responder à ação penal sob a custódia do Estado e ainda do fato de o Judiciário não ser tão célere, tem ele direito, até mesmo, à progressão. De qualquer forma, os princípios da realidade e da razoabilidade e, a norteá-los, o da legalidade, conduzem-me a conceder a ordem para determinar o observância do *regime semi-aberto*. Remeta-se cópia do que vier a ser decidido por esta Corte à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, aos cuidados do Procurador do Estado Carlos Jacinto Pellegrino, em exercício na Procuradoria de Assistência Judiciária.

É como voto, na espécie dos autos.

COMENTÁRIOS

"A liberdade é a liberdade de dizer que dois e dois são quatro. Admitindo-se isto, tudo o mais decorre" — George Orwell., 1984.

A questão fática enfrentada no *habeas corpus* n. 75.379-5, julgado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, é de aparente habitualidade que, em um exame aprofundado, revela, com perspicácia, o perigo do automatismo judicante.

Com efeito, trata-se de crime de roubo circunstanciado pela causa de aumento prevista no inciso II do § 2.º, do art. 157 — concurso de duas ou mais pessoas. Procedência da acusação em primeira instância, ensejando a imposição de pena privativa de liberdade de seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão em regime fechado e à pena pecuniária de dezesseis dias-multa. Apelação da Defesa, acolhida que foi, parcialmente, pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, com a atenuação da reprimenda a cinco anos e quatro meses de reclusão e ao pagamento de treze dias-multa, mantendo-se, ademais, o regime prisional anteriormente estabelecido. Nova irresignação testificada, desta feita, pelo remédio heróico objetivando-se o estabelecimento do regime semi-aberto para o início de cumprimento da pena reclusiva. Concessão unânime da ordem.

A inegável constância de fatos como o presente teria o condão de torná-lo situação jurídica corriqueira e, lamentavelmente esquecida, acaso, o processo em baila não reunisse fatores que o retiraram de possível obscuridade. De fato, destacam-se, em um pólo, a lógica dosimétrica emergente da respeitável sentença monocrática, de outro, a ruptura desta levada a efeito pelo órgão colegiado e a intermediá-los a atuação da Defensoria Pública que contribuiu,

sobremaneira, para o voto supremo da lavra do Ministro Marco Aurélio.

Neste campo, muito embora iterativa seja a jurisprudência no sentido de vedar o emprego de *habeas corpus* para a correção de fixação de pena¹, tem se admitido tal remédio como meio rápido e eficiente para obstar possível constrangimento à liberdade decorrente de desrespeito ao princípio da individualização da pena, tal como, aliás, no caso em apreço².

(1) Nesse sentido: "Não é meio idôneo para rever a individualização de pena na sentença condenatória com observância do art. 42 do CP (atual art. 59)." (STF — HC — Rel. Cordeiro Guerra — DJU 02.04.1976). Ainda: "Via de regra, o *habeas corpus* dado o seu rito sumaríssimo, não comporta maiores indagações sobre a pena aplicada, já que depende esta do exame da personalidade do agente, seus antecedentes, grau de periculosidade e outros fatores de individualidade, os quais só podem ser apreciados através de recursos próprios. Contudo excepcionalmente, pode ser admitido, quando o reajuste da pena se faz ante manifesto erro de cálculo." (TACRIM-SP — HC- Rel. Chiaradia Neto — RT 413/251).

(2) Destaca-se: "A fixação da pena é questão de legalidade e se o Tribunal, como tantas vezes ocorre, pode corrigir o erro da sentença com os elementos que ela mesma proporciona, entende-se que o faça através de *habeas corpus*, que visa remover constrangimento devido a ilegalidade ou abuso de poder. Cf. sobre o assunto, extensamente, RDP 1/130. Em tais casos, reduzir a pena por tal via atenderá a conveniência da economia processual. Inadmissível seria recorrer a elementos estranhos à sentença e, inclusive, alheios ao processo. Nesse ponto, como em tantos outros, no entanto, o Supremo Tribunal Federal está voltando sobre seus passos. No Re 69.933, relator

Como é cediço, a fixação do regime inicial circunscreve-se à análise do *quantum* da pena imposta, à compatibilidade subjetiva do condenado aos regimes menos rigorosos e, obviamente, às balizas constantes no art. 59 do CP. Ora, sob este aspecto, a individualização da pena – aqui restrita ao âmbito da correspondência entre o estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e as circunstâncias judiciais – foi respeitada de modo harmônico pelo juízo singular. Na verdade, se as circunstâncias judiciais sopesadas conduziram à necessidade de estabelecimento de pena acima do limite mínimo, causaria espécie não fossem estas também consideradas para a fixação de regime prisional mais rigoroso. Cuida-se, pois, de mera obediência à expressão *poderá* – faculdade limitada às diretrizes extraídas da sistemática legislativa – inserida, pelo legislador, na alínea *b* do § 1.º do art. 33 do CP contraposta ao *deverá*, – de caráter nitidamente vinculatório – no caso de regime inicialmente fechado em se tratando de condenado a pena superior a oito anos – alínea *a* do citado artigo.

Todavia, ao conferir parcial provimento à apelação defensiva para tão somente fixar a pena privativa de liberdade no mínimo cabível à hipótese – menor *quantum* previsto no tipo fundamental, qual seja, quatro anos acrescidos, inevitavelmente, da causa especial

de aumento igualmente em sua fração mínima, ou seja, um terço –, rompeu o órgão revisor, segundo assertivas do Ministro Relator, a lógica até então presente ao manter o regime prisional mais severo. Fundamentou-se o órgão colegiado na alegada adequação do regime fechado à natureza do crime. Com efeito: “já o regime deve ser mesmo fechado. Ele é o único adequado para quem pratica roubo. Embora a importância subtraída seja reduzida, o réu portou-se com acinte e destemor. Mostrou insensibilidade, ameaçando mulher só e grávida. A violência está conseguindo intranquilizar toda a nacionalidade, e se existem infratores que não podem permanecer na prisão, outros há que dela não podem sair, como os assaltantes.”

Não se nega que a criminalidade – ao menos neste município – tem atingido índices crescentes e, há muito, preocupantes. Afirmação diversa seria no mínimo pueril. Não se trata de manipulação da violência como surrealisticamente se apregoa mas, ao contrário, de constatação fática que estranhamente não é observada por alguns. De qualquer modo, não se pode olvidar da necessária harmonia lógica a que está vinculado o Direito Penal, sendo defeso traduzi-lo, por ocasião da atividade jurisdicional, em constantes generalizações decorrentes de automatismo incompatível com a individualidade inerente a este ramo do Direito.

Com efeito, muito embora o congelamento descritivo seja característica das normas incriminadoras, este não pode ser repassado ao mundo fenomênico. Explico. O crime de roubo, como tantos outros, é de forma livre de realização. Destarte, embora subsumidos à mesma figura típica há notória diversidade qualitativa entre as condutas daquele que anuncia com palavras ou gestos o assalto, figurando, implicitamente uma

o eminente Min. Adálcio Nogueira, a 2.ª Turma entendeu que não é possível fixar a pena por via de *habeas corpus*. Na hipótese, o TFR havia concedido em parte o *habeas corpus* impetrado para reduzir a pena imposta. Recorreu extraordinariamente a Procuradoria, o Supremo Tribunal Federal, dando provimento ao recurso extraordinário, concedeu o *habeas corpus* de ofício, por maioria, para anular a sentença por contraditória na fixação da pena.” (STF – RE – Rel. Adalício Nogueira – RDP 5/14).

ameaça; daquele que, com uma pedra, faz a promessa de ofensa física para subtrair da vítima o bem móvel; daquele que fingindo portar uma arma concretiza a subtração; daquele que mediante gravata no pescoço do sujeito passivo atinge a consumação; daqueles que cercam a vítima, anunciando o assalto; daquele ou daqueles que, enfim, portando arma, arrebatam o objeto pertencente a outrem. Por tais motivos, ora constituindo elementares, ora circunstâncias, há, inexoravelmente, um grande espectro de reprimenda — quatro a dez anos de reclusão sem prejuízo de multa acrescida, eventualmente, de um terço até a metade —. Nada impede, ainda, que outros aspectos fáticos — não previstos como elemento típico ou mesmo causa de aumento ou de diminuição, evitando-se, pois, o *bis in idem*³ — sirvam como circunstâncias judiciais — art. 59 do CP —, sob o rótulo específico de *circunstâncias do crime*.

A natureza do crime, por si só, não pode levar à imposição de pena superior ao mínimo ou mesmo ao estabelecimento de regime mais rigoroso. Aquela já foi considerada pelo legislador, por ocasião do delineamento do limite mínimo e máximo da pena no preceito secundário da norma penal incriminadora, razão pela qual — apenas a título exemplificativo — a pena do furto simples poderá variar de um a quatro anos, enquanto a do roubo terá como limites quatro e dez anos. O mesmo se diga quanto ao regime prisional. Se o sistema fosse hermético, teria o legislador, desde já, complementado os tipos penais vinculando cada qual a um único regime prisional qualquer que fosse o *quantum* de pena. Assim, entretanto, não procedeu, pois, obviamente sensível estava às diversidades de realização de uma fór-

mula hipotética.

De qualquer modo, o que parece crucial na questão é não se poder estabelecer, por ocasião da atividade jurisdicional penal, fórmulas matemáticas, exatas e herméticas de fixação de pena e de regime prisional com base, exclusivamente, na gravidade abstrata da figura típica sem se ater às infinitas formas de sua realização, deixando, ainda, no campo do esquecimento jurídico outros fatores estabelecidos pelo legislador como necessários à análise do fato, que o tornam sempre particular e único. A se agir de forma contrária, estar-se-ia, rompendo, de modo definitivo a equidade.

Nem se argumente que a crescente incidência de crimes que tais é fator para se estabelecer como regra fundamental, na atividade jurisdicional, a obrigatoriedade do regime mais severo de cumprimento da pena privativa de liberdade. A se seguir tal linha, estaríamos, inexoravelmente, estabelecendo uma regra de grandezas. E, esta, nos conduziria ao tratamento jurisdicional benéfico de suposto roubo ocorrido em uma sociedade — utópica — na qual a incidência de tal modalidade fosse inexistente e, portanto, não causadora de “intranquilidade social”. Reconheça-se não haver lógica em tal ilação. A reprovabilidade da conduta não é diretamente proporcional à quantidade de sua realização. Com efeito, a comoção social gerada por um crime certamente será, igualmente, intensa naquele grupo que, porventura, nunca tenha experimentado tal acontecimento.

A motivação das decisões judiciais e a individualização da pena, como é assente, constituem garantias fundamentais que devem ser respeitadas. Tais premissas, aliás, têm sido sistematicamente observadas pela jurisprudência. De fato, a sentença deve ser fundamentada sob pena de nulidade⁴, não bastan-

⁽³⁾ Nesse sentido: JC 19/20.

do a simplória assertiva, por exemplo, de que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis⁵ e, tampouco, a alegação de que a natureza do crime, por si só, seja suficiente para elevar a pena acima do limite mínimo⁶, impondo-se, pois, ao juiz a especificação dos motivos, dentre aqueles estabelecidos em lei, que o levaram à fixação da pena base acima do limite mínimo⁷.

Some-se a tais, o presente acórdão do Supremo Tribunal Federal que, muito embora, aplicável, em seus limites, ao caso a ele remetido, estende seu campo de atuação além do que a processualística permite, implicando, no mínimo, em um repensar acerca da odiosa prática jurisdicional de se estabelecer fórmulas próprias das ciências exatas ao Direito Penal, notadamente, à individualização da pena, testificadas aqui pela idéia de que o crime de roubo, abstratamente considerado, ou seja, apenas em razão de sua forma típica, por si só, é incompatível com o regime semi-aberto.

Assim procedendo, o juiz supera a própria vontade do legislador que, até então, havia imposto obrigatoriamente o regime fechado, com exclusividade, aos crimes hediondos – Lei n. 8.072/90 –, proclamando-se que o regime fechado é o único adequado a quem pratica roubo, quando sequer implicitamente, o legislador assim se manifestou. O perigo destes falsos dogmas gera situações como aquelas enfrentadas no julgamento em tela, no qual as circunstâncias judiciais foram suficientes para estabelecer o *quantum* da pena no mínimo possível, mas não foram hábeis, em desrespeito ao disposto no inciso III do art. 59 do CP, para fixação do regime inicial. A

imposição de regime prisional mais rigoroso deveria ser fundamentada em outras circunstâncias que não se restringissem à simples natureza do crime, tais como: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, aos motivos e às circunstâncias do crime e ao comportamento da vítima.

Imperioso, pois, não confundir liberdade, com discricionariedade. Sob este aspecto, oportuno é o credenciado magistrado de Alberto da Silva Franco, no sentido de que “a fixação da pena dentro de balizas estabelecidas pelas margens penais constitui, conforme o art. 59 da PG/84, uma tarefa que o juiz deve desempenhar de modo discricionário, mas não arbitrário. O juiz possui, no processo individualizador da pena, uma larga margem de discricionariedade, mas não se trata de discricionariedade livre e sim como anota Jescheck (*Tratado de Derecho Penal*, vol. II/1191, 1981) de discricionariedade juridicamente vinculada, posto que está preso às finalidades da pena e aos fatores determinantes do quantum punitivo”⁸.

A mágica da atividade jurisdicional penal repousa, pois, neste aspecto, qual seja, a necessidade de especificação do fato e do agente e, como corolário na individualização da pena, cujos critérios estabelecidos pelo legislador já permitem um vasto campo de atuação do magistrado, tornando a tarefa vibrante e apaixonante. A justiça composta por homens é aquela que não se resume à simples conclusão de que dois e dois são quatro. Embora quantitativamente a regra seja a mesma, cada unidade é sempre qualitativamente diversa, razão pela qual nenhum grupo de quatro será igual a outro.

(4) Nesse sentido: STF, HC 63.435.

(5) Nesse sentido: RT, 607/396.

(6) Nesse sentido: TJPR, A.Crim., 1826, PJ 15/245.

(7) Nesse sentido: RECrIm. 114.783.

(8) In *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. V. 1, t. 1, Parte geral. 6.ª ed. RT. Comentários ao art. 59, p. 876.

8. JURISPRUDÊNCIA

8.2 Jurisprudência Comentada

IMUNIDADE PARLAMENTAR

RENÉ ARIEL DOTTI

Ementa: Imunidade parlamentar – Representação criminal contra senador – Fato coberto pela cláusula de imunidade – Despacho do relator determinando o arquivamento.

DESPACHO:

1. O PEDIDO

Paulo Sérgio Gallotti Prisco, Secretário da Fazenda do Estado de Santa Catarina, oferece representação contra o Senador da República Roberto Requião.

Narra a inicial: “No dia 30.04.1997, o Relator (Senador Roberto Requião) e o Sub-Relator (Senador Wilson Kleinübing) da CPI (que apura irregularidades na emissão de títulos públicos) ... tornaram pública a descoberta, a partir da quebra do sigilo bancário do Representante, de dois depósitos realizados em conta sua no Banco de Crédito Real, que juntos somavam aproximadamente R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).”

Esses depósitos tiveram origem na venda, em pregão de bolsa, de ações de propriedade do Representante. Tal fato foi levado ao conhecimento da CPI. É versão da inicial.

Prossegue a representação: “(Tanto o Relator com o Sub-Relator) *levaram a público a hipótese de que entre tal venda e os depósitos feitos na conta do Representante existiria algum tipo de conexão criminosa, imputando ao Representante ... o recebimento de ‘comissão’*”.

Articula-se com base nos arts. 53, § 4º e 102, I b da CF. Imputa os crimes de calúnia e difamação (arts. 138 e 139 do CP). O Procurador-Geral da República manifestou-se

pelo arquivamento (art. 53, *caput*, da CF – fls. 189/190).

2. AS IMUNIDADES PARLAMENTARES.

2.1 O IMPÉRIO

O instituto das imunidades parlamentares, no Brasil, remonta às *Bases da Constituição Portuguesa* de 1821 (Afonso Arinos, *Prerrogativas do Poder Legislativo*, verbete de Ciência Política, 3/118).

Eis o texto:

“Art. 28. Os deputados das Cortes são, como representantes da nação, invioláveis nas suas pessoas e nunca responsáveis pelas suas opiniões.”

No Império, sobreveio o art. 26 da Constituição de 1824:

“Art. 26. Os membros de cada uma das Câmaras são invioláveis pelas opiniões que *proferirem no exercício de suas funções*.”

O texto imperial prosseguiu na linha das *Bases Portuguesas*. Substituiu, no entanto, a expressão “como representantes da Nação” por uma esclarecedora cláusula restritiva: “... que *proferirem no exercício de suas funções*”.

A Constituição Imperial não acolheu a fórmula que tinha como núcleo da prerrogativa o *local da manifestação das opiniões*. Tal fórmula estava no projeto da Comissão Especial da Constituinte de 1823 (relator, Deputado Antônio Carlos de Andrada):

“Art. 72. Os deputados e senadores são invioláveis pelas suas opiniões proferidas na assembléia.”

Os Constituintes de 1823, cuja Assembléia foi dissolvida pelo decreto de 12.11.1823, pretenderam alinhar-se aos textos anglo-saxões:

BILL OF RIGHTS

"§ 9.º. The freedom of speech or debates or proceedings in parliament ought not be impeached or questioned in any court or place out of Parliament."

SPEECH OR DEBATE CLAUSE (Constituição Americana de 1787)

"The Senator and Representatives ... shall, in all cases except treason, felony, and breach of the peace, be privileged from arrest, during their attendance and the session of their respective houses, and in going to and returning from the same; and for any speech or debate in either house they shall not be questioned in any other place."

O texto imperial preferiu a fórmula da Constituição Francesa de 1791:

"Les représentants de la nation sont inviolables: ils ne pourront être recherchés, accusés ni jugés en aucun temps pour ce qu'ils auront dit, écrit ou fait dans l'exercice de leurs fonctions de représentants" (Art. 7, Section V, Chapitre I Titre III).

Esta fórmula de 1791 não foi adotada pelo "Terceiro Estado".

Após ter se autoproclamado, por instigação de Mirabeau, em Assembléia nacional (17.06.1789), o "Terceiro Estado" editou o Decreto de 23.06.1789:

"L'Assemblée nationale déclare que la personne de chacun de députés est inviolable, que tout particulier, toute corporation, tribunal, cour ou commission qui oseraient, pendant ou après la présente session, poursuivre, rechercher, arrêter ou faire arrêter, détenir ou faire détenir un député pour raison d'aucune proposition, avis, opinion ou discours par lui fait aux états généraux ..., sont infâmes et traîtres envers la nation et coupables de crime capital..."

Mas, a França oscilou de uma solução para outra:

A) O Ato Constitucional de 24.06.1793, retorna à solução de 1789:

"Art. 43. Les députés ne peuvent être recherchés, accusés ni jugés en aucun temps, pour les opinions qu'ils ont énoncées dans le sein du corps législatif."

B) A Constituição do 5 do Frutidor do ano III (22.10.1795) volta à fórmula de 1791:

"Art. 110. Les citoyens qui sont ou ont été membres du corps législatif, ne peuvent être recherchés, accusés, ni jugés en aucun temps, pour ce qu'ils ont dit ou écrit dans l'exercice de leurs fonctions."

Essas oscilações do direito francês, que prosseguiram após 1791, não são meras modificações estilísticas de enunciados. São alterações de proposições jurídicas, dando-lhes conteúdo significativa diverso.

Uma coisa é disciplinar o instituto da imunidade para admiti-lo nos casos e hipóteses de opiniões enunciadas *no seio do parlamento* ou nos *speech or debate* no parlamento. Outra, bem diversa, é o instituto abranger somente as opiniões enunciadas *quando do exercício das funções parlamentares*.

A primeira solução só admite a imunidade para as opiniões pronunciadas (a) no âmbito da Casa Legislativa ou, ainda mais restritamente, (b) nos debates travados na mesma Casa.

A segunda solução tem como critério a prática do ato *quando do exercício das funções parlamentares*. Esta fórmula admite a incidência do instituto para atos praticados fora do âmbito físico do parlamento.

O Império, portanto, esteve com a segunda solução, que podemos chamar de mais liberal.

2.2 A REPÚBLICA

A Constituição de 1891 alterou o enunciado imperial substituindo o vocábulo *funções* por *mandato* e acrescentando *palavras e votos*:

"Art. 19. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos *no exercício do mandato*".

O novo texto propiciou exegese diversa da autorizada pela Carta Imperial.

Estabeleceu a 1.ª Constituição Republicana o exercício do mandato, e não o exercício das funções parlamentares, como fonte da prerrogativa.

Já a Constituição de 1934 volta, com enunciado diferente, ao modelo da proposição imperial, quando reintroduz a expressão *funções*:

“Art. 31. Os Deputados são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos *no exercício das funções do mandato*.”

Em 1946, suprime-se a expressão *das funções* e altera-se o enunciado para:

“Art. 44. Os Deputados e os Senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos.”

Este texto de 1946 é reproduzido pelo art. 34 da Carta de 1967.

A Emenda n. 1 de 1969 manteve a primeira parte do dispositivo de 1946 e acrescentou restrições célebres: ... *salvo nos casos de injúria, difamação, ou calúnia, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional* (art. 32).

A Emenda Constitucional n. 11, de 1978 suprimiu a referência aos casos de injúria, difamação e calúnia e manteve a restrição quanto a *crimes contra a segurança nacional*.

A Emenda Constitucional n. 22, de 1982, suprimiu a referência aos crimes contra a Segurança Nacional e reintroduziu a restrição quanto aos *crimes contra a honra*.

Chegamos em 1988.

A Constituição, no *caput* do art. 53, retira todas as restrições que o direito constitucional brasileiro conheceu – *exercício do mandato e exercício de suas funções*:

“Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.”

2.3 A SOLUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Os textos acima reproduzidos certificam variações redacionais que anunciam decisões distintas quanto ao *âmbito de validade* do instituto (Kelsen).

Na França, a oscilação entre um critério *funcional* e um *espacial*, encontra até 1795, prosseguiu nos textos posteriores.

A Constituição de 04.11.1848 volta ao sistema de 1789 e 1793 quando circunscreve a inviolabilidade material “pour les opinions qu'ils auront émises dans le sein de l'Assemblée Nationale”.

Após, a Lei Constitucional de 16.07.1875 (art. 13) e as Constituições de 1946 (art. 21)

e de 1958 (art. 26), repetiram a fórmula “dans l'exercice de ses fonctions”.

A exegese desses dispositivos constitucionais, como, de resto, qualquer interpretação de texto legal, não pode se furtar a regra de Carlos Maximiliano:

“(f) Presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas; devem todas ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva” (in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 110, Forense, 11.^a ed.)

É evidente que as Constituições históricas tiveram um condicionamento político que se traduziu em textos com sentido jurídico diverso, consoante foi examinado acima.

De um lado, o alcance do instituto limitado pela fórmula *exercício de suas funções de representantes*, encontrada nos textos franceses de 1791, 1795, 1848, 1946 e 1958 e, ainda, nos brasileiros de 1824 e 1934, como, também, nos textos de 1891 e 1946.

De outro lado, a extensão do instituto relativizada por critério espacial consistente na fórmula *proferidas na Assembléia do Bill of Rights*, da Constituição Americana e das Cartas francesas de 1789, 1793 e 1848.

A *Speech or Debate Clause*, da Constituição Americana, produziu exegese restritiva. Limitou-se o instituto aos debates na Casa de Representantes. No entanto, tal postura sofreu libelo do Chief Justice Parsons, que acabou aproximando a cláusula com a outra posição:

“... I therefore think that the article ought not be construed strictly, but liberally, that the full design of it may be answered. I will not confine it to delivering na opinion, uttering a speech or haranguing in debate; but *will extend it to the giving of a vote, to the making of a written report, and to every other act resulting from the nature, and in the execution, of the office.*

“... I do not confine the member to his place in the House; and I am satisfied that there are cases in which he is entitled to this privilege, when not within the walls of the representatives chamber” (David Watson, *The Constitution of the United States*, vol. I. p. 326-327, Chicago 1910).

No entanto, a Constituição Brasileira de 1988 afasta-se de ambas as tradições ocidentais e *suprime as restrições funcional e espacial*.

Não se pode deixar de valorar a explícita opção supressiva da Carta de 1988.

Se não levamos em conta essa opção, teremos de considerar, como subsistente, a resposta dada por Pontes de Miranda à questão da extensão da imunidade nos comentários aos diplomas de 1946, 1967 e 1969:

“mas é preciso saber-se onde principia e até onde vai. Só se profere, ou escreve, no exercício da função, — discursos no recinto, pareceres e votos proferidos no edifício do corpo legislativo ou nas sessões conjuntas, opiniões emitidas no desempenho de comissões da sua câmara, ou em qualquer lugar por incumbência dela. ... É punível o que o deputado ou senador disse ou escreveu fora da câmara ou da função, e.g., em banquetes para que não foi por ela designado, em *meetings*, jornais, ou livros.” (*Comentários à Constituição de 1946*, t. II, p. 407-408, Borsoi, 1963).

Essa resposta estava autorizada pelo texto constitucional que limitava a imunidade ao *exercício do mandato* (art. 44, da CF de 1946).

Na mesma linha prelecionava Leon Duguít, porque examinava o tema sob a égide da Lei Constitucional Francesa de 1875:

“L'irresponsabilité parlementaire n'existe que pour les actes faits pour le député ou sénateur dans l'exercice de ses fonctions; mais elle existe pour tous ces actes. Cela comprend d'abord les discours prononcés, non seulement en séance publique, mais encore en commission, tous ces discours, alors même qu'ils auraient été l'objet d'une publicité spéciale par suite d'un affichage ordonné par la chambre, leur rapports lus en séance publique ou publiés par le Journal officiel ou les journaux, et aussi les votes exprimés par les députés ou sénateurs. Cette irresponsabilité protège aussi le député à l'égard des actes faits par lui dans une commission d'enquête parlementaire” (*Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, 1924, vol. 4, p. 207-208).

A questão, examinada por esses juristas não se põe, da mesma forma e extensão, diante da Carta de 1988. O art. 53 suprimiu a menção ao exercício do mandato e não o fez somente por ser desnecessária a restrição. Suprimiu para dar outro contexto de incidência e aplicação da prerrogativa. Observe-se que a mesma

Carta, quando trata das prerrogativas dos Vereadores, retoma a cláusula do “exercício do mandato” e cria outra restrição:

“Art. 29...

“VI. inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos *no exercício do mandato e na circunscrição do município*”.

Quer a Constituição Federal de 1988 outro tratamento para a prerrogativa quando se tratar de Parlamentares Federais (art. 53) e estaduais (art. 27, § 1.º). A sua opção foi explícita quando, para estes, suprimiu o que os textos anteriores continham e, para os vereadores, manteve com acréscimo.

O texto de 1988 passou a valorar a *atividade política* do parlamentar.

Entenda-se como exercício do mandato ou de suas funções, todas aquelas atividades vinculadas ao desempenho, pelo Parlamentar, de suas funções constitucionais. É o parlamentar, nessa perspectiva, um agente das funções para viabilizar a realização, pelo Parlamento, de suas funções.

A atividade política do Parlamentar inclui o exercício do mandato e de suas funções. No entanto, nele e nelas não se esgota. É mais ampla.

A atividade política dos parlamentares abrange uma gama de funções e tarefas de natureza vária. É nos partidos, cuja responsabilidade é maior que a dos parlamentares; é nas eleições; é nos debates na mídia etc.

No entanto, não tem sido esta a percepção.

Para o Ministro Celso de Mello:

“... Ao contrário do que ocorria no regime constitucional anterior (RDA 151/141), em que havia cláusula subtraindo ao âmbito da incidência da imunidade material os delitos contra a honra ... restabeleceu-se, agora, em sua plenitude, essa prerrogativa da instituição parlamentar.”

“Isso, no entanto, não significa que a imunidade material, hoje, em face do texto constitucional vigente, tenha se elasticado a tal ponto que abranja e proteja o congressista na prática de atos qualquer, ainda que desvinculados do exercício do ofício congressual. É evidente que somente serão passíveis dessa tutela institucional, dessa especial proteção

jurídico-constitucional, os atos cuja prática seja, em verdade, *imutável ao exercício do mandato legislativo*, havendo, pois, de identificar a necessária existência de um nexo de causalidade entre a prática do ato e o exercício da atividade legislativa". (Inq. n. 510-0/143, RTJ 135/512).

Esta é a posição da doutrina produzida no regime anterior. Não valora as supressões do novo texto.

Há que se entender que o objeto da prerrogativa, hoje, não é a "prática de atos quaisquer", mas o exercício da atividade política do parlamentar. *Esta é mais do que* "os atos cuja prática seja ... *imputável ao exercício do mandato legislativo*".

É a persistência do pensamento tradicional.

Correto Carlos Maximiliano, citado no voto, quando afirma que "a prerrogativa não isenta de processo o representante *pelo que ele diz na qualidade de homem particular e fora do Congresso*." ("Comentários", p. 355, item n. 258, 3.^a ed., 1929). É evidente que a atividade política não contém essa hipótese.

Damásio de Jesus deixou muito claro a permanência da concepção tradicional:

"...o art. 32, *caput*, da CF de 1969, ao disciplinar a imunidade parlamentar material dos deputados e senadores, exigia que o fato tivesse sido cometido 'no exercício do mandato'. A atual Constituição Federal não repetiu a locução no art. 53, *caput*. Não obstante cremos que a exigência deve ser mantida, a prerrogativa alcançando somente as manifestações escritas ou orais, as exposições em comissões, etc., desde que guardem relação com o exercício da função (fora ou dentro do recinto da casa), não compreendendo as manifestações particulares (privadas), desligadas da atividade oficial de legislador" (*Código de Processo Penal Anotado*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 57).

Esse texto polariza "atividade oficial de legislador" e "manifestações particulares (privadas)".

Desconhece o que a Constituição valorou: atividade política do parlamentar, que é, repita-se, mais do que *atividade oficial de legislador*.

A imunidade, pelo novo texto, vai além do mandato do parlamentar. Abrange a atividade

política desempenhada pelo mesmo, que é mais ampla e aguda, nos dias de hoje, que àquela.

Por isso, ousou discordar de Paulo Brossard quando afirma que "não precisava dizer que era no exercício do mandato, porque a imunidade é exatamente para proteger o mandato parlamentar" (Inq. 396-3 DF).

O enunciado tradicional foi alterado. A proposição jurídica nele contida tem outra abrangência.

O Ministro Sepúlveda Pertence, em voto no mesmo Inquérito, acompanhando o Ministro Otávio Gallotti que afirmara que o "silêncio (do art. 53) não tem, todavia, o efeito de tornar extensivo, para além do exercício do mandato, a proteção da imunidade material, pois essa não pode ser entendida como um privilégio pessoal do deputado ou senador, mas como verdadeira garantia da independência do exercício do poder legislativo", conclui:

"Não creio, por exemplo, que o tratar-se de 'exteriorização da opinião política' seja bastante para, em qualquer hipótese, expungir a criminalidade da ofensa à honra alheia perpetrada por membros do Congresso Nacional: do contrário, estaria consagrado em seu favor e em detrimento de seus adversários um injustificável privilégio, por exemplo, nas campanhas eleitorais em que disputassem a reeleição ou outro cargo eletivo" (RTJ 131/1043/1048).

O argumento não considera a opção adotada pelo texto constitucional.

A questão é explicitar-se o que se contém em *atividades políticas*, nas quais as opiniões e palavras são protegidas. Só assim definiremos o âmbito de abrangência da prerrogativa.

Reconheço a dificuldade, que não autoriza desconhecer a supressão, com alteração de conteúdo, na Constituição de 1988.

Tenho presente a recomendação de Jean-François Aubert:

"Or une règle critiquable doit être abrogée, ou *emendée*; elle doit pas être tournée" (*Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, Neuchâtel, 1967, vol. II, p. 467).

A vivificação da norma constitucional, assumida a sua opção, explicará seu conteúdo.

A aplicação a casos concretos produzirão sua inteligibilidade. Parece evidente, por exemplo, não se conter em "atividade política" as

opiniões e palavras de um parlamentar sobre a conduta de seu senhorio no que diz com a locação de imóvel. É a hipótese de Maximiliano - afirmações "na qualidade de homem particular".

3. CONCLUSÃO

As manifestações do Senador-Representado foram feitas no exercício, e em razão do exercício, de funções que desempenha em Comissão Parlamentar de Inquérito.

Este caso não permite as discussões relativas ao tratamento do tema na Constituição de 1988.

Adentra-se em qualquer um dos tratamentos históricos da prerrogativa.

Não é de ser emitido, para os efeitos de ação penal, qualquer juízo de valor sobre as declarações imputadas.

Estava o Representante sob o manto do art. 53.

Impossível prosseguir.

Acolho o requerimento pelo Procurador-Geral da República.

Arquive-se (art. 231, § 4.º, RISTF).

Publique-se.

Brasília, 01.08.1997 - Ministro NELSON JOBIM, Relator⁽¹⁾

COMENTÁRIOS

1. No momento em que as atenções nacionais se dirigem à Câmara dos Deputados e, mais especificamente, aos processos de cassação de mandatos, com destaque para os episódios que envolveram o Deputado Sérgio Naya, o tema da imunidade parlamentar é retomado para a discussão por setores da administração da Justiça, pelos meios de comunicação social e pela opinião pública de modo geral.

Como é curial, a imunidade parlamentar constitui um dos aspectos inerentes à soberania popular que é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos (CF art. 14). Essa primeira *petição de princípio* se desdobra em duas conclusões: a) a imunidade é uma *prerrogativa* instituída em função do exercício independente e autônomo do mandato; não é um *privilegio* concedido em favor da pessoa do mandatário; b) a prerrogativa da imunidade é irrenunciável posto não ser uma faculdade do parlamentar, mas da Casa a que ele pertence.

2. Sob outro aspecto, convém reafirmar que a imunidade parlamentar é uma das mais importantes conquistas da democracia representativa e uma expressão vigorosa do Estado Democrático de Direito para tornar factíveis os princípios fundamentais da República Federativa: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (CF art. 1.º).

O país e a sociedade ainda sofrem as maléficas consequências dos Atos Institucionais baixados pelo Governo militar em 09.04.1964 (AI n. 1) e 13.12.1968 (AI n. 5), este último com eficácia até 13.10.1978, quando foi revogado pela Emenda Constitucional n. 11/78. Durante aqueles *anos de chumbo* os mandatos legislativos federais, estaduais e municipais podiam ser cassados, excluída a apreciação judicial desses atos praticados "nos interesses da paz e da honra nacionais" (AI n. 1, art. 10) ou "no interesse de preservar a Revolução" (AI n. 5, art. 4.º). As cassações foram aplicadas, primeiramente pelos Comandantes - em Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica (de 09.04.1964 até 31.01.1966) e, depois,

⁽¹⁾ Cópia integral do despacho publicado no Diário da Justiça, de 14.08.1997, seção I, p. 36.779-81. (Destques do original).

pelo Presidente da República que não fora eleito mas, sim, escolhido pelo sistema de poder militar que governava o país.

3. Independentemente, porém, das perniciosas conseqüências institucionais geradas pelos regimes autoritários de poder, o mandato parlamentar deve ficar a salvo de intervenções ilegítimas e ilegais principalmente quando a Nação, o Estado e o povo estão convivendo sob as coordenadas do Estado Democrático de Direito. A Constituição de 1988, ao prever as hipóteses do *estado de defesa* e do *estado de sítio* (arts. 136 e 137 a 139) preserva o funcionamento do Congresso Nacional que decide sobre a decretação ou prorrogação do primeiro e autoriza a decretação do segundo. Durante o *estado de defesa* haverá restrição aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio de associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica (CF art. 136, § 1.º, I). Outras medidas coercitivas poderão ser adotadas como a ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública e a prisão por crime contra o Estado (CF art. 136, § 2.º e 3.º). O *estado de sítio* será decretado quando houver comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida adotada durante o estado de defesa, ou, ainda, no caso de declaração de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. Sob a vigência do estado de sítio poderão ser tomadas as seguintes medidas: a) obrigação de permanência em localidade determinada; b) detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; c) restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; d) suspensão

da liberdade de reunião; e) busca e apreensão domiciliar; f) intervenção nas empresas de serviços públicos e g) requisição de bens (CF arts. 137 e 139).

Em todas as hipóteses fatuais referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio, a independência, a liberdade e outras franquias do Congresso Nacional ficam resguardadas e os seus membros são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.

4. No *affaire* do Senador Roberto Requião, acusado de ter praticado crime contra a honra em face de informações e entrevistas prestadas na qualidade de relator da Comissão Parlamentar de Inquérito, o Procurador Geral da República, Geraldo Brindeiro, opinou pelo arquivamento da representação. Vale transcrever alguns trechos de seu parecer: “O parlamentar teria praticado os delitos mencionados em entrevistas concedidas à imprensa, nas quais foram feitas afirmações sobre o eventual envolvimento do representante Paulo Sérgio Gallotti Prisco Paraíso nos fatos que estão sendo apurados pela denominada ‘CPI dos Títulos Públicos’ ou ‘CPI dos Precatórios’. (...) Além do mais, em casos de delitos contra honra, cometidos por parlamentar, deve-se confrontar os fatos com o disposto no art. 53, *caput*, da Constituição Federal, que prevê a inviolabilidade das opiniões, palavras e votos dos Senadores da República e dos Deputados Federais. Essa imunidade parlamentar material, consoante a doutrina e a jurisprudência, é causa excludente da ilicitude penal, cujo alcance depende, nas palavras do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, do *nexo de implicação recíproca*, verificável entre a manifestação do pensamento e a condição de congressista. Na hipótese em exame, o teor das palavras proferidas pelo representado através da imprensa importa em manifestação intimamente ligada ao objeto da investigação

realizada pela Comissão Parlamentar de Inquérito dos Títulos Públicos, da qual o Senador Roberto Requião é relator. Logo, há de incidir na espécie a citada imunidade parlamentar material, prevista no art. 53, *caput*, da Carta da República e que exclui mesmo o crime. Ante o exposto, o *Ministério Público Federal* requer o arquivamento do presente inquérito.”²

5. O pronunciamento do Ministério Público Federal foi acolhido sem ressalva pelo Relator, Ministro Nelson Jobim. Ao reverso, mereceu do talentoso jurista um despacho que deve ser transcrito como um dos documentos mais lúcidos já produzidos na história da judicatura brasileira. A atualidade das informações legislativas, o tratamento científico do tema e a visão publicística da atividade parlamentar, são algumas das virtudes da meritória decisão que compõe uma fulgurante página da *alta jurisprudência*.

6. O despacho não se refere ao tema da responsabilidade civil, matéria não questionada pela representação e não tocada pelo parecer do Ministério Público Federal. Entendo, porém, que a cláusula de imunidade parlamentar, assim como está posta em nossa lei fundamental, tem caráter absoluto e excludente geral de ilicitude. Muito mais que o exercício regular de um direito, as opiniões, as palavras e os votos do representante popular caracterizam o estrito cumprimento de dever legal (CF art. 53, c/c o art. 23, III, primeira parte, do CP).

O art. 160, I do CC é taxativo ao excluir a ilicitude dos atos quando praticados “em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”. Essa última *cláusula salvatória*

deve ser interpretada extensivamente quando o ato caracterize o exercício da função parlamentar.

Outra solução, ou seja, a residual responsabilidade civil, expondo o parlamentar aos inconvenientes e aos dissabores de uma ação de indenização, por perdas e danos materiais ou morais, constituiria um paradoxo do sistema e uma ofensa à garantia da imunidade. Com efeito, o Deputado ou Senador ficaria protegido contra a ação penal por uma infração de menor potencial ofensivo (como a difamação ou a injúria) mas deveria se submeter, como réu, a uma milionária ação cível.

Desse entendimento resulta a conclusão de que a cláusula constitucional de imunidade parlamentar não admite qualquer exceção fundada no interesse privado de preservação da honra ou outros direitos da personalidade (CF art. 5.º, X). Em outras palavras: a imunidade constitui uma causa de exclusão de ilicitude criminal e também civil.

7. O antigo e sempre renovado confronto entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade³, deve ser resolvido na doutrina e na jurisprudência através de um *processo de balanceamento de bens em conflito*. Trata-se de uma situação particular do estado de necessidade como causa geral da exclusão da ilicitude. O Anteprojeto de *Lei de Imprensa*, elaborado por comissão instituída pela Ordem dos Advogados do Brasil, procura resolver a questão com a seguinte proposta inscrita no art. 8.º: “O conflito entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade, entre eles os relativos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, será resolvido em favor do interesse

(2) Parecer n. 8.253/GB, de 02.06.1997. Inquérito n. 1.296-3/140-SC).

(3) Entre muitos, veja-se Miguel Urabayen, *Vida Privada e Información: un Conflicto Permanente*, Ediciones Universidad de Navarra S/A, Pamplona, 1977.

público visado pela informação". O parágrafo único desta norma, declara que não caracterizam violação aos direitos da personalidade: a) a divulgação da informação dada pela autoridade pública; b) a divulgação da imagem ou do som colhidos em local público ou de acesso ao público; c) a narração e a crítica de fatos de interesse público; d) a publicação ou transmissão de informações colhidas nas Casas Legislativas e em procedimentos administrativo ou judicial, ressalvados os casos legais de sigilo.⁷⁴

8. Sob outro aspecto, não há reprovabilidade jurídica na conduta do Deputado ou Senador em prestar informações e tecer comentários quando o faz na qualidade de membro de uma CPI, deve apurar fatos determinados e de interesse coletivo. A regra constitucional de exclusão de ilicitude material é também refletida pelo art. 27, II e VIII da Lei n. 5.250, de 09.02.1967, *verbis*: "Não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação: II – a *reprodução*, integral ou resumida, desde que não constitua matéria reservada ou sigilosa, de *relatório*, pareceres, decisões ou atos proferidos pelos órgãos competentes das *casas legislativas*; VIII – a crítica inspirada pelo interesse público".

Tais preceitos envolvem duas liberdades essenciais ao Estado Democrático de Direito: a liberdade de informação e a liberdade de crítica dos atos da administração pública. A propósito, já tive oportunidade de sustentar que o princípio da liberdade de informação é expressamente contemplado no art. 220,

caput, da Constituição e caracteriza uma das bases do regime político de participação pluralista e um dos pilares do Estado Democrático de Direito. O princípio tem limites opostos pela própria Carta Política, caracterizados pela reserva de proteção de alguns bens jurídicos da personalidade: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, cuja violação obriga a indenizar o dano material ou moral consequente (art. 5.º, X). Outras restrições à liberdade de informação, decorrem da proibição do anonimato, dos direitos de resposta ou retificação, da liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício e profissão, bem como do acesso à informação e o resguardo do sigilo da fonte, quando necessário à atividade profissional (CF, art. 220, § 1.º, c/c o art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV).⁵

9. A única hipótese de responsabilidade do parlamentar pelos abusos que possa vir a cometer no desempenho do mandato é a de natureza regimental. Essa conclusão, aliás, se harmoniza com a histórica e secular carta: *Bill of rights*. Só o Parlamento poderá exercer o seu poder de punição quanto aos excessos de linguagem cometidos pelos seus membros.

É, aliás, o que a sabedoria centenária das *Declarações de Direitos* já o demonstrou de forma insuperável com a cláusula de proteção de 13.02.1689:

"Que a liberdade de palavra e os debates ou processos parlamentares não devem ser submetidos a acusação ou apreciação em nenhum tribunal ou em qualquer lugar que não seja o próprio Parlamento" (9.^a).

(4) A comissão foi coordenada pelo Ministro Evandro Lins e Silva e o *disegno di legge*, relatado por René Ariel Dotti, foi publicado no *Diário do Congresso Nacional*, seção II, de 14.08.1991, p. 4.763 e s.

(5) René Ariel Dotti, *Princípios constitucionais relativos aos crimes de imprensa*, em Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n. 10, abr.-jun., 1995, p. 119.

LEI 9.609, DE 19.02.1998

Dispõe sobre proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País e dá outras providências.

O Presidente da República.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Capítulo I**DISPOSIÇÕES PRELIMINARES**

Art. 1.º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento de informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Capítulo II**DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE AUTOR E DO REGISTRO**

Art. 2.º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

§ 1.º Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.

§ 2.º Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1.º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação.

§ 3.º A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

§ 4.º Os direitos atribuídos por esta Lei ficam assegurados aos estrangeiros domiciliados no exterior, desde que o país de origem do programa conceda, aos brasileiros e estrangeiros domiciliados no Brasil, direitos equivalentes.

§ 5.º Inclui-se dentre os direitos assegurados por esta Lei e pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País aquele direito exclusivo de autorizar ou proibir o aluguel comercial, não sendo esse direito exaurível pela venda, licença ou outra forma de transferência da cópia do programa.

§ 6.º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos casos em que o programa em si não seja objeto essencial do aluguel.

Art. 3.º Os programas de computador poderão, a critério do titular, ser registrados em órgão ou entidade a ser designado por ato do Poder Executivo, por iniciativa do Ministério responsável pela política de ciência e tecnologia.

§ 1.º O pedido de registro estabelecido neste artigo deverá conter, pelo menos, as seguintes informações:

I – os dados referentes ao autor do programa de computador e ao titular, se distinto do autor, sejam pessoas físicas ou jurídicas;

II – a identificação e descrição funcional do programa de computador; e

III – os trechos do programa e outros dados que se considerar suficientes para identificá-lo e caracterizar sua originalidade, ressalvando-se os direitos de terceiros e a responsabilidade do Governo.

§ 2.º As informações referidas no inciso III do parágrafo anterior são de caráter sigiloso, não podendo ser reveladas, salvo por ordem judicial ou a requerimento do próprio titular.

Art. 4.º Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de

contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos.

§ 1.º Ressalvado ajuste em contrário, a compensação do trabalho ou serviço prestado limitar-se-á à remuneração ou ao salário convencional.

§ 2.º Pertencerão, com exclusividade, ao empregado, contratado de serviço ou servidor os direitos concernentes a programa de computador gerado sem relação com o contrato de trabalho, prestação de serviços ou vínculo estatutário, e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, da empresa ou entidade com a qual o empregador mantenha contrato de prestação de serviços ou assemelhados, do contratante de serviços ou órgão público.

§ 3.º O tratamento previsto neste artigo será aplicado nos casos em que o programa de computador for desenvolvido por bolsistas, estagiários e assemelhados.

Art. 5.º Os direitos sobre as derivações autorizadas pelo titular dos direitos de programa de computador, inclusive sua exploração econômica, pertencerão à pessoa autorizada que as fizer, salvo estipulação contratual em contrário.

Art. 6.º Não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador:

I — a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda;

II — a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos;

III — a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância, de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão;

IV — a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um

sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu.

Capítulo III

DAS GARANTIAS AOS USUÁRIOS DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

Art. 7.º O contrato de licença de uso de programa de computador, o documento fiscal correspondente, os suportes físicos do programa ou as respectivas embalagens deverão consignar, de forma facilmente legível pelo usuário, o prazo de validade técnica da versão comercializada.

Art. 8.º Aquele que comercializar programa de computador, quer seja titular dos direitos do programa, quer seja titular dos direitos de comercialização, fica obrigado, no território nacional, durante o prazo de validade técnica da respectiva versão, a assegurar aos respectivos usuários a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa, consideradas as suas especificações.

Parágrafo único. A obrigação persistirá no caso de retirada de circulação comercial do programa de computador durante o prazo de validade, salvo justa indenização de ventuais prejuízos causados a terceiros.

Capítulo IV

DOS CONTRATOS DE LICENÇA DE USO, DE COMERCIALIZAÇÃO E DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

Art. 9.º O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença.

Parágrafo único. Na hipótese de eventual inexistência do contrato referido no *caput* deste artigo, o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do seu uso.

Art. 10. Os atos e contratos de licença de direitos de comercialização referentes a programas de computador de origem externa deverão fixar, quanto aos tributos e encargos exigíveis, a responsabilidade pelos respectivos pagamentos e estabelecerão a remuneração do titular dos direitos de programa de computador residente ou domiciliado no exterior.

§ 1.º Serão nulas as cláusulas que:

I – limitem a produção, a distribuição ou a comercialização, por violação às disposições normativas em vigor;

II – eximam qualquer dos contratantes das responsabilidades por eventuais ações de terceiros, decorrentes de vícios, defeitos ou violação de direitos de autor.

§ 2.º O remetente do correspondente valor em moeda estrangeira, em pagamento da remuneração de que se trata, conservará em seu poder, pelo prazo de cinco anos, todos os documentos necessários à comprovação da licitude das remessas e da sua conformidade ao *caput* deste artigo.

Art. 11. Nos casos de transferência de tecnologia de programa de computador, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial fará o registro dos respectivos contratos, para que produzam efeitos em relação a terceiros.

Parágrafo único. Para o registro de que trata este artigo, é obrigatória a entrega, por parte do fornecedor ao receptor de tecnologia, da documentação completa, em especial do código-fonte comentado, memorial descritivo, especificações funcionais internas, diagramas, fluxogramas e outros dados técnicos necessários à absorção da tecnologia.

Capítulo V

DAS INFRAÇÕES E DAS PENALIDADES

Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador:

Pena – Detenção de seis meses a dois anos ou multa.

§ 1.º Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o representante:

Pena – Reclusão de um a quatro anos e multa.

§ 2.º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral.

§ 3.º Nos crimes previstos neste artigo, somente se procede mediante queixa, salvo:

I – quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público;

II – quando, em decorrência de ato delituoso, resultar sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo.

§ 4.º No caso do inciso II do parágrafo anterior, a exigibilidade do tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, processar-se-á independentemente de representação.

Art. 13. A ação penal e as diligências preliminares de busca e apreensão, nos casos de violação de direito de autor de programa de computador, serão precedidas de vistoria, podendo o juiz ordenar a apreensão das cópias produzidas ou comercializadas com violação de direito de autor, suas versões e derivações, em poder do infrator ou de quem as esteja expondo, mantendo em depósito, reproduzindo ou comercializando.

Art. 14. Independentemente da ação penal, o prejudicado poderá intentar ação para proibir ao infrator a prática do ato incriminado, com cominação de pena pecuniária para o caso de transgressão do preceito.

§ 1.º A ação de abstenção de prática de ato poderá ser cumulada com a de perdas e danos pelos prejuízos decorrentes da infração.

§ 2.º Independentemente de ação cautelar preparatória, o juiz poderá conceder da liminar proibindo ao infrator a prática do ato incriminado, nos termos deste artigo.

§ 3.º Nos procedimentos cíveis, as medidas cautelares de busca e apreensão observarão o disposto no artigo anterior.

§ 4.º Na hipótese de serem apresentadas, em juízo, para a defesa dos interesses de qualquer das partes, informações que se caracterizem como confidenciais, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em segredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades.

§ 5.º Será responsabilizado por perdas e danos aquele que requerer e promover as medidas previstas neste e nos arts. 12 e 13, agindo de má-fé ou por espírito de emulação,

capricho ou erro grosseiro, nos termos dos arts. 16, 17 e 18 do CPC.

Art. 16. Fica revogada a Lei n. 7.646, de 18.12.1987.

Capítulo VI **DISPOSIÇÕES FINAIS**

Art. 15. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 16.02.1998; 177.º da Independência e 110.º da República.

Fernando Henrique Cardoso

José Israel Vargas

LEI N. 9.610. DE 19.02.1998

Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I **Disposições Preliminares**

Art. 1.º Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos.

Art. 2.º Os estrangeiros domiciliados no exterior gozarão da proteção assegurada nos acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais ou equivalente.

Art. 3.º Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.

Art. 4.º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.

Art. 5.º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I — publicação — o oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público, com o consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito de autor, por qualquer forma ou processo;

II — transmissão ou emissão — a difusão de sons ou de sons e imagens, por meio de ondas radioelétricas; sinais de satélite; fio, cabo ou outro condutor, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético;

III — retransmissão — a emissão simultânea da transmissão de uma empresa por outra;

IV — distribuição — a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse;

V — comunicação ao público — ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares;

VI — reprodução — a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido;

VII — contrafação — a reprodução não autorizada;

VIII — obra:

a) em co-autoria — quando é criada em comum, por dois ou mais autores;

b) anônima — quando não se indica o nome do autor, por sua vontade ou por ser desconhecido;

c) pseudônima — quando o autor se oculta sob nome suposto;

d) inédita — a que não haja sido objeto de publicação;

e) póstuma — a que se publique após a morte do autor;

f) originária — a criação primígena;

10. DOCTRINA LATINO-AMERICANA

DIAGNÓSTICO Y PERSPECTIVAS DEL BINOMIO JUDICIALIZACIÓN-JURISDICCIONALIZACIÓN, EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD*

JOSÉ LUIZ GUZMÁN DALBORA**

1. Discurrir sobre el binomio *judicialización-jurisdiccionalización* en el cumplimiento de las penas privativas de la libertad, comporta plantearse un problema que si en el pensamiento juridicopenal tiene apenas algo más de un siglo de antigüedad, en la realidad legislativa de nuestra centuria data de unas pocas décadas, y exclusivamente en lo que se refiere al primer extremo de este verdadero dualismo. Trasladarlo, luego, a la ejecución de las restantes penas, es una operación que, en ambos mundos, el especulativo y el del *ius positum*, ha comenzado sólo en los últimos lustros en el panorama comparado. En buena medida, pues, estamos ante un tema muy de nuestro tiempo, y, por mucho que resulte, a pesar de su viva actualidad, sobradamente conocido y se haya venido formando toda una nutridísima bibliografía sobre el particular, conviene volver a meditarlo, y a

enfocarlo en su correcta impostación, de cara a la realidad y posibilidades políticas, económicas y culturales en sentido lato, de Iberoamérica.

Dos factores están tras de la aparición reciente de esta aspiración de jurisdiccionalizar o, a lo menos, judicializar el cumplimiento de las penas de privación de la libertad ambulatoria. Se acostumbra repetir, y con razón, que la intervención exquisitamente judicial en la última fase de la individualización de las puciones, es una consecuencia del principio de legalidad, o, con mayor exactitud, una derivación de los corolarios ínsitos en el *nulla poena sine lege* hacia el momento en que las penas privativas de la libertad adquieren, como toda pena, su verdadera realidad y dimensión, concretándose su sentido y finalidad en la evidencia palmaria de los hechos, esto es, con el proceso de su cumplimiento. Muy significativo es lo que un noto especialista del tema, Georges Sliwowski, en una obra ya clásica sobre el tema¹ advertía en la primera mitad de este siglo, en orden a que el principio *nulla poena sine lege* hubo de introducirse en el dominio penitenciario para evitar las arbitrariedades y abusos que venían caracterizando la vigencia

(*) Reconstrucción, anotada, de la conferencia pronunciada por el autor en el *Primer Forum Penitenciario del Merco sur*, celebrado en la ciudad de Porto Alegre entre los días 21 y 26.10.1996.

(**) Profesor de Derecho penal y de Introducción al Derecho en la Universidad de Antofagasta, y de Derecho penal en la Universidad Católica del Norte (Chile). Diplomado en la *Scuola di Specializzazione in Diritto penale e Criminologia*, de la Universidad de Roma.

(1) *Les pouvoirs du juge dans l'exécution des peines et des mesures de sécurité privatives de liberté*. Paris, 1939, cfr. p. 53.

empírica de sus normas, y plasma en la exigencia de un juez a quien se cometa la función de regular los litigios y resolver los muy variados problemas que una cuestión tan compleja como la ejecución de estas penas propone constantemente a lo largo de toda su duración. Es, en consecuencia, la materialización de aquello que los penalistas españoles llaman la *garantía legal en la ejecución*², dado que las exigencias legalistas no pueden decirse servidas a cabalidad con el puro señalamiento previo de la pena en la letra de la ley, ni con su imposición formal en una sentencia firme, luego de un proceso tramitado conforme a ésta, puesto que las garantías penal y jurisdiccional deben proyectarse, asimismo, en una ejecución hecha con arreglo a la ley, de modo que la intervención del poder judicial asegure que el cumplimiento de las penas no se extienda gravando lo que no debe tocar, ni afecte más bienes jurídicos que aquellos que la misma ley ordena arrebatar o limitar al condenado; esto es, para que en su relación subordinada con el magisterio punitivo del Estado, se salvaguarde la incolumidad de todos los componentes de su personalidad jurídica que no sean aquellos que de modo inevitable y fatal vayan anejos a – en lo que nos ocupa ahora – la privación de la facultad de fijar soberanamente la propia posición en el espacio.

Bien miradas las cosas, el principio de legalidad es, después de todo, apenas una conquista contemporánea, y las vicisitudes que ha experimentado en sus cortos años de vigencia en los países pertenecientes a nuestra órbita de cultura, vuelven a hacernos patente su carácter de apotegma históricamente condicionado, en el doble sentido de

estar expuesto a padecer ataques, velados o sin embozo, provenientes de la doctrina y las legislaciones, o de beneficiarse con profundizaciones teóricas y positivas que procuran que las exigencias de certeza y seguridad jurídicas que lo fundamentan, hagan circular un soplo de vida y de libertad por todos los espacios de la teoría del delito y de la pena. Por lo último, no deja de ser interesante observar que incluso un poco antes de que la doctrina penal empezara a postular la necesidad de materializar el principio en el ámbito de los tipos, de modo que la legalidad formal de los delitos se complementase con la especificación agotadora, hecha con un designio abstracto por la ley, de lo prohibido u ordenado en las figuras delictivas (*nullo crimen sine lege stricta*), ya se había columbrado, cuando no defendido con denuedo, el requerimiento de someter rigurosamente la ejecución de la pena más corriente en el Derecho contemporáneo, a las garantías de la legalidad, mediante la introducción de una magistratura específica que por lo menos sirviese para *judicializar* su cumplimiento. No es el caso, por cierto, de referirnos al correccionalismo y positivismo, sendas escuelas de las que proviene la demanda de una actividad judicial constante durante el cumplimiento de la pena, para “dirigirla, cambiarla o hacerla cesar, sea por sí sola, sea haciendo intervenir al juez en organismos o comisiones mixtas..., en pie de igualdad con los funcionarios administrativos”³, aspiración, ésta, muy congruente con la finalidad precípua que, con las variantes conocidas, esas escuelas asignaron a la punición; y no lo hacemos, por causa de la tensa relación que existía entre estas escuelas penales y el dogma de la

(2) En este sentido, Sáinz Cantero, *Lecciones de Derecho penal*. Parte general. Publicados, 3 vols., Bosch, Barcelona, 1982-1985 (primera edición), tomo II, cfr. p. 83.

(3) Rivacoba, *Función y aplicación de la pena*. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 165.

legalidad, a menudo incompatible con los designios de la prevención especial, que ambas ambicionaban conseguir con la punición. Bastará, sin embargo, con aludir a las discusiones habidas en Italia durante los años veinte y treinta de este siglo, de las que brotará, junto al reclamo de una nueva rama de la enciclopedia jurídica, el llamado Derecho penitenciario, el llamado *juez de ejecución*, o de *vigilancia*, según se prefiere denominarlo en esas latitudes.

Y es precisamente la modernidad del *juez de ejecución* el dato que configura el segundo de los factores a que hacíamos mención. Reclamado por los penalistas de este siglo, objeto de la aprobación de la doctrina colectiva y aun de tratados internacionales, se ha dicho de esta magistratura que, debido a su reciente aparición, "aún no existe en gran cantidad de países, tiene corta historia y dista mucho de haber adquirido alguna consistencia y cierto grado de perfección", y que incluso la diversidad de sus facultades, y hasta lo cambiante de la terminología que se reserva para denominarle, denotarían "la falta todavía de ideas claras y decididas sobre la materia"⁴. De alguna manera viene a demostrar la exactitud del aserto, el hecho de que la lamentada ambigüedad déjase sentir hasta en los más importantes documentos internacionales en materia penitenciaria, según se observa, por ejemplo, en la quincuagésimosexta de las *Reglas mínimas para el tratamiento de los detenidos*, aprobadas en enero de 1973 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, donde, luego de señalarse el respeto que se debe a los derechos individuales de los presos, y, en particular, la necesidad de asegurar la legalidad de la ejecución de las penas

que los afecten, agrégase que los controles e inspecciones que garanticen estos objetivos, se articularán *a través de una autoridad judicial, o por cualquier otra autoridad legalmente habilitada* para visitar a los reclusos, siempre que no pertenezca a la administración penitenciaria; con lo cual, evidentemente, la naturaleza jurídica — cosa indispensable para la sucesiva fijación de las funciones — de esta autoridad queda, en verdad, en una vaga nebulosa.

Y no basta. Las mismas circunstancias en que el juez de ejecución irrumpe en el siglo XX, y las necesidades inmediatas a las que su figura respondió, son bien decidoras en orden a lo que esta judicatura ha sido y es en la mayoría de los países que la conocen, así como permiten conjeturar lo que podrá devenir en el futuro. Prescindiendo de otros factores en los que no cabe entrar aquí, la larga tradición histórica, que, iniciada en los albores de la Edad moderna, consolidará y arraigará, también en el mundo liberal contemporáneo, la realidad de que la ejecución de las penas privativas de la libertad queda en manos de la Administración y, por consiguiente, del Poder ejecutivo, asimilándose y trasladándose a su cumplimiento todas las características que le imprimen a la actividad de la Administración y sus agentes su sello distintivo, esto es, la discrecionalidad que la ley confiere a sus órganos para resolver cada cometido administrativo específico según las cambiantes exigencias del bienestar colectivo, es, para este efecto, de obligada consideración. Por lo demás, a este dato de hecho, que no pasaba de ser una mera *realidad* empírica (prolongada, es cierto, a lo largo de cuatro siglos), asocióse la idea, o, mejor dicho, el *ideal*, de que, *mutatis mutandis*, dicho estado de cosas respondía no sólo a un puro *factum*, sino a un deber ser, lo cual,

⁴ Idem, p. 157.

aun no impulsándose hasta el extremo teórico — al que, con todo, se llegó en un pasado no tan lejano — de que la ejecución tenía una naturaleza jurídica administrativa, explica que los grandes clásicos de la pasada centuria, tan preocupados por extender los reclamos de la legalidad desde el delito y la pena al proceso, es decir, al juicio en que aquél se establece y ésta impónese, se desentendieran por completo de la ejecución de la última.

El juez de ejecución nace, en consecuencia, bajo condiciones según las cuales sólo podía quedar diseñado de momento como una simple *instancia judicial*, encargada, en lo medular, de ejercer una injerencia morigeradora sobre el conjunto de la ejecución, de guisa de evitar que el destino de los condenados quedase librado — como hasta entonces — en su integridad a las decisiones discrecionales, que fácilmente rayan o degeneran en la más aberrante arbitrariedad, del Poder ejecutivo y de la Administración penitenciaria. Que la aparición del juez de ejecución, con esta marca de fondo, viniese a servir para poner cotó al hecho hasta entonces invariable de que los jueces sentenciadores, luego de la condena, desconocían casi por completo el decurso de la pena concreta que habían impuesto, siendo, por lo mismo, aquél, una novedad digna de aplauso, no debe ocultarnos el signo apenas judicial de la joven magistratura, ni su muy dudosa índole jurisdiccional, pues, ciertamente, no basta con crear la figura de un juez para tener un juez, o, dicho de otra manera, más exacta, no tenemos un juez genuino en tanto en cuanto el nervio de sus potestades no responda al *ius dicere*, o sea, a la función de declarar soberanamente y de aplicar, siendo preciso, de modo coactivo, el Derecho. Ni tiene por ende que extrañar que las funciones de los magistrados de ejecución, en los

primeros Códigos y leyes europeas e iberoamericanas que los receptan, tuviesen que ser, en substancia, de fiscalización o de consulta, en desmedro de sus poderes jurisdiccionales.

En cambio, muy otra cosa designa la ambición de *jurisdiccionalizar* la ejecución. Alzaprimar las facultades resolutorias de estos magistrados, sin mengua, en su caso, de las restantes; determinar, en definitiva, que de todos los más importantes incidentes del cumplimiento de las penas de prisión, y en particular de los que comporten exasperarlas, reducirlas o moderar, merced a algún beneficio, sus condiciones, conozcan, no para ser informados o aprobar lo ya sancionado por la Administración, sino para decidir; que, en seguida, estas funciones se desplieguen por los cauces de un proceso, con todas las garantías fundamentales del proceso penal que a la condena condujo, y que los fallos correspondientes sean revisables o recurribles ante otro órgano también jurisdiccional; que, por fin, todo el complicado mecanismo administrativo de la ejecución se articule bajo la férula del magistrado, dependiendo de él y cumpliendo lo que éste disponga, comporta, en síntesis, algo distinto, en sentido cualitativo, un *aliud* respecto de lo que sería la simple substitución de los romanizados regímenes de visitas de las prisiones, por otro sólo más refinado. Jurisdiccionalizar la ejecución implica, por una parte, quebrar una larga hilera de prejuicios que, cual fantasmas trasnochados, se arrastran por las centurias (valga el recuerdo de esa tradición histórica aludida líneas arriba), y hacerse cargo, asimismo, de las objeciones que en punto a los vínculos entre la Administración penitenciaria y el juez de ejecución, muchos penitenciaristas levantan desde que el último entró en liza; pero también, y sobre

todo, supone transformar lo que hasta ahora ha sido una modesta (aunque importante) *intervención judicial* en las cárceles, en una *jurisdiccionalización global* de la ejecución, de modo de hacer de la legalidad, por fin, gracias a la transfusión del *nulla poena sine lege* desde los estrados a las prisiones, un *quid* real que llega allá donde la máxima sanción está y vive. Pues, en definitiva, como se repite desde Binding, fuera de la ejecución no puede hablarse de fines de la pena, y un cumplimiento incongruente con lo que fue establecido por la norma y resuelto por la sentencia de condena, la desnaturaliza *in toto*, principiando por su finalidad. Pero, con referencia a la sanción que nos interesa, en el Brasil lo ha rememorado en páginas aleccionadoras el Prof. Cezar Roberto Bitencourt, ya que si es verdad que el aspecto principal de la pena privativa de la libertad es el de su ejecución, la crisis actual de la última – que ha sido producto de muy diferentes factores, incluso consubstanciales a aquélla, mas a los que no es ajeno el problema de su secular abandono jurisdiccional – resulta ser, también, la crisis de la primera⁵.

2. Nadie ignora que en los últimos veinticinco varios países, tanto en Europa como en Iberoamérica, se han dado nuevas leyes de ejecución, que, substituyendo, a voces, otras antiguas, o, las más, insiriéndose originalmente en los respectivos ordenamientos, versan también, sobre el instituto del juez de ejecución, el cual, con esta u otras denominaciones, alienta, por lo menos como función, en todas. Si, y en qué medida, el panorama penitenciario hodierno exhibe algún viso del tránsito

desde la judicialización a la jurisdiccionalización del cumplimiento de las penas que nos atañen, es una pregunta cuya respuesta requiere un vistazo somero a lo principal, o más representativo, de dicha legislación.

Comencemos por la europea. Conforme explica un especialista del Derecho penal comparado, Jean Pradel⁶, mientras en la inmensa mayoría de los países de ese continente, los magistrados, una vez que la sentencia condenatoria devino firme, se desentienden de su ejecución, habría, sin embargo, algunos, entre los que menciona Italia, España y Alemania, que se inspirarían por un paradigma que el profesor de la Universidad de Poitiers no hesita en calificar de *modelo jurisdiccional*. Con todo, a poco que se repasan estos ordenamientos, descúbrese que bajo el apelativo yace apenas una verdad a medias, y que estas legislaciones han concebido, en realidad, un juez de ejecución que, con su hibridismo, se queda detenido *in itinere* entre lo judicial y lo jurisdiccional.

Es probable que el intento más serio en pos de la jurisdiccionalización lo haya cumplido Italia, con su ley sobre *Ordenamiento penitenciario y medidas alternativas a la detención*, que fuera sancionada en julio de 1975 y luego ha recibido diversas modificaciones⁷. El viejo *giudice di sorveglianza*, con el que este país se anticipase, en 1930, a las restantes naciones europeas, ha recibido

(6) Droit pénal comparé. Dalloz, Paris, 1995, cfr. p. 624-628.

(7) Sobre ella, véase Di Gennaro, Bonomo y Breda, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*. Giuffrè, Milano, 1987 (cuarta edición); un juicio crítico acerca de sus más recientes reformas, y su aplicación, en Palazzo, *A evolução do sistema sancionatório em Italia*, en *Revista portuguesa de Ciência criminal*, Coimbra Editora, año 6, fascículo 1.º, enero-marzo de 1996, p. 45-59.

(5) Cfr. *Falência da pena de prisão*. Causas e alternativas. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, especialmente p. 142-210.

una sensible extensión en sus facultades (la última, en 1988), si bien, en el fondo, las funciones eminentemente administrativas que la disciplina legislativa derogada (con particular mira al cumplimiento de las medidas de seguridad) le acordó, subsisten, de modo que sobre este órgano convergen atribuciones de índole muy heterogénea. Entre las jurisdiccionales, que la nueva ley abulta en favor del magistrado de vigilancia y en desmedro — desmedro que revierte la situación precedente — del Ministerio Público, descuellan las de proveer, con decreto motivado, sobre los permisos, las licencias a los detenidos en régimen de semilibertad, y sobre las modificaciones al *probation* penitenciario (o entrega en prueba al servicio social) y a la detención domiciliaria (art. 69). De todavía mayores vuelos jurisdiccionales son las atribuciones confiadas al *Tribunal de vigilancia*, organismo colegiado creado *ex novo* por la ley de 1975, como tribunal de apelación respecto de algunas resoluciones del juez de vigilancia, y al que, sobre todo, se cometen competencias antaño confiadas a los órganos sentenciadores. El mentado *Tribunal* resuelve sobre cuestiones de enorme interés para el régimen del preso, cual la entrega en prueba al servicio social, la detención domiciliaria, la semilibertad, la reducción de la pena a través de la libertad anticipada, y la libertad condicional, así como decide la revocación o cese de estos beneficios (art. 70). Es, por lo demás, especialmente llamativo que el *Ordenamiento* italiano introduzca un auténtico *procedimiento jurisdiccional*, con intervención del Ministerio Público y del defensor del preso, como requisito previo para que el magistrado y el tribunal de vigilancia fallen sobre las materias más trascendentes de su incumbencia, lo mismo que la previsión de que ciertas sentencias de estos magistrados sean recurribles para ante

la Corte de casación, si es que, en concepto del preso o del representante fiscal, la ley ha sido infringida (arts. 71, 71 *bis* y 71 *ter*). En este sentido, huelga conceder a los penitenciaristas italianos que la nueva ley ha abierto un surco de jurisdiccionalización de la ejecución, en una perspectiva que debe conducir a superar la concepción tradicional que consideraba ésta como un hecho de propiedad de la Administración y dominado por el principio de la discrecionalidad, con el ambicioso designio último de trasladar los esquemas procesales del juicio de cognición a la sede ejecutiva⁸. Sin embargo, y a pesar de estos auspicios risueños, estamos frente a una tendencia, y nada más, por cuanto en muchos y muy relevantes accidentes de la ejecución, los jueces creados para ésta, o no intervienen para nada, o sólo participan *ex post facto* remediando posibles excesos de la administración de los establecimientos penitenciarios. De obligada mención son, en este sentido, las sanciones disciplinarias. Éstas, si bien atemperadas en su contenido material por la nueva ley italiana, son dispuestas por el director del establecimiento o por su consejo de disciplina (art. 40), y al atectado sólo le queda deducir un reclamo ante el magistrado de vigilancia; pero el reclamo no suspende la ejecución de la medida (arts. 14 *ter*, 35 y 79). En seguida, las que la ley llama *recompensas*, entre las que se cuenta la no desdeñable de que el preso reciba la visita de sus parientes y convivientes con el permiso de transcurrir con ellos parte del día, son acordadas por el consejo de disciplina del establecimiento, sin ninguna mediación del juez (art. 37 de la ley, y 71 de su reglamento). En fin, los traslados y destinaciones de los presos de una cárcel a otra, incumben

⁽⁸⁾ Di Gennaro, Bonomo y Breda, op. cit., cfr. p. 390-391.

con exclusividad al Ministerio de Gracia y Justicia, o a sus agentes (art. 80 del reglamento).

Si reservas de este jaez merece la legislación italiana, con menos propiedad cuadrará a la *Ley general penitenciaria española*, de 1979, el apelativo de ser un "modelo jurisdiccional". Toma la última de la primera la denominación, harto criticable, de "juez de vigilancia", para aludir a un órgano inédito en España; mas en la medida en que su misión fundamental – me abstengo de referirme a las tareas consultivas – es la de *fiscalizar la actividad penitenciaria y garantizar los derechos de los internos*, según dice la ley (art. 59), le sobra razón a cuantos piensan en ese país que el juez de vigilancia *no es* un verdadero juez de ejecución de penas, y que la institución sólo fue creada sobre el papel⁹. La razón está en que, conforme explica Mir Puig, es la Administración penitenciaria la encargada de conducir todo el proceso de individualización de la pena¹⁰, y el papel del juez de vigilancia se circunscribe al de un simple fiscalizador, o vigilante, según indica su denominación. Esto explica que si cierto espectro jurisdiccional puede rastrearse en algunas de sus atribuciones (verbigracia, en la concesión y revocación de la libertad condicional), en la mayoría su intervención es más templada, o simplemente no existe. En ocasiones, sólo conoce de reclamos ante medidas ya dispuestas por la autoridad administrativa, es lo que ocurre con la imposición de medidas disciplinarias (entre las que está la nada lene del aislamiento en

celda solitaria hasta por catorce días, eventualmente prorrogables), pero de la resolución en sí es apenas "informado". Una simple *información* al juez, asimismo representa su única injerencia en cuestiones como la destinación y traslado de los condenados (incluso a los establecimientos de régimen cerrado), materia que compete a la *Dirección General de Instituciones Penitenciarias*; la concesión de recompensas y permisos de salida hasta por dos días, el empleo de coerciones físicas y la intervención de las comunicaciones orales o escritas de los presos, todo ello dispuesto por el director respectivo, etc.¹¹. Desdibujándose por completo el perfil jurisdiccional del juez, queda incluso comprometida su dimensión judicial, de lo que se sigue que, con su ley penitenciaria, España se ha quedado sensiblemente por detrás de Italia (que no ministra, tampoco, ningún ejemplo perfecto), y, en lo que más importa para los países que en América diseñaron sus instituciones penales siguiendo los derroteros de la legislación hispana, y mantienen siempre su atención viva respecto de lo que sucede con las instituciones españolas, ha acuñado un modelo que, nacido viejo, tampoco está destinado a ser imitado ni a servir de inspiración para nuestros Estados.

De un intento más o menos audaz en pro de la jurisdiccionalización no parece que sea consentido hablar en otras regiones de Europa. El *juez de aplicación de las penas*, introducido en Francia en 1957, aunque tenga potestades decisorias en materias del calado de la libertad condicional y el régimen de semilibertad, conoce de ellas sin debate, en ausencia del representante letrado del preso, y puede prescindir de motivar su resolución, la cual, por otra parte, es

⁽⁹⁾ Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*. Parte general, decimotercera edición, revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 1990, cfr. p. 981.

⁽¹⁰⁾ *Derecho penal*. Parte general. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona, 1995 (tercera edición), cfr. p. 844.

⁽¹¹⁾ Severa crítica de esta ley en Rivacoba, op. cit., cfr. p. 162-164.

inapelable, con lo que el condenado queda en una situación más desmejorada que en España, ya que en ésta puede, por lo menos, deducir los recursos de apelación y queja ante el tribunal sentenciador contra todos los autos del juez de vigilancia. Por lo que se refiere a Alemania, la *Ley sobre la ejecución de la pena privativa de la libertad y de las medidas de seguridad y corrección privativas de la libertad*, de marzo de 1976¹², mientras concede a los presos el derecho de hacer reclamaciones ante el director del establecimiento, y a solicitar un pronunciamiento judicial de parte de la *Sala de ejecución penal* del tribunal competente, por cualquier medida administrativa que se adopte durante el cumplimiento de la pena, siempre que el afectado alegue haber sido lesionado en sus derechos (§§ 109 y 110), dispone, como ya es costumbre en el panorama mundial, que es el director del establecimiento en que se halle el recluso la autoridad facultada para imponer las medidas disciplinarias por infracciones al régimen interno (§ 105).

3. Pasando a rápidas zancadas a Iberoamérica, y ciñéndonos siempre, por razones de espacio, a unos pocos países, se cae en la cuenta de que la situación no es substancialmente distinta a la observada en el viejo continente. El Brasil, que en tema de juez de ejecución puede ostentar con legítimo derecho la prioridad de la anticipación histórica respecto de cualquier otro Estado de América y del mundo¹³, ha ampliado sus

facultades con la ley sobre *Ejecución penal* de 1984¹⁴, que, a mayor abundamiento y al no circunscribirse sólo al cumplimiento de las penas privativas de la libertad, y al abarcar, también, la individualización de las penas restrictivas de derechos y la de multa (o sea, *todas* las que la nueva Parte general de su Código regula), resulta ser una verdadera ley de ejecución, como, por otro lado, se ambiciona en los Anteproyectos sobre la materia en Costa Rica y el Ecuador, y constituye uno de los *desiderata* de la política penitenciaria de nuestro tiempo. Es, en el sentido de la jurisdiccionalización, sumamente importante el amplio abanico de atribuciones decisorias que la ley reciente comete al *juez de ejecución penal*; y lo atestigua que este magistrado sea la autoridad resolutoria en cuestiones como la libertad condicional, la extinción de la punibilidad, la unificación de las penas, la redención por el trabajo y la aplicación retroactiva de las leyes más benignas para el conde-

(12) Traducida al castellano y anotada por Antonio García-Pablos, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, de Madrid, tomo XXXI, fascículo II, mayo-agosto de 1978, p. 395-445.

(13) En efecto. La figura del juez de ejecución aparece por primera vez en la ley federal de 05.09.1922, y dieciocho años más tarde recoge la institución el Código de procedimiento penal de 1940.

(14) Ley n. 7.210, de 11.07.1984. Acerca de ella, dentro de la ya ingente bibliografía brasileña en materia de ejecución, hay que ver Dotti, *Execução penal no Brasil: aspectos constitucionais e legais*, en la obra colectiva *Sistema penal para o terceiro milênio*, coordinada por João Marcello de Araujo Jr. Revan, Rio de Janeiro, 1992 (segunda edición). En páginas 86 y 87, el profesor Dotti - quien fuese uno de los principales padres de la ley - destaca el sentido y la importancia de las mayores atribuciones concedidas al juez de ejecución, con el objetivo, deliberadamente buscado, de "reaccionar contra el vórtice de inseguridad y des crédito del abandonado mundo de las prisiones". También para João Marcello de Araujo (véase el volumen, por él coordinado, *Privatização das prisões*. Ed. RT, São Paulo, 1995, p. 14), según el cual "la ejecución penal siempre pretendió ser una actividad jurisdiccional", en la actualidad, "con la ley de ejecución..., el carácter jurisdiccional y procesal de la ejecución quedó perfectamente marcado".

nado (art. 66). Digno de nota es el *procedimiento judicial* que articula el título VIII de la ley (arts. 194-197), pues la prolongación de las garantías del juicio de cognición a la fase del cumplimiento de la pena, constituye – quedó dicho – un buen indicio de la voluntad legiferante de hacer efectivo en su integridad el *Palladium* de la legalidad de la pena. Y si el *juicio de ejecución* brasileño es, seguramente, todavía una tentativa perfectible, en especial en lo que concierne a la asistencia de letrado, merece plácemes como un buen signo indicador para lo por venir. Con todo, y a pesar de que un afán jurisdiccional parece, en verdad, motivo inspirador de esta legislación, hay algunos aspectos en que el designio sufre amargas derrotas. Desde luego, la potestad disciplinaria sobre los presos compete con exclusividad a la autoridad administrativa (art. 47), y así las sanciones (de cuya gravedad nos ilustra la de aislamiento por hasta treinta días) como las recompensas son aplicadas por el director del establecimiento o por su consejo de disciplina (arts. 54 y 56); que, luego, la ley acuerde un procedimiento al efecto y cautele la defensa profesional del recluso, no cancela la difuminación, sobre cuestión tan trascendente, de la figura del juez, al cual, por lo demás, la autoridad penitenciaria sólo está obligada a *comunicar* la aplicación de la medida más grave, es decir, el aislamiento (art. 58). Y ciertos derechos sumamente significativos del recluso, como la visita de cónyuges, amigos y parientes, y aun el contacto del preso con el mundo exterior por medio de la correspondencia y la lectura, pueden ser suspendidos a través del simple expediente de un acto motivado del director (art. 41). Basta, pues, con la mención.

La Argentina, que introdujo el *juez de ejecución penal* con el Código de procedimientos de 1991, acaba de darse

una ley sobre *Ejecución de la pena privativa de la libertad*¹⁵. Vista la acusada juventud de la magistratura de cumplimiento en el vecino país, no sorprenderá que la indole de su función evidencie un grado harto menor de jurisdiccionalización de lo que sería menester. De hecho, manteniéndose una antigua tradición sobre el particular¹⁶, la nueva ley renueva la garantía de que el cumplimiento de la privación de libertad estará sometida a un *control* permanente por parte del juez de ejecución o, en su caso, del juez competente (art. 3.º), con lo que desde sus primeros artículos la norma alzaprima el mero sentido *judicial* de esta magistratura, dato corroborado por la circunstancia de que – son sus palabras – *la conducción, desarrollo y supervisión de las actividades que conforman el régimen penitenciario, serán de competencia y responsabilidad administrativa* (art. 10). Un viso de jurisdiccionalización reconócese, empero, en determinadas atribuciones del juez de ejecución. Le compete resolver sobre la libertad condicional, las salidas transitorias y el régimen de semilibertad; la prisión domiciliaria, prisión discontinua y semidetención, así como en punto a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad y la libertad asistida (arts. 19, 28, 32, 33, 35, 50 y 54). Sin embargo, prácticamente todo lo demás queda bajo la férula de la administración de las cárceles. El traslado de los internos de un establecimiento a otro, las medidas de sujeción, la imposición de sanciones disciplinarias (jentre las que se cuenta nada menos que el traslado

⁽¹⁵⁾ Ley n. 24.660, de 08.07.1996, y publicada en el *Boletín Oficial* del martes 16 del mismo mes y año.

⁽¹⁶⁾ Sobre ella, cfr. Zaffaroni, *Tratado de Derecho penal*. Parte general. 5 vols. Ediar, Buenos Aires, 1987-1988, tomo V, p. 153.

entre dos establecimientos, o, dentro del recinto de que se trate, a una sección de régimen más riguroso!), la interrupción de las visitas y las comunicaciones por escrito del preso, e incluso la regresión a una fase ya cumplida del régimen progresivo, entre otras tantas cuestiones de máxima incidencia para el cumplimiento de la pena, pertenecen a la esfera de facultades del director del establecimiento, sobre el cual gravita apenas la obligación de rendir un *informe* al juez de ejecución (arts. 72, 75, 81, 85, 89 y 181). Y hay materias, cual la calificación de conducta de los reclusos (tema determinante para la frecuencia de las visitas de familiares, la progresión del régimen y el otorgamiento de variados beneficios), en las que la administración, una vez notificado el interno, puede simplemente prescindir de informar al juez (arts. 100-104).

Por su parte, en Chile jamás ha existido el juez de ejecución de penas, y hasta es dable suponer que pocos saben de la institución, conjetura nada aventurada si se considera el generalizado desinterés científico por el tema del cumplimiento de las penas privativas de la libertad, y que de él, salvo raras y contadas excepciones, no se habla siquiera en las aulas universitarias. De allí que se haya consolidado en la legislación y en la praxis la rutina de que, una vez pronunciada la condena, los jueces ignoren el destino de los condenados y su suerte, abstracción hecha de visitas semestrales que, como es natural, no llegan ni a paliativo de la sujeción total del preso a la administración penitenciaria. *Mutatis mutandis*, es ésta también la realidad de las medidas de seguridad de reclusión manicomial y de internación de menores. Y es paradójico que el decreto n. 1.771, sobre *Reglamento de establecimientos penitenciarios*, dado por el

Poder ejecutivo en diciembre de 1992¹⁷, al paso que afirma en su preámbulo querer ponerse a tono con *las modernas orientaciones penitenciarias y los tratados internacionales a los que Chile ha adherido*, venga a instaurar, so capa de la magia de las palabras y el fraude de las etiquetas, uno de los regímenes más rigurosos y retrógrados de que se tenga noticia en Iberoamérica. Ya es bien revelador del designio normativo que el núcleo de la ejecución de las penas se contenga en un decreto reglamentario, y no en una ley, como, en cambio, sugieren esas "orientaciones modernas" que se dice honrar, en circunstancias de que, llegado su momento, no hubo grave inconveniente para que se propusiese y aprobase una ley de constitucionalidad sospechosa, pero de notable oportunismo político, para construir una cárcel especial, donde recluir a algunos de los individuos responsables de las fechorías que cometieran durante un régimen político de siniestra memoria. No es menos aleccionador que se haya camuflado el sistema progresivo que existía desde 1928, por un *tratamiento de reeducación*, desacreditado y en crisis, que, para colmo de males, es *obligatorio* para los presos (art. 25). Mas yendo a lo que nos interesa, el mencionado reglamento le ha dado un espaldarazo terminante a la pertenencia administrativa de la ejecución, en términos exclusivos y excluyentes de cualquier intervención judicial. Que el reglamento no remediase la disciplina de la libertad condicional, confiada inveteradamente a la resolución del Poder Ejecutivo, es el reparo menos hiriente entre cuantos pueden dirigírsele. Piénsese que la autoridad penitenciaria es la soberana absoluta en la calificación de los internos, así como respecto de sus traslados; que por una resolución delegable del

(17) Publicado en el *Diario Oficial* del martes 09.02.1993.

Director Nacional de Gendarmería (estos es, la autoridad máxima de lo que en muchos países se llama Servicio de Prisiones), puede transferirse a establecimientos especiales y bajo un severísimo régimen de seguridad, a los condenados calificados como de peligrosidad extrema, sin que a ninguno le quepa reclamar ni de la calificación ni del traslado, ante los tribunales; que cualesquiera de los derechos de los detenidos y presos pueden ser restringidos, bajo circunstancias especiales, por la dirección de los centros de reclusión; que la correspondencia de los internos es objeto de un riguroso control, y que incluso las visitas de amigos y parientes pueden ser limitadas o suspendidas por resolución del jefe de la unidad carcelaria correspondiente (arts. 27, 35, 40, 46, etc.). Un capítulo aparte ameritaría el sistema de faltas disciplinarias y de sanciones. Hasta la simple desobediencia *pasiva* a las órdenes de la autoridades castigada con sanciones consistentes en quedar privado el interno de participar en actividades comunes de recreación por hasta un mes, o la limitación de las visitas a un tiempo irrisorio (cinco minutos), durante el mismo período (arts. 58, letra b, y 60). El aislamiento en celda solitaria por lapsos no superiores a treinta días, o por cuatro fines de semana, y la privación de cualquier visita o contacto con el exterior, se disponen por el jefe del recinto, al igual que todas las sanciones (art. 61), sin procedimiento digno de llamarse tal¹⁸,

y, casi siempre, sin oírse la declaración personal del recluso afectado, el que, por añadidura, no dispone de recursos jurisdiccionales para reclamar de lo resuelto¹⁹. Y previo informe del Consejo Técnico del respectivo establecimiento, su director queda facultado para conceder las recompensas de salidas esporádicas, dominicales o controladas (arts. 78-85); pero ante su no otorgamiento el preso carece de tutela jurisdiccional, etcétera. La única oportunidad en que dentro de esa obscura atmósfera rarefacta de laxa discrecionalidad asoma su cerviz el control del magistrado, es cuando se debe *repetir* una sanción disciplinaria (art. 66). En síntesis, cada una de las disposiciones del reglamento chileno rezuma una concepción *transpersonalista* y *substancialista* del mundo y de la vida, y, como colofón del desconocimiento, en el preso, de su calidad de fin en sí, o sea, de su dignidad eminente, denota el conjunto una indiferencia abierta a los requerimientos de la legalidad en la ejecución de las penas.

rigor, al cual se acompañará la declaración del infractor, de testigos y afectados, si los hubiere y estuvieren en condiciones de declarar, así como también si procede, la recomendación del Consejo Técnico, si éste hubiere intervenido. De todo ello se dejará constancia *sucintamente* en la resolución que aplica la sanción, de manera que el castigo sea *lo más justo posible*, esto es, oportuno y proporcional a la falta cometida tanto en su drasticidad como en su duración y considerando las características del interno. "En caso de *infracción grave* y antes de aplicarse la sanción, el Jefe del establecimiento deberá escuchar *personalmente* al infractor". Las bastardillas, nuestras.

(18) No sólo por la ausencia de magistrado, del Ministerio Público y de la asistencia letrada, como lo reclama la antiquísima máxima *audiatur et altera pars*, sino incluso por la *forma* en que las sanciones son dispuestas, conforme dispone el art. 61, que transcribimos para mayor comodidad del lector: "Toda sanción será aplicada por el jefe del establecimiento donde se encuentra el interno, el que procederá teniendo a la vista el parte de

(19) Salvo, por cierto, el *habeas corpus*, que, con todo, no pertenece a la esencia de la jurisdiccionalización del cumplimiento de la pena, y no guarda con ésta más que aquella relación muy lejana que yace en los fundamentos generales del amparo.

Hay para pensar que no se exagera un ápice en la conclusión de que Chile *no ha entrado siquiera* en el ambiente de *judicialización* del cumplimiento de las penas privativas de la libertad, y se ha quedado muy a la zaga respecto de lo cumplido en varios países colindantes.

4. Jurisdiccionalizar la ejecución de aquéllas no obedece a un puro designio filantrópico y humanitario (no se olvide que a los sentimientos y afectos es siempre dable oponer otros sentimientos), sino a una cuestión de legalidad. Si se busca que, aun contando con la colaboración del personal y los elementos técnicos de la administración penitenciaria, *toda decisión final* sobre la naturaleza y ejecución de la pena, y, en general, acerca de cualquier nuevo gravamen de la libertad personal del preso o de su *status* jurídico no afectado por la condena, competa al juez de ejecución⁽²⁰⁾, es, ante todo, por una lógica deducción extraída de los principios, más que de los hechos, por muy desagradables o escandalosos que éstos aparezcan. Que, por otra parte, el problema se vincule con la finalidad de estas puniciones, parece difícil de rebatir. En tanto en cuanto, bajo una fraseología especiosa o una confesión sincera, se ha privilegiado la evitación de la reincidencia y, por consiguiente, la prevención especial, resulta lógico que este propósito de beneficio social, o de utilidad colectiva, rematase en la mera judicialización del cumplimiento, con un juez de vigilancia de facultades alicortas ante una individualización penal que no

gobierna ni, tampoco, en el fondo, controla. Como, indudablemente, es imposible perseguir un objetivo preventivo especial sin *imponerle* al recluso algún grado de valores morales⁽²¹⁾, lo que objeto de repulsa en toda mentalidad liberal y, en otro sentido, revela cada vez más su dimensión quimérica, esto es, de objetivo impracticable respecto de personas adultas y en el interior de una cárcel; y como, en consecuencia, junto con la revaloración de fines de la pena que se creyó periclitados o el reclamo de otros más o menos claros y nuevos, la política y la acción penitenciarias tienden hoy a impedir la llamada *prisonización* y, por ende, a moderar los efectos desocializadores y de subculturación que acompañan invariablemente toda privación de libertad, *más que de judicializar, trátase hoy de jurisdiccionalizar*. Hasta las críticas más recurrentes contra el funcionamiento de un sistema penitenciario que consulte la magistratura de ejecución, son fruto del tímido alcance de las facultades de ésta; colocado el juez en un plano de independencia funcional, pero, asimismo, de paridad jerárquica respecto de la administración penitenciaria, es lógico que entre el uno y la otra tengan que producirse constantes roces y contiendas de competencia, cuya resolución definitiva sólo se alcanzará cuando la última dependa de y se subordine al, primero. No se nos oculte, por fin, que la jurisdiccionalización del cumplimiento de las penas es un corolario necesario del principio de separación de poderes del Estado y de la independencia de la función ju-

(20) Estos fueron los términos de una resolución del lejano Congreso Internacional de Defensa Social, celebrado en Amberes en 1950. Cfr. Cuello, *La moderna penología*. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes Penas y medidas. Su ejecución). Tomo I (único publicado), Bosch, Barcelona, 1958, p. 48.

(21) Según explicase hace años el profesor Antonio García-Pablos de Molina, a propósito de los tan en boga "programas mínimos resocializadores". Cfr. *La su-puesta función resocializadora del Derecho penal*, en su libro misceláneo *Estudios penales*. Bosch, Barcelona, 1984, p. (17-96) 44.

dicial. Mientras la tarea de declarar el Derecho a los casos jurídicamente controvertidos, que supone que su titular, el Poder jurisdiccional, disponga de todas las herramientas para cumplir en su plenitud lo que resuelva, siendo, en todas las fases de la ejecución de sus resoluciones, civiles o criminales, único señor y soberano, tenga que ser compartida en una magnitud consistente con el Poder Ejecutivo, la división de los poderes del Estado no se respetará a cabalidad, ni se habrá satisfecho en la medida necesaria la independencia del Poder judicial, sobre cuyo trasfondo ético, básico para la libertad y seguridad individuales y aun para la subsistencia del Estado de Derecho, no es preciso insistir.

Permítasenos, pues, hacer votos por que los países que embocaron la judicialización y, sobre todo, aquellos que, como Italia y el Brasil, se han adelantado con la mira de superarla, profundicen el surco abierto y lleguen a la meta de la jurisdiccionalización. Y para el más nutrido grupo de Estados que todavía son espectadores del proceso, queda por ahora trabajar en pos de la más humilde judicialización del cumplimiento de las penas, aunque siempre con la ambición última de jurisdiccionalizar. Porque, y en definitiva – pero esto ya lo vio Howard en el siglo XVIII –, *la administración de una prision es cosa demasiado importante para abandonarla por completo a un carcelero.*²²

(22) *État des Prisons, des Hôpitaux et des Maisons de Force*. Chez Lagrange, Paris, 1788, tomo I, p. 68.

11. PESQUISA

A QUESTÃO DOS TRANSPLANTES E SUAS INTERFACES*

WAGNER LUIZ DE SOUZA VITA
TATIANA BOEMER

SUMÁRIO: 1. Nosso acesso ao tema – 2. O transplante de órgãos no contexto de saúde no Brasil – 3. As interfaces do tema: 3.1 Área da saúde; 3.1.1 Da morte encefálica e dos bens fora do comércio; 3.2 Área jurídica; 3.3 Área religiosa; 3.4 Direito comparado – 4. Considerações finais – 5. Referências bibliográficas.

Resumo

Este trabalho visa a uma análise da atual sistemática do transplante de órgãos, enfatizando, principalmente, o aspecto do consentimento dos familiares ou do falecido (manifestação em vida), destacando-se, ainda, a legislação referente à matéria.

O trabalho tem como fontes publicações em jornais, jurisprudência, doutrinas legais e médicas, bem como livros e periódicos dedicados ao tema.

Procuramos evidenciar, dentro do universo que nos foi dado acesso, posições consolidadas e também divergentes sobre os assuntos da matéria.

1. Nosso acesso ao tema

Como integrantes de Projeto Integrado de Pesquisa, destinado ao estudo da Morte e do Morrer, pudemos conhecer vários estudos vinculados a essa temática, possibilitando-nos, desta forma, uma contextualização a respeito dos vários aspectos interligados à questão da morte.

Dentre os vários assuntos apresentados, tais como aborto, eutanásia, distanásia, infanticídio, suicídio e outros, a problemática dos transplantes se apresentou a nós com destaque, tendo em vista a necessidade de compreensão das dificuldades enfrentadas pelo grande

número de pacientes que necessitam da doação de órgãos, para que seja possível a manutenção de suas vidas.

Assim, o despertar para o tema surgiu à medida em que se ampliaram os nossos horizontes do conhecimento, trazendo à tona um novo “ver” à questão dos transplantes.

Como profissionais do direito, o âmbito da saúde nos apresentava como algo desconhecido e, portanto, nosso caminho iniciou-se com uma tentativa de compreensão do doente que necessita de um transplante, no que tange às restrições médicas, financeiras, sociais, físicas e como este conjunto é enfrentado por ele. A compreensão dessa trajetória pela área da saúde à luz da bioética e considerando o aspecto religioso nos proporcionou um melhor entendimento do enfoque humanístico que deve envolver as relações. Com efeito, o direito surge para regular as relações humanas, interligando-se com diversas áreas e, para tanto, torna-se necessária a busca de abordagens multidisciplinares e multiprofissionais com o intuito de que estas inter-relações resultem no direcionamento da questão de forma a contemplar o ser humano nela envolvido.

No decorrer deste processo de aprendizagem, importa ainda destacar que estava

ocorrendo a tramitação de alguns projetos tendentes à regulamentação da doação de órgãos, o que potencializou a motivação para a elaboração deste texto.

Desta forma, foi possível uma nova visão da questão dos transplantes e o conhecimento das indagações que surgiram ensejaram o desenvolvimento do presente artigo.

2. O transplante de órgãos no contexto de saúde no Brasil

O transplante é caracterizado como um procedimento médico pelo qual se extraem tecidos de um corpo humano que são reimplantados em outro, a fim de que o tecido transplantado realize, em sua nova localização, a mesma função que realizava anteriormente.

À medida que se desenvolveram os métodos de transplante surgiram obstáculos legais e éticos que limitaram a disponibilidade de órgãos. Para tanto, surge a necessidade de leis "incentivadoras", porém respeitadoras da dignidade humana, para que a sociedade possa se conscientizar sobre a importância daquele procedimento, possibilitando, assim, a manutenção da vida de pessoas doentes, que se submetem a tratamentos permanentes, rigorosos e dispendiosos. Neste contexto é que se verifica a importância do transplante de órgãos, posto que possibilitará ao doente o retorno ao *status quo ante*, isto é, proporcionará àquele a reintegração à comunidade, nos limites admissíveis ao transplantado.

No Brasil há um grande número de pessoas que se encontram nesta situação de "incapacidade" e sofrimento e, com isso, figuram nas filas de vários hospitais à espera do órgão necessário à solução do problema de saúde que os acometem. Entretanto, apesar do notável desenvolvimento das técnicas destinadas à realização dos transplantes de órgãos, associadas à recente Lei dos

Transplantes, que torna a doação de órgãos compulsória, é fato que a falta de infra-estrutura dos centros de saúde para manter um paciente com morte encefálica nas condições que o permitam ser doador, envolvendo escassez de leitos e recursos, possivelmente impossibilitará aquela aspiração.

Assim, apesar das perspectivas de uma melhor qualidade de vida, fatores éticos e legais devem ser respeitados e contemplados na ocasião de um transplante.

3. As interfaces do tema

3.1 Área da saúde

Com o advento da Magna Carta de 1988 ficou garantida, em seu art. 5.º e incisos, a tutela do direito à vida a qualquer indivíduo, sendo este, segundo o ensinamento do insigne Fernando Capez (1), "o direito de não ter interrompido o processo vital, senão pela morte espontânea e inevitável".

Como consequência deste direito, há o de existência, que se caracteriza "no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo" (2). Neste campo, em princípio, é que incide a temática proposta para este trabalho, vale dizer, a possibilidade da manutenção da vida por um indivíduo que, procurando exercer este direito, acaba por procurar um profissional da saúde, o qual, empregando as técnicas e os conhecimentos existentes na área do transplante de órgãos, torna possível o prolongamento da vida daquele que se encontra em situação de grave enfermidade.

Com isso, a competência do profissional envolve a sua habilidade de compreender o doente de forma a possibilitar-lhe o entendimento do procedimento a ser utilizado e suas eventuais complicações; as informações a serem transmitidas devem ser pautadas na natureza dos procedimen-

tos, nos objetivos diagnósticos ou terapêuticos, nas alternativas existentes para os procedimentos propostos, nas possibilidades de êxito e insucessos, pautando-se no balanço dos benefícios a serem obtidos e riscos e inconvenientes possíveis de sobrevirem.

Ademais, o consentimento do paciente deverá ser obtido anteriormente à realização de todo procedimento sobre o organismo humano de natureza física ou psíquica, baseado em um ato de decisão voluntária, possibilitando a aceitação ou recusa das propostas de ação que lhe afetem ou poderão afetar.

Neste diapasão o escólio de Genival Veloso, mencionado por Silva (3): "O médico não pode dispor incondicionalmente da vida de seu paciente a ponto de obrigá-lo a aceitar uma conduta terapêutica, a não ser diante de iminente perigo de vida. Nos transplantes deve o médico informar ao doente todos os riscos operatórios, as possibilidades de êxito e a duração possível de sua sobrevivência".

Desta forma, atendidas tais posturas, preservada estará a vontade e a dignidade do paciente, bem como o dever do profissional de saúde.

Relacionado ainda ao tema do consentimento informado, encontra-se a bioética e seus princípios, que visam assegurar o respeito à dignidade do paciente e seu direito de administrar sua vida, consoante sua vontade. A bioética deve ser entendida como "o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais" (4). Com efeito, percebe-se que a filosofia da bioética será a de ajudar uma cultura a esclarecer a própria visão da realidade e dos valores.

Destarte, temos que três são os princípios norteadores, conhecidos como a "Trindade Bioética".

O primeiro denomina-se princípio da autonomia ou respeito às pessoas, caracterizado no mister da aceitação das pessoas se autogovernarem ou serem autônomas (livres), quer na sua escolha, quer nos seus atos, sobretudo no que diz respeito à aceitação do médico para com a vontade do paciente ou do seu representante. Resumindo, é a "capacidade que tem a racionalidade humana de tomar suas próprias decisões" (5). Evidente, portanto, o vínculo existente entre o citado princípio e o consentimento informado, dado o respeito à liberdade de escolha do paciente.

O segundo princípio trata-se da beneficência, isto é, a procura do bem-estar e interesses do paciente por intermédio da ciência médica e de seus representantes ou agentes. Tal princípio remete a Hipócrates e sua observância no contexto atual da saúde não se coaduna com posturas que expressem paternalismo ou manipulações (5). Ao paciente deverá ser assegurada a participação no processo de tratamento.

Por fim, o princípio da justiça fundamenta-se pela equidade na distribuição de bens e benefícios no que se refere ao exercício da medicina ou área da saúde. Ressalte-se, outrossim, que a pessoa será vítima de uma injustiça quando lhe for negado um bem ao qual tem direito e que lhe é devido.

Relacionando este panorama com a problemática dos transplantes, a observância a esses princípios se faz necessária, posto que o doente, internado em uma Unidade de Transplante, buscando uma chance de vida ou mesmo a segurança no aparato técnico e farmacológico que lhe propiciará melhores condições orgânicas, deve manter um vínculo com o profissional que dele cuida, de forma a permitir a sua participação no processo de decisão e a preservação do seu querer no que se refere à realização do transplante.

Finalmente resta atentar para a existência de um eventual conflito entre os princípios supramencionados no momento da decisão sobre um procedimento, ou seja, a posição da equipe médica, detentora do saber técnico-científico e a posição do paciente, que necessitará manifestar sua vontade em se submeter ou não a um transplante. Tal vontade vai estar interligada à sua história de vida, visão de mundo e tempo vivido. É clara, portanto, a importância da bioética nas relações que envolvam os transplantes de órgãos.

Neste sentido percebe-se nos dias atuais, uma preocupação ainda incipiente da área médica, particularmente das Escolas de formação médica, com o resgate da reflexão moral e a retomada da discussão ética pela sociedade, procurando reequilibrar determinados juízos e valores indispensáveis à sobrevivência e manutenção de uma determinada estabilidade dos povos. Em termos de saúde pública, a ética “é entendida como a resultante moral do conjunto de decisões e medidas políticas e sanitárias — individuais e coletivas — que proporcionam aumento da cidadania e diminuição da exclusão social” (6).

Segundo Gracia mencionado por Garrafa (7), atualmente a bioética se apresenta como “a procura de um comportamento responsável de parte daquelas pessoas que devem decidir tipos de tratamento e de pesquisa com relação à humanidade...”. Lembra ainda este autor que “a racionalidade científica não pode — sozinha — estabelecer os fundamentos da bioética... Além da honestidade, do rigor científico ou da procura da verdade — pré-requisitos de uma boa formação científica — a reflexão bioética pressupõe algumas questões humanas que não estão incluídas nos currículos universitários”.

Necessário se faz alcançar questões relativas à qualidade de vida que pos-

sam ser resolvidas pelo consenso entre a exigência do respeito recíproco e a necessidade do bem-estar comum, que constitui uma generalização do princípio de beneficência, interligado ao princípio de justiça ou equidade.

Por derradeiro, a bioética salienta a necessidade de abordagens multidisciplinares e multiprofissionais para a adequada formação ética dos atuais e futuros profissionais de saúde, o que sem dúvida vem ao encontro deste aprendizado e amadurecimento que buscamos nestas relações.

3.1.1 Da morte encefálica e dos bens fora do comércio

A morte encefálica foi reconhecida pela Lei n. 9.434/97, em seu art. 3.º, como critério para a determinação do instante da morte, visando facilitar os transplantes ante as exigências de órgãos íntegros e viáveis, aptos para o sucesso do procedimento. A morte encefálica é entendida como a cessação permanente da atividade do tronco cerebral. No esteio dessa assertiva, Motta Maia, mencionado por Silva (3) leciona: “Entretanto, registre-se que a ausência das funções cerebrais não impede que sejam mantidas artificialmente as funções de respiração e de circulação, o que os fisiologistas denominam de vida técnica”.

Entretanto, antes da lei abraçar essa postura, os ilustres José Adriano Marrey Neto e Vitor Pereira (8) já ensinavam: “Em síntese, é aceitável sob os aspectos médico e jurídico, a morte encefálica como critério da morte. Todavia, é tal a gravidade do problema, que não se deve transigir com quaisquer cuidados que a possam envolver, entre eles ressaltando-se o esgotamento de todas as providências tendentes à sua verificação e a exigência imperiosa de sua consta-

tação por médicos especializados e do mais elevado sentido ético”.

No que se refere à mercantilização de órgãos em nosso país, observa-se que a mesma é absolutamente vedada, tanto que a posição majoritária, sobretudo a Constitucional, é clara no sentido de que, na permissão para a comercialização de órgãos faltaria uma base ética, eis que poderia provocar uma comercialização prejudicial aos interesses dos mais necessitados que poderiam ofertar seus órgãos em troca de melhores condições sócio-econômicas.

Em termos legais, a personalidade jurídica extingue-se por ocasião do evento morte, tornando-se, o cadáver, uma coisa submetida à disciplina jurídica, classificada como *extra commercium*. Não obstante o posicionamento contrário da Carta Constitucional, o ilustre José Afonso da Silva (2), salientando o problema do direito à integridade física, entende que não existiriam óbices ao indivíduo para alienar membros ou órgãos de seu corpo, desde que isso se verificasse após a morte do alienante, eis que não resultaria ofensa à vida, posto que a mesma já não existiria.

Os bens fora do comércio (art. 69, do CC) são as coisas insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis e, desta forma, consoante o mandamento constitucional, os transplantes de órgãos enquadrar-se-iam na segunda modalidade (proibição legal). Com isso, apenas a doação de órgãos é permitida, eis que a alienação, com intuito de lucro, é defesa nos termos do art. 1.º, da Lei de Transplantes.

A título de ilustração, urge salientar que, nos Estados Unidos, o advogado Blumstein é mencionado por Garrafa (9) ao abordar a tese da ausência de controle do doador ou de sua família sobre a distribuição de órgãos doados para transplantes, passando o órgão humano

a ser considerado uma espécie de “propriedade nacional”. Enfatiza, ainda, que as pessoas foram criadas no regime da economia de mercado e só doam algo quando incentivadas monetariamente, pois estão culturalmente acostumadas com este sistema, e, além disso, “os medicamentos são pagos, o hospital é pago, o médico é pago. Por que os órgãos não devem ser também pagos?” (8). Todavia, segundo Garrafa (9), tal posição fere a ética e a moral necessárias nas relações médico-paciente.

3.2 Área Jurídica

Após a tramitação de vários projetos de lei perante o Congresso Nacional, foi sancionada a Lei n. 9.434, de 04.02.1997, disciplinando que todos os brasileiros são doadores, “salvo manifestação de vontade em contrário”. Com isso, mister se faz salientar que a capacidade de consentimento da pessoa, isto é, sua aptidão para administrar e decidir consoante sua vontade, acerca de bens e valores jurídicos a que se submete, vontade esta manifestada de forma livre e espontânea, acabou por ser desrespeitada pela lei vigente. É cediço que a grande polêmica existente na indigitada lei refere-se à compulsoriedade na doação de órgãos. Neste sentido, portanto, os defensores da lei de transplantes entendem que a exceção aberta na norma legal, vale dizer, a expressão “salvo manifestação de vontade em contrário”, estaria respeitando o princípio da autodeterminação do ser humano, no momento em que este apresentasse a recusa expressa (10).

Todavia, é fato que a norma atinge diretamente a livre manifestação de vontade da pessoa, isto é, a “expressão externa do querer individual e implica o afastamento de obstáculos ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente” (2). Para agravar esta situação,

lembramos que parte da população brasileira não possui a instrução jurídica adequada para a compreensão daquilo que a lei dispõe, o que, certamente, poderá intervir em uma manifestação livre e *consciente* de vontade, a partir do momento em que a pessoa não entenda o real significado da norma, podendo, com isso, gerar um consentimento falso, distorcido por um vício de vontade presente naquela manifestação. Além disso, é preciso enfatizar também que a lei não permite que a família se oponha à intervenção médica, fato este que, possivelmente, gerará grandes discussões entre a equipe médica e os familiares do doador. Portanto, de acordo com essas posições, verifica-se que a norma fere alguns princípios constitucionais que tutelam a autonomia de vontade e, neste caso, seria ela inconstitucional.

Apesar disso, alguns pontos se destacam na atual sistemática, tais como o da possibilidade do menor, sendo devidamente assistido (incapacidade relativa) ou representado (incapacidade absoluta) por seus pais, tutores ou curadores, manifestar-se contrariamente à doação de seus órgãos, já que a legislação nada menciona. Porém, entendemos que, uma vez atendidas as formalidades legais, a negativa para doar será admissível.

Além disso, a expressão “não-doador” será empregada na Carteira de Identidade ou na Carteira Nacional de Habilitação, devendo ser gravada, de forma indelével e inviolável, na documentação da pessoa que não pretender doar seus órgãos e que, para tanto, manifestou sua vontade naquele sentido (art. 4.º, § 1.º, da LT). Destaque-se ainda que esta documentação possivelmente será alterada, eis que, com o advento da Lei n. 9.454, de 07.04.1997, haverá um número único de Registro de Identidade Civil, fazendo com que, após o prazo máximo (5 anos) estipulado pelo art. 6.º, da indicada legislação,

todos os documentos de identificação que estiverem em desacordo com a norma legal percam a validade. Não obstante isso, aquela posição deverá ser seguida, também, pelas pessoas que já possuem a mencionada documentação que, neste caso, comparecerão aos órgãos competentes para providenciar o referido registro. Por sinal, seria necessária a criação de um procedimento capaz de registrar a vontade da pessoa, de forma rápida e econômica, eis que a necessidade da troca da documentação das pessoas “não doadoras”, possivelmente acarretaria gastos para a máquina estatal e, conseqüentemente, um possível desinteresse por parte daqueles que não almejam doar seus órgãos, já que deveriam enfrentar a burocratização do sistema e a falta de informação, deixando, assim, de escolherem livremente a vontade pretendida.

Outro ponto de destaque no que concerne à doação em vida refere-se ao fato de que somente será admissível a disposição de órgãos, tecidos ou partes do próprio corpo, quando se tratar de órgãos duplos, que não impeçam o organismo do doador de manter-se vivo, sem risco para a sua integridade, não apresente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental, não cause mutilação ou deformação inaceitável e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora (art. 9.º, § 3.º, da LT).

Importante salientar, ainda, a possibilidade de retratação do ato volitivo manifestado anteriormente, vale dizer, a possibilidade de “voltar atrás”, a respeito da decisão assumida em outra ocasião. Neste caso, a reformulação da manifestação de vontade, da mesma forma, deverá ser registrada, a qualquer momento, nos mencionados documentos (arts. 4.º, § 4.º e 9.º, § 5.º, da LT).

Pergunta interessante poderia ser suscitada no caso de existirem manifes-

tações divergentes nos citados documentos. Porém, para esta hipótese, a lei solucionou o problema, disciplinando que, no caso de dois ou mais documentos válidos apresentarem opções diferentes quanto à condição de doador ou não, prevalecerá o mais recente.

Ressalte-se, outrossim, a necessidade do diagnóstico da morte encefálica, autorizador da doação pós-morte, dever ser constatado e registrado por dois médicos não participantes das equipes de remoção ou transplante, permitindo-se, além disso, a presença de médico de confiança da família do morto. Pretende-se, destarte, respeitar a ética que deve reger as relações médico-paciente. Entretanto, este campo poderia ter sido ampliado com a adoção dos princípios norteadores da bioética, que, possivelmente, tornaria mais democrática a disponibilização dos órgãos do doador, respeitando-se a dignidade humana e evitando-se qualquer atrito entre a família e os profissionais da saúde.

Assim, procurando manter uma relação democrática na doação de órgãos, o coordenador do Grupo de Estudos em Bioética da UNB, Volnei Garrafa, destaca que o país somente alcançaria uma solução suficientemente equilibrada (politicamente) e justa (moralmente), na oportunidade em que ocorresse um progresso moral na sociedade (11).

Fator importante à uniformização e democratização da doação de órgãos refere-se às medidas previstas nos arts. 10 a 13, da LT, já que proíbem a veiculação, por qualquer meio de comunicação social, de publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplantes, bem como de apelos públicos solicitando doação para uma pessoa determinada ou para a arrecadação de fundos para o financiamento de transplante. Dessarte, respeita-se o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei, sem qualquer privilégio ou

prejuízo para as pessoas que se encontram na mesma situação.

Importante salientar, outrossim, que os transplantes somente poderão ser realizados em estabelecimentos públicos ou privados de saúde e por equipes médico-cirúrgicas autorizadas pelo Sistema Único de Saúde. Entretanto, para que este procedimento possa ser adotado com maior eficiência é necessária a criação das centrais estaduais de captação, determinando-se, ainda, as suas atribuições específicas.

Assim, além da disciplina legal vigente, a classe médica deveria esclarecer a população sobre o transplante, observando e respeitando os princípios bioéticos, a fim de conscientizá-la sobre os benefícios do procedimento, manifestados na possibilidade de um doador de múltiplos órgãos reintegrar, em média, de sete a oito indivíduos que aguardam por essa oportunidade.

3.3 Área Religiosa

É nítida a influência da religião nas atitudes e decisões de seus fiéis. Com isso, o posicionamento favorável de uma crença a respeito da doação de órgãos possivelmente acarretará uma tendência a que seus seguidores adotem a posição tomada por sua religião.

De acordo com essas posições, percebe-se que, apesar de algumas divergências, a tendência é manifestada no sentido de se apoiar qualquer tentativa de se salvar a vida de uma pessoa e, para tanto, a nova legislação é vista de forma positiva pelos religiosos, que assim se manifestaram por ocasião da tramitação do projeto de lei.

No esteio desta assertiva e conforme artigo publicado no jornal *Folha de São Paulo* (12) tem-se que a igreja católica, bem como a anglicana, o budismo e o espiritismo aprovam a doação; também

os seguidores da religião "testemunhas de Jeová" a autorizam. Outras religiões, entretanto, sem proibir o ato, consideram-no pessoal e, desta forma, dependente da vontade de cada doador. Esta posição é seguida pelas igrejas evangélicas, como batistas e presbiterianas.

Finalmente resta esclarecer que os muçulmanos são contrários à doação de órgãos, pois entendem que "o corpo humano não pertence aos homens" (12).

3.4 Direito Comparado

Vários ordenamentos jurídicos estrangeiros tratam do instituto ora em debate, porém não uniformemente, o que demonstra a problemática do instituto.

Segundo o Código Civil português, não havendo manifestação de vontade do *de cujus* sobre o destino de seu cadáver, isto é, do seu corpo para depois da morte, os parentes podem determinar o seu destino normal, fundado no sentimento de piedade que informa tal ato e notadamente por participar das relações de família (13).

De acordo com a doutrina apresentada por Hernán L. Fuenzalida-Puelma (14), no tocante à doação *post mortem* mister se faz a obtenção do consentimento afirmativo do doador, realizado de forma voluntária, que certamente contribui para uma doação rápida e incontestada. Neste campo, três seriam as formas de se manifestar aquela anuência.

A primeira forma seria a doação por testamento, caracterizada pela manifestação em vida do doador, recorrendo-se às solenidades das leis sucessórias, sendo, por isso, demorado.

Por sua vez, a doação por meio de etiqueta de doador é considerada a melhor forma voluntária, eis que oferece a vantagem do doador sempre portá-la. Dessarte, o hospital pode buscar a etiqueta e atuar imediatamente.

Finalmente, a doação por consentimento presumido consiste na extração habitual de órgãos, a menos que haja alguma objeção anterior (pelo doador antes de falecer, ou por um familiar se aquele não houvesse autorizado especificamente a doação). É possível a aquisição de maior número de órgãos do que o método anterior. Ainda assim, existe a preocupação de que o consentimento presumido limite o direito do indivíduo de decidir sobre o que fazer com seu corpo, devendo colocar uma ação afirmativa para evitar que extraiam algum de seus órgãos. Para que tenha validade, o doador deve entender o significado e compreender que a não discordância será interpretada como consentimento. Além disso, atente-se para o fato de que, na vida prática, *quo plerumque accidit*, é a não extração dos órgãos do falecido pelo médico, sem o consentimento da família, mesmo que esteja com a etiqueta firmada, temendo um futuro processo demandado pela família.

Há métodos de consentimento presumido com o requisito de um princípio de notificação, exigindo que haja um esforço razoável para que se localize o familiar mais próximo, caso aquele omita sua concordância. Se a pessoa falecida não se opuser à doação e não for possível localizar o parente mais próximo mediante uma busca exaustiva, o hospital poderá extrair qualquer órgão.

Por fim, resta esclarecer a posição louvável de Dickens citado por Fuenzalida-Puelman (14), no sentido de que a conduta do médico, em qualquer procedimento a ser adotado, não deve se fundamentar na preocupação pelo benefício que a morte do paciente possa representar para os receptores de órgãos, já que isto poderia ocasionar alguns conflitos de interesses entre o médico e os familiares do paciente.

Na Espanha, a Lei n. 30/79 visa os interesses do receptor, existindo uma

presunção *juris tantum* que permite a extração de órgãos no caso do doador não deixar expressa oposição. Na Áustria, o transplante somente deixará de ocorrer se houver oposição expressa do falecido. Por fim, em razão de não haver disciplina legal na Alemanha, a solução acolhida é a de recorrer aos princípios gerais de direito, que implicam na adoção do sistema do consentimento (10).

4. Considerações finais

A pretensão deste trabalho foi a realização de uma incursão ao tema da doação de órgãos, destinada aos transplantes, com a intenção de trazer à luz algumas interfaces da ampla questão.

A doação de órgãos encontra-se em destaque nos noticiários do país, em decorrência da nova legislação que a disciplina e, conforme procuramos explicitar, a discussão requer várias óticas que contemplem essas interfaces. É necessário preservar o respeito à dignidade humana em qualquer intervenção médica, devendo, para tanto, serem observados os princípios da bioética, a fim de que a vontade do doador prevaleça sobre a vontade médica ou estatal. Nesse ponto, portanto, é que se apresenta a principal polêmica envolvendo a recente lei de transplantes, qual seja, a autodeterminação do ser humano.

Com isso, tem-se que a compulsoriedade na doação de órgãos seria uma ofensa ao princípio da autonomia da pessoa e, por conseguinte, ao princípio da liberdade individual, previsto na Constituição Federal de 1988, considerando que produziria um vício na vontade do doador, ou seja, a coação, já que os princípios inerentes à doação não seriam respeitados, tendo em vista que aqueles se caracterizam em um ato volitivo, expressado de forma livre e espontânea.

Assim, tendo em vista que a bioética se baseia na necessidade de abordagens

multidisciplinares e multiprofissionais para uma adequada postura ética, isto é, na interação das várias disciplinas e dos vários profissionais que atuam nas áreas jurídica, da saúde, religiosa e, sobretudo, porque se pretende contemplar o humano, é fato que a busca do respeito mútuo nas relações médico-paciente, pretendida por aquela ciência, possibilitará o respeito à liberdade individual e à autonomia que tanto se almeja na disciplina das normas reguladoras dos transplantes de órgãos.

Assim sendo, a entrega de órgãos, de forma livre e espontânea, enquadra-se numa modalidade específica de doação, qual seja, a promessa de doação e, como aquela, exige, para a realização do ato, a presença de duas características, vale dizer, a liberalidade e a espontaneidade.

Com isso, estando presentes tais elementos que se referem à concessão feita pelo doador ao donatário, isto é, a uma vantagem que, no caso dos transplantes seria de ordem pessoal, coligadas ao elemento da gratuidade, ou seja, doar sem o intuito de obter lucro, o elemento subjetivo pessoal do agente e essência do contrato possibilitariam a consumação do ato e, conseqüentemente, respeitariam a sua vontade, eis que fora emanada sem a presença de qualquer vício que porventura pudesse desviar a intenção contida no ato volitivo.

Desta forma, apesar de ser uma tentativa louvável a existente na atual legislação visando beneficiar milhares de cidadãos, considerando que todos os brasileiros estão obrigados a dispor de seus órgãos, salvo a manifestação negativa, é evidente o desrespeito ao princípio constitucional da liberdade individual, já que a legislação figura a "doação" de órgãos como um ato forçado, imposto de forma coercitiva, sem respeitar a manifestação de vontade do doador. Destarte, entendemos que a doação voluntária seria a melhor manei-

ra de se dispor de órgãos, posto que respeitaria a vontade do doador, não cerceando qualquer direito do mesmo e, principalmente, preservando a ética nas relações médico-paciente, tendo em vista que uma doação compulsória, por vezes, poderá gerar conflito entre o profissional da saúde, favorável ao início do procedimento (transplante) e os familiares do doador, contrários àquela postura, em virtude daquele não ter pretendido que seus órgãos fossem retirados, seja por convicção pessoal, seja por falta de informação, que, por certo, poderão ser violadas em uma doação automática.

Com efeito, percebe-se a necessidade de uma revisão constante da ordem jurídica, tendo em vista que as relações ou condições de fato são dinâmicas e flexíveis. Neste sentido e sabendo que as relações sociais encontram-se em permanentes alterações é que, diretamente, se impõe também a mutação da ordem jurídica, a fim de que a mesma acompanhe e se adapte às novas condições e valores emergentes na coletividade.

Neste campo, por conseguinte, e acentuando a mutabilidade da ordem jurídica, tem-se que a nova de lei de transplantes, apesar de procurar fornecer uma maior oferta de órgãos para os eventuais receptores, acabou por desrespeitar a autodeterminação do ser humano e, conseqüentemente, a violação a um dos princípios fundamentais aparados pela Carta Magna (art. 1.º, III), qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Portanto, em razão dos possíveis conflitos que poderão advir nas esferas envolvidas, particularmente na relação médico-paciente, é que destacamos a importância de serem respeitadas algumas posições de natureza bioética, reverenciando, destarte, a dignidade humana e a manifestação volitiva desembaraçada de quaisquer vícios do consentimento, que porventura pudessem macular uma decisão referente à doação de órgãos.

5. Referências bibliográficas

1. CAPEZ, F.; Curso Preparatório aos Concursos de Ingresso nas Carreiras Jurídicas; *Direito Constitucional*; MPM, p. 117, 1996.
2. SILVA, J. A.; *Curso de Direito Constitucional Positivo*; 11.ª ed., São Paulo, Malheiros; 1996.
3. SILVA, F. L.; Direitos e deveres do paciente terminal; *Revista Bioética; Simpósio: Pacientes Terminais*, v. 1, n. 2; p. 148; Conselho Federal de Medicina; 1993.
4. CLOTET, J.; Direitos e deveres do paciente terminal; *Revista Bioética; Simpósio: Pacientes Terminais*, v. 1, n. 1; p. 16; Conselho Federal de Medicina; 1993.
5. GRACIA, D.; *Procedimentos de decision en ética clínica*; Conferência realizada no 1.º Congresso de Bioética da América Latina e Caribe, São Paulo, 1995.
6. GARRAFA, V.; *Dimensão da Ética em Saúde Pública*; Faculdade de Saúde Pública / USP; 1995.
7. GRACIA, D.; *La Bioética Médica I: Organización Panamericana de la Salud*; Bioética: Temas Y Perspectivas; Washington, 1991, p. 3-7, apud GARRAFA, V.; *Dimensão da Ética em Saúde Pública*; Faculdade de Saúde Pública / USP; 1995.
8. MARREY NETO, J. A., PEREIRA, V.; *Revista dos Tribunais*, v. 681; p. 435-437; Julho/1992.
9. GARRAFA, V.; O Mercado de Estruturas Humanas (A soft human market). *Revista Bioética; Simpósio: Pacientes Terminais*, v. 1; n. 2; p. 119; Conselho Federal de Medicina; 1993.
10. OLIVEIRA, W. T.; Lei n. 9.434/97: Os Transplantes e a Polêmica sobre seus aspectos Constitucionais e Penais; *Boletim IBCCrim*, p. 10, p. 11; Março/1997.
11. GARRAFA, V., "Meta a Longo Prazo", *Folha de São Paulo*; Caderno Opinião, p. 1-3, 25.01.1997.
12. FALCÃO, D.; "Decisão divide líderes religiosos", *Folha de São Paulo*, Caderno Cotidiano; p. 3-1; 17.01.1997.
13. GOGLIANO, D.; Morte Encefálica. *Revista Bioética; Simpósio: Pacientes Terminais*, v. 1; n. 2; p. 147; Conselho Federal de Medicina; 1993.
14. FUENZALIDA-PUELMA., H. L.; Transplante de organos. La respuesta legislativa de América Latina; *Boletim de La Oficina Panamericana*; v. 108; ns. 5 e 6; ano 69; p. 445-453.