REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

ano 6 - n. 21 - janeiro-março - 1998

21

REVISTA
DOS TRIBUNAIS

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
IBCCRIM
BIBLIOTECA

Publicação Oficial do
INSTITUTO BRASILEIRO DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

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

Trimestral – ANO 6. - n. 21 - jan.-mar./98

As opiniões expressas nos artigos responsabilizam apenas os autores.

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.
Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1 • Caixa Postal 678
Tel. (011) 3115-2433 • Fax (011) 606-3772
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: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA. – Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1 Caixa Postal 678 – Tel. (011) 3115-2433 – Fax (011) 606-3772 – CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil.
Impressão: EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 – CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

O IBCCrim e a Editora Revista dos Tribunais publicam a revista número 21 e consideram ter atingido um marco que ficará gravado na história das publicações jurídicas do País. Cinco anos de existência. Três mil volumes a cada trimestre; periodicidade respeitada; busca incessante do trabalho pluralista e democrático, com abertura de espaço para autores de todas as tendências, com o nítido objetivo de instigar o debate e a discussão. Em termos de vendagem, a revista é produto de sucesso. Tem ampla penetração nacional e internacional. Habita bibliotecas de escolas de direito nacionais e estrangeiras, de tribunais e de escritórios de advocacia. É, portanto, leitura obrigatória para o operador jurídico que pretende atualização. E o objetivo é crescer e melhorar muito mais.

Ao tempo desta apresentação, chega notícia da nomeação de juristas para compor comissão de reforma penal.

O momento é preocupante. Todas as informações indicam que o Sr. Ministro da Justiça disputará eleição para o Governo do Estado de Goiás, obrigado, em conseqüência, a se desincompatibilizar do cargo proximamente. Outro ponto intrigante é que nunca é dado a público o critério que motiva a nomeação e nem o que se pretende reformar.

Optou-se, nestes tempos, por modificações pontuais, ao que parece dominadas mais pela emoção do que pela boa técnica legislativa. Exemplos mínimos dos equívocos legislativos: a Lei 9.437/97, que estabeleceu que algo definido como simulacro de arma, pode ser considerado arma para efeitos penais; Lei 9.271/96 que alterou drasticamente o sistema de prescrição penal. Alberto Silva Franco disse, a respeito, que ocorria uma modernização pontual e advertiu: "As modificações, ponto a ponto, do Código Penal desfiguram a lógica de todo o sistema penal e dão margem a avaliações focais que provocam o esgarçamento da tessitura punitiva".

A necessidade, portanto, é de uma reforma abrangente inspirada pelos princípios da intervenção mínima e da dignidade da pessoa humana, recusados o chamado direito penal simbólico, os famigerados

"abaixo-assinados" apresentados por familiares de vítimas sedentas de vingança, com pretensão de alongamento de sanções. E, por fim, reforma alguma surtirá efeitos se o Estado-Administração continuar a descumprir a sua parte no processo de execução da pena, extinguindo os calabouços e masmorras atuais e promova a criação de organismos para controle e fiscalização da execução das sanções alternativas e construa estabelecimentos adequados ao cumprimento da pena privativa de liberdade forma digna.

CONSELHO DIRETIVO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 3

COLABORADORES 9

1. ENTREVISTA

Conversa com um abolicionista minimalista – NILS CHRISTIE – ANA SOFIA SCHMIDT DE OLIVEIRA/ANDRÉ FONSECA ISOLA 13

2. DOUTRINA INTERNACIONAL

La motivacion de la subsuncion tipica en la sentencia penal – ENRIQUE BACIGALUPO 23

El asesoramiento jurídico en Latinoamérica como tarea de la ciencia jurídico-penal – KAI AMBOS 35

3. DOUTRINA NACIONAL

Imunidades parlamentares – ALEXANDRE DE MORAES 45

As quaestiones perpetuae – LEÔNIDAS RIBEIRO SCHOLZ 65

Direitos humanos – repercussões penais – LUIZ LUISI 75

Juiz natural: comentários sobre a aplicação do princípio em face do parcial deslocamento da competência da Justiça Militar Estadual para a Justiça Comum (Lei 9.299/96) – MARCO ANTONIO DE BARROS 81

Responsabilidade do Estado por erro judiciário – RUI STOCO 91

4. DIREITO DE TRÂNSITO

Direito de reunião e o uso de vias públicas – MARCELO CORTEZ RAMOS DE PAULA 103

5. CRIMINILOGIA E MEDICINA LEGAL

Prisionização: um dilema para o cárcere e um desafio para a comunidade – ALVINO AUGUSTO DE SÁ 117

Aportaciones profesionales del criminologo a la sociedad postmoderna – ANTONIO BERISTAIN 125

Um caso de violência familiar – CLÁUDIA ANAF 139

6. POLÍCIA E DIREITO

A polícia militar e as demais instâncias de controle social – ANA SOFIA SCHMIDT DE OLIVEIRA 147

Da investigação policial e da instrução criminal provisória – CARLOS LAET DE SOUZA) 159

7. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

Júri – Decisão de Desclassificação – Morte do indígena Galdino Jesus dos Santos – SANDRA DE SANTIS M. DE F. MELLO 163

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

As várias faces da violência – ENEIDA DE MACEDO HADDAD/LUCI GATI PIETROCOLLA 171
Violência no meio rural – GILBERTO PORTES DE OLIVEIRA – Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST) 173
A produção social da violência – MIRIAM CHNAIDERMAN 179
A luta pelos Direitos Humanos – MARIA AMÉLIA DE ALMEIDA TELES – União de Mulheres de São Paulo 185
A cidade, a violência e a mídia – SILVIA LESER DE MELLO 189
Em busca do exercício da cidadania (curso de formação de orientadores jurídico popular) – VÍTOR FERREIRA GUIMARÃES 197

9. ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

Textos antigos; crise permanente – RENÉ ARIEL DOTTI 207

10. JURISPRUDÊNCIA

10.1 Jurisprudência Classificada

Suspensão condicional do processo. Lei 9.099/95 – art. 89 – CARLOS ALBERTO PIRES MENDES, SÉRGIO ROSENTHAL E VINÍCIUS DE TOLEDO PIZA PELUSO 231

10.2 Jurisprudência Comentada

Indenização por prisão injusta – ADAUTO ALONSO S. SUANNES 237
A aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal e o pacto de São José da Costa Rica – Decreto 678/92 – J. L. FAGUNDES CUNHA 251
Lei das pequenas causas penais. Retroatividade – PAULO SÉRGIO LEITE FERNANDES 273
Habeas Corpus e Regime de Pena – ELIZABETE MATSUSHITA 275

10.3 Jurisprudência Recente

Interrupção da prescrição executória. Rol taxativo 283
Recurso intempestivo – conhecido como *habeas corpus* 285
Separatismo: liberdade de pensamento 289

10.4 Ementário de Jurisprudência

ROBERTO DELMANTO JÚNIOR E FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO 299

10.5 Jurisprudência Organizada e Comentada

Execução Penal – parte III – SÉRGIO MAZINA MARTINS 329

11. LEGISLAÇÃO

Lei 9.507, de 12.11.97 401

12. NOTICIÁRIO

Racismo – CARMEN SILVIA DE MORAES BARROS 405
Reforma penal pontual – DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR 407
Interceptação telefônica: breves reflexões – MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA 411
Racismo – PEDRO ARMANDO EGYDIO DE CARVALHO 413

13. DOUTRINA LATINO-AMERICANA

La participación de la víctima en el procedimiento penal – ALBERTO BOVINO .. 417

14. ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 439

COLABORADORES

ADAUTO ALONSO S. SUANNES

Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo e Advogado em São Paulo.

ALBERTO BOVINO

Advogado em Buenos Aires e Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade de Buenos Aires.

ALEXANDRE DE MORAES

Promotor de Justiça em São Paulo e Professor de Direito Constitucional e Penal do Curso do Prof. Damásio.

ALVINO AUGUSTO DE SÁ

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

ANA SOFIA SCHMIDT DE OLIVEIRA

Procuradora do Estado.

ANDRÉ ISOLA FONSECA

Procurador do Estado.

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático Emérito de Direito Penal da Universidade do País Vasco (San Sebastian) e Diretor do Instituto Vasco de Criminologia.

CARLOS ALBERTO PIRES MENDES

Advogado em São Paulo.

CARLOS LAET DE SOUZA

Delegado de Polícia em São Paulo.

CLAUDIA ANAF

Psicóloga Judiciária. Membro da Associação Ibero-Americana de Psicologia Jurídica. Supervisora de Estágio nas FMU e Mestranda pela USP.

ELIZABETE MATSUSHITA

Procuradora do Estado de São Paulo.

ENEIDA DE MACEDO HADDAD

Doutora em Sociologia pela USP e Professora de Sociologia da UNESP.

ENRIQUE BACIGALUPO

Catedrático de Direito Penal e Magistrado do Tribunal Supremo da Espanha.

FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

Advogado Criminal em São Paulo.

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

GILBERTO PORTES DE OLIVEIRA

Coordenador Nacional do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST.

J. L. FAGUNDES CUNHA

Juiz de Direito no Paraná. Professor de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa e da Escola Superior da Magistratura do Estado do Paraná. Mestre em Direito pela PUC-SP e Doutorando pela Universidade Federal do Paraná.

KAI AMBOS

Doutor em Direito pela Universidade de Munique. Assessor Científico do Instituto Max Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional em Friburgo de Brisgovia e Professor Assistente da Universidade de Friburgo de Brisgovia.

LEÔNIDAS RIBEIRO SCHOLZ

Advogado Criminal em São Paulo e Mestrando em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo.

LUCI GATI PIETROCOLLA

Doutora em Sociologia pela USP e Professora de Antropologia da UNESP/Franca.

LUIZ LUISI

Professor de Direito Penal das Faculdades de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e da Universidade de Cruz Alta – RS.

MARCELO CORTEZ RAMOS DE PAULA

1.º Tenente do Comando de Policiamento de Trânsito da Polícia Militar do Estado de São Paulo e Bacharel em Direito pela faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

MARCO ANTONIO DE BARROS

Procurador de Justiça e Mestrando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo.

MIRIAM CHNAIDERMAN

Psicanalista e Membro do Departamento de Psicanálise do Instituto Sédes Sapientiae.

PAULO SÉRGIO LEITE FERNANDES

Advogado em São Paulo.

RENÉ ARIEL DOTTI

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

ROBERTO DELMANTO JÚNIOR

Advogado Criminal em São Paulo. Mestre e Doutorando em Processo Penal pela Universidade de São Paulo.

RUI STOCO

Juiz Substituto em Segundo Grau em São Paulo. Membro do Conselho Diretor do IBCCrim.

SANDRA DE SANTIS M. DE F. MELLO

Juíza no Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

SÉRGIO MAZINA MARTINS

Diretor do IBCCrim. Secretário da Associação Juízes para a Democracia. Professor de Direito Penal na Universidade São Marcos (São Paulo) e Juiz de Direito na Vara das Execuções Criminais de São Paulo.

SÉRGIO ROSENTHAL

Advogado em São Paulo.

SILVIA LESER DE MELLO

Filósofa e Professora da Universidade de São Paulo.

VINÍCIUS DE TOLEDO PIZA PELUSO

Bacharel em Direito pela UNIP.

VÍTOR FERREIRA GUIMARÃES

Advogado. Assessor Jurídico do CEDHEPCL. Professor na FAN-USF. Mestrando em Educação USF-Bragança Paulista-SP e Coordenador do Curso de Orientadores Jurídico Popular.

1. ENTREVISTA – NILS CHRISTIE

CONVERSA COM UM ABOLICIONISTA MINIMALISTA

ANA SOFIA SCHMIDT DE OLIVEIRA

ANDRÉ ISOLA FONSECA

NILS CHRISTIE, Criminólogo, Professor Titular de Direito Penal da Universidade de Oslo, autor de diversos artigos e livros, dentre os quais o já clássico "Limits to Pain" (traduzido para o espanhol sob o título "Los Limites del Dolor" – Fondo de Cultura Economico) e "Crime Control as Industry" recentemente publicado no Brasil (sob o título A Indústria do Controle do Crime – Forense) foi um dos convidados estrangeiros participantes do Seminário Internacional de Abolicionismo Penal, promovido pelo IBCCrim e Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais da PUC-SP. A ele agradecemos a generosidade, o profundo humanismo, o largo tempo despendido. O português e o norueguês incomunicáveis encontraram-se pelo inglês mas o esforço de compreensão transcende, decerto, as barreiras lingüísticas. Nossos ouvidos e neurônios dogmáticos esforçam-se para captar o sentido da expressão *abolicionismo penal*. Houvesse um sismógrafo bem sensível, certamente captaria essas ainda suaves oscilações cujo epicentro é este grupo de filósofos-revolucionários-penalistas-poetas-criminólogos-humanistas, os abolicionistas. Este sismógrafo talvez seja a sensibilidade de cada pessoa que anseia por uma convivência social mais confortável. Explicando-se a si próprio como um abolicionista minimalista, NILS CHRISTIE concedeu ao IBCCrim, no dia 19 de novembro de 1997, a entrevista seguinte.

André: Estamos iniciando um Seminário Internacional sobre o tema Abolicionismo Penal. Como o Senhor nos introduziria ao tema?

Nils Christie: Atualmente, existem muitas pessoas trabalhando com este conceito, mas nem todas pensam da mesma forma. Algumas usam a expressão para dizer que é preciso abolir o direito penal e tentar resolver os conflitos no campo do direito civil. Esta é a posição radical. Outras têm uma posição mais moderada. Thomas Mathiesen e eu chamaríamos esta posição de *minimalista*. Nós reconhecemos que em certas hipóteses é necessária a intervenção da força do estado mas acreditamos que estas hipóteses devem ser restringidas ao máximo já que as prisões têm tantas desvantagens. São caras e destrutivas. Quando mandamos uma criança para a escola, ela vai aprender os valores da escola, dos amigos, vai formar sua rede de conexões. O mesmo acontece com a pessoa que é mandada para a prisão, mas aqui os valores aprendidos são outros. Quanto à teoria abolicionista, está centrada na idéia de que o crime não existe. Más ações podem existir. Uma má ação pode ser analisada sob diversos enfoques: se for analisada sob o enfoque penal, uma má ação será transformada em crime; se for analisada sob o enfoque médico será transformada em doença; se por nós, diremos que na sociedade moderna, analisada no contexto da vida

cotidiana, será vista como um problema. Existe uma tendência na sociedade moderna de alargar cada vez mais o enfoque penal. O que o abolicionismo quer é encolher o sistema penal. Alguns querem encolhê-lo tanto até o ponto da não existência. Outros, tanto quanto politicamente possível em uma sociedade leniente. O meu interesse pessoal é propiciar o desenvolvimento de um senso crítico em relação ao sistema penal para que não se torne opressivo. Também diz respeito à definição dos atos. Explico. Um sistema penal muito abrangente impede que as pessoas tomem parte nos seus conflitos, nas suas vidas. Os conflitos sociais são transformados pelos operadores do direito em casos. As chamadas vítimas perdem seus próprios casos para seus advogados. Escrevi um artigo chamado "Conflito como Propriedade" e o subtítulo era "De quem é o conflito?". Pois existe o conflito possuído pela polícia, pelos promotores, pelos advogados, pelos juízes. Mas não será que eu e você, se formos as partes interessadas, deveríamos conversar? Eu perguntaria: "Por que você tirou isso de mim?" E você responderia: "Eu tirei porque eu precisava muito ou porque você tirou outra coisa de mim alguns anos atrás". A questão é: você prefere ser um sujeito ou um objeto? Você prefere tomar parte de seu conflito ou deixar alguém tomar parte por você?

André: O que exatamente o Senhor tem em mente quando trata o conflito como propriedade?

Nils Christie: Não me refiro ao aspecto material, ao eventual significado financeiro do conflito, à perda financeira sofrida pela vítima. O *conflito* propriamente dito é que representa o bem subtraído mais importante. Os conflitos são elementos importantes da vida social. As vítimas de crimes, no entanto, perdem o direito de participar na solução deles. Conflitos ferem as pessoas diretamente envolvidas, ferem o sistema social, mas podem ser bem usados, podemos aprender com eles, desde que não sejam subtraídos pelo sistema legal, pelos advogados. Podem constituir uma experiência importante. Muitos de nós, como leigos, experimentamos tristes momentos quando nossos advogados nos dizem que nossos melhores argumentos sobre aquela briga com um vizinho não valeriam nada em juízo e que, pelo amor de Deus, não devemos sequer mencioná-los ao juiz. Depois, usam no tribunal argumentos que nós acharíamos irrelevantes ou indevidos. Assim, os conflitos vão se tornando propriedade dos operadores do direito.

Ana Sofia: Mas o Senhor pensa que as vítimas desejam possuir seus conflitos ou desejam exatamente o contrário, que os seus conflitos sejam possuídos por outra pessoa?

Nils Christie: Depende. Normalmente as pessoas ficam infelizes quando a engrenagem jurídica se apropria de seus conflitos, quando são apenas testemunhas e não são tratadas com o devido respeito. Quando participam de programas de mediação, temos várias pesquisas a respeito, ficam mais satisfeitas. Isso pode acontecer em casos de agressão, estupro e até homicídio. Temos relatórios de pessoas que, relatando suas experiências de mediação, disseram: "*No lugar do monstro desconhecido eu vi uma pessoa. Eu tive a chance de mostrar a minha raiva e a minha dor e tive a chance de ouvir as suas razões e suas desculpas*". Com um sistema que possibilite este tipo de contato, você cria um espaço mais amplo de entendimento. Mas você está certa. Algumas pessoas odiariam isso, até mesmo alguns ofensores não gostariam disso. Na nossa experiência diária percebemos que quem faz alguma besteira não quer encontrar a

pessoa que prejudicou. Muitos ofensores acreditam que encontrar com suas vítimas é muito pior do que encontrar com o promotor ou juiz. É mais fácil submeter-se ao sistema penal do que encontrar-se verdadeiramente frente a frente com a pessoa a quem você ofendeu. Eu sempre faço lembrar aos meus alunos que na nossa vida social nós somos juízes, policiais e ofensores, desempenhamos todos os papéis. E que é preciso reativar nossas experiências como seres humanos integrais. Esta necessidade é o fundamento mais importante que eu vejo para abolir estruturas extremamente caras do sistema penal.

Ana Sofia: Como funcionaria na prática? Existe alguma semelhança com o sistema de *restorative justice* norte-americano? em alguns estados, acusados e vítimas são convidados a se encontrarem e a intermediação é feita por pessoas que não integram o sistema de justiça criminal. Mas se não se chega a um acordo ou se as partes envolvidas recusarem o convite, o caso é resolvido pelo sistema tradicional.

Nils Christie: Depende. No meu país nem todos os casos estão abertos à mediação. Os casos menores, majoritariamente, podem ser resolvidos pela mediação. Eu acho que este rol poderia ser alargado.

Ana Sofia: O que são os casos menores?

Nils Christie: Fundamentalmente casos não violentos. Mas eu entendo que até mesmo casos que envolvam violência podem ser objeto de mediação. Nestes casos pode ser mais útil que uma parte encontre a outra do que naqueles casos em que o ofensor se vê diante de uma grande organização ou de vítimas não identificáveis, como nos crimes de colarinho branco, fraudes em seguradoras, crimes ambientais, etc. O impacto do encontro pessoa a pessoa é muito mais intenso do que aquele causado pelo encontro de uma pessoa com o representante de uma firma.

André: E os casos relacionados ao uso e tráfico de substâncias entorpecentes?

Nils Christie: Eu tenho uma visão diferente da política relacionada às drogas em geral. Eu penso que a política ditada pelos Estados Unidos é terrível e causa um esgarçamento do tecido social. Mantenho a esperança de que possamos nos livrar deste sistema e encontrar outras formas de controlar o comportamento dos jovens. No meu país crimes relacionados a drogas são considerados extremamente sérios e não poderiam ser submetidos ao sistema de mediação. Um terço dos prisioneiros está nas prisões por causa das drogas. Esta situação anormal hoje é realidade na maioria dos países europeus. É um exemplo de como a extensão do sistema penal atinge as classes mais baixas sob o pretexto de proteger as pessoas contra as drogas. Eu sou contra o uso de drogas, não estou defendendo o uso, mas o controle tem que ser feito de outra forma.

Ana Sofia: Como seria a organização do sistema judicial ideal?

Nils Christie: Bem em primeiro lugar, e isto é o mais importante, seria uma organização orientada para a vítima. Não em um estágio inicial. O primeiro estágio seria o tradicional, onde se verifica se a lei foi mesmo infringida e se aquela determinada pessoa foi mesmo quem a infringiu. Então, estabelecida a materialidade e autoria, viria o segundo estágio, muito importante neste sistema. A situação da vítima seria considerada. Cada detalhe relacionado ao que aconteceu, ainda que juridicamente irrelevante, seria

analisado. Particularmente importante aqui seria considerar o que poderia ser feito para a vítima principalmente pelo ofensor. Depois, o que poderia ser feito pela vizinhança e depois o que poderia ser feito pelo Estado. Um questionamento abrangente: O dano pode ser compensado? a janela consertada? a parede pintada? o tempo perdido porque o carro foi roubado restituído de alguma forma? Será que quando as discussões começaram percebeu-se que os danos não foram assim tão sérios como parecia nos documentos escritos para as companhias de seguros? O sofrimento físico pode ser amenizado por alguma ação do ofensor? E a comunidade, terá exaurido todas as formas de oferecer ajuda? É certo que o hospital local não pode fazer mais nada? Só depois de respondida toda esta indagação e superado este estágio – o que pode levar horas ou dias – é que viria a decisão acerca da punição. A pena seria um sofrimento adicional àquele sofrimento construtivo pelo qual o ofensor passará nas suas ações restitutivas *vis-à-vis* com a vítima. Um quarto estágio precisa ser adicionado. É o estágio de prestação de serviços ao ofensor. Sua situação pessoal e social é, a esta altura, já bem conhecida pelo tribunal, o que pode revelar necessidade de ajuda educacional, médica, religiosa, social – não para evitar crimes futuros mas sim porque as necessidades precisam ser atendidas. É importante que este estágio venha depois da sentença para que não exista o risco de se impingir tratamento compulsório, o que é um eufemismo para prisão por tempo indeterminado. Este modelo de tribunal que eu tenho em mente também teria uma orientação leiga.

Ana Sofia: Voltando aos fundamentos básicos. O senhor acredita que as pessoas possuem o direito de escolher entre agir mal e agir bem e, conseqüentemente, o direito de agir mal, desde que assumam as conseqüências de seus atos?

Nils Christie: Não, de forma alguma. Eu sou puritano. Todos os sistemas têm regras e as pessoas devem obedecê-las.

Ana Sofia. Explico melhor. Algumas vezes as idéias abolicionistas soam como uma tendência neopositivista. Parece que pressupõem uma conversão a alguns valores. Uma reeducação. Já conheci algumas pessoas nas prisões que não querem mudar seus valores. Simplesmente querem ter mais do que podem comprar, e roubam. Roubam e não se arrependem. É algo que ocorre com uma certa freqüência em uma sociedade capitalista, em uma sociedade de consumo. Como o Senhor vê este problema?

Nils Christie: Bem, estes exemplos justificam a minha posição que é uma posição minimalista. Se algumas pessoas querem continuar matando judeus, um limite precisa ser imposto. E aqui o sistema penal, fundamentado nas leis penais, é o melhor aparato que eu conheço para que este limite seja imposto a comportamentos absolutamente inaceitáveis, que não podem ser tolerados pelo Estado. No meu ponto de vista este é o espaço que o sistema penal deve ocupar. O que é preciso é tomar cuidado para que não cresça muito como tem acontecido em alguns países. O Estado do Texas é o exemplo de um crescimento tão grande que leva a um desequilíbrio. O sistema legal deve manter um equilíbrio entre valores básicos. Você não deve matar judeus mas se ameaça matá-los, não deve permanecer preso pelo resto da vida e sim por um período coerente com uma ameaça. Na minha posição minimalista – e eu discuto sobre isto com Louk Hulsman porque não concordo com ele neste aspecto – quero preservar algumas garantias legais porque, caso contrário – e agora entendo o que você quis dizer com "neopositivismo" – só resta como opção a visão positivista. Só resta dizer que este ho-

mem é perigoso e, ao invés de puni-lo, devemos tratá-lo. Isto está longe do que eu penso ser correto. Já escrevi diversos livros sobre os perigos da ideologia do tratamento. Psiquiatras exercendo tarefas de advogados são algumas das pessoas mais perigosas de que eu já ouvi falar porque combinam dois tipos de pensamento usados como duas correntes diferentes colocadas em algumas pessoas. Isto é extremamente perigoso. Eu certamente preferira ser condenado por um crime específico, por um período específico, do que cair nas mãos dos profissionais do tratamento que me moldariam até que me julgassem pronto para sair. O que eu digo é que precisamos minimizar o uso da prisão e estender o máximo possível as possibilidades de que os participantes tenham uma chance de trabalhar pela compensação e pela pacificação.

Ana Sofia: Oscar Wilde , em um livro chamado "A Alma do Homem sob o Socialismo", diz que o pior senhor é aquele que trata bem seu escravo pois o impede de perceber a crueldade da escravidão. O Senhor acha que este mesmo tipo de pensamento é válido para as chamadas prisões-modelo, em que as acomodações são confortáveis, e os prisioneiros, bem tratados, têm a chance de aprender uma profissão de serem alfabetizados? Ou seja, boas prisões impedem que se perceba a crueldade do sistema penal?

Nils Christie: Não, não acho. Já estive em muitas prisões, a maioria delas é terrível mas algumas prisões européias realmente parecem hotéis. Eu hesito em levar meus alunos a estas porque fatalmente alguém fará um comentário idiota do tipo: "Eu gostaria de passar algum tempo aqui". Quem pensa assim realmente não entendeu nada. Não entendeu o estigma de estar lá. Não entendeu que à noite a porta é trancada e que a porta é trancada todos os dias. Não entendeu que quem está lá dentro não pode deixar aquele território. Este sentimento de estar engaiolado, enjaulado, é o que existe de mais cruel nas prisões, ainda que as instalações sejam confortáveis. Certamente haverá casos em que a pessoa repensa suas atitudes. Mas a possibilidade disto acontecer tem que ser confrontada com o fato de que o preso fará novas amizades e terá novas idéias. E há outro aspecto que eu gostaria de ressaltar. Não é possível manter tantas pessoas nas prisões. Assim, a tecnologia de segurança desenvolveu formas de monitoramento à distância como as pulseiras eletrônicas e o novo sistema de introdução de um aparelho no corpo do prisioneiro que é libertado. São formas de controlar cada passo. Onde quer que a pessoa esteja, é sempre possível saber onde ela está.

André: Como o "grande irmão" do livro de George Orwell.

Nils Christie: Sim, exatamente. Isto é uma coisa muito assustadora, pois é uma forma de controle da população que se aproxima à situação imaginada por George Orwell. É preciso tomar muito cuidado.

Ana Sofia: Seria uma forma de manter a prisão dentro do prisioneiro e não o prisioneiro dentro da prisão?

Nils Christie: Sim. Eu tenho medo disso. Na Califórnia, uma comissão do poder legislativo solicitou a grandes firmas que apresentassem um projeto, um esboço, de algum equipamento que possibilitasse o controle de todos os acusados de crimes sexuais. E então uma das seis firmas convidadas a oferecer o projeto perguntou: "Por que só estes, só os acusados de crimes sexuais? Por que não todos?" De acordo com a proposta feita, todos os prisioneiros que deixassem a prisão teriam que usar estes aparelhos de

modo que a polícia tivesse controle acerca de sua localização. Este tipo de desenvolvimento tecnológico é muito problemático. E existe um outro ponto que é o fato de estarem as prisões repletas de pessoas pobres.

André: O Senhor não acredita que a prisão possa ter um efeito positivo?

Nils Christie: É claro que alguma vez a prisão, se for decente, pode ter algum resultado neste sentido. Mas acho que isto é relativamente raro. Eu acredito – é o que dizem os estudos nesta área – que o risco de reincidência aumenta para aquelas pessoas que passaram pela prisão, se comparado ao que aconteceria se não fossem mandadas para a prisão. Não é preciso muita imaginação, você com certeza tem visto isso nas prisões, para concluir que estar preso não é exatamente uma benção, nem ajudará ninguém em sua vida futura passar algum tempo recolhido em um Distrito Policial ou nesta enorme prisão que existe aqui onde estão quase sete mil presos. Se a pessoa recolhida em um local destes sobreviver, a experiência certamente não lhe será muito útil. Uma outra questão diz respeito ao interesse econômico que está por trás do crescimento do sistema penal. Muitas pessoas sobrevivem graças a ele, muitas pessoas constróem sua vida, seu patrimônio, mantendo outras pessoas presas.

André: Existem prisões privadas no seu país?

Nils Christie: Não, não temos prisões privadas. O que existe é uma competição para que uma prisão seja construída em seu distrito, porque isso significa empregos e crescimento econômico. Conversei com o Diretor do Sistema Federal Americano e sei que as pessoas se reúnem, fazem fila, pressionam, para conseguir uma nova prisão. Particularmente na área rural dos EUA, onde as coisas não vão muito bem, é uma grande benção a construção de uma nova prisão.

Ana Sofia: Em um artigo publicado na Revista do IBCCrim é mencionado que os estudantes de uma escola dominical do Texas se reuniam para rezar pedindo pela construção de uma nova prisão.[1]

Nils Christie: Sim, é uma situação absolutamente real. Por isso uso a imagem de que os condenados representam a matéria-prima da indústria das prisões. São as "coisas" que serão processadas. A única função dos prisioneiros é servir de matéria-prima àqueles que ganham dinheiro às suas custas. Não é um pensamento muito dignificante. Então, quando você está nesta situação indigna de ser um prisioneiro, perde traços de sua personalidade que faz com que os outros tenham alguma identificação com você. Quando você está atrás das grades é mais difícil vê-lo como ser humano. E o passo seguinte poderá nos levar à política atual dos EUA, que é uma política de exterminação. O meu interesse por esta questão vem dos meus primeiros estudos relacionados a pessoas que trabalharam como guardas em campos de concentração. Os alemães, durante a 2ª Guerra, construíram campos de concentração na Noruega para prisioneiros iugoslavos. Hitler transferia prisioneiros de um país para outro e eles chegavam em terríveis condições. Guardas noruegueses trabalharam ao lado de guardas alemães e mataram prisioneiros assim como estes. Meu primeiro trabalho, como jovem estudante, foi descobrir como eles puderam fazer isso. A resposta que eu obtive foi confirmada muitas vezes mais tarde. Eles puderam matar porque não

(1) LOTKE, Eric – A Indústria das Prisões. V. Revista Brasileira de Ciências Criminais – Vol. 18 – pag. 27.

viam aqueles prisioneiros como seres humanos. Eles estavam famintos, tinham diarréia, sarna, piolho, lutavam por um pequeno pedaço de pão, comportavam-se de forma indigna. Os guardas os viam como animais. Depois fizeram a mesma coisa com os judeus. Como estavam destituídos de sua humanidade, era simples livrar-se deles.

André: E qual a comparação possível com o sistema penal?

Nils Christie: Com o crescimento da indústria das prisões e com o alargamento do sistema penal nós podemos ser levados a uma situação semelhante àquela da Segunda Guerra Mundial. Tenho muito medo de que, em países com grandes diferenças sociais, este processo de desumanização atinja as pessoas das classes mais baixas que estarão em uma situação extremamente vulnerável. Pode ser que queiram simplesmente livrar-se delas.

Ana Sofia: Em uma sociedade capitalista, em uma sociedade de consumo, com diferenças sociais tão acentuadas como a brasileira, as pessoas que não têm nada, que não podem comprar nada, não são nada. Para que surja este sentimento de respeito em relação a elas, para que sejam vistas como seres humanos dignos, não seria necessária uma utópica conversão de valores?

Nils Christie: Eu não iria tão longe. Não entraria em uma discussão tão ampla. O importante é dizer que o crescimento do sistema penal ajuda muito a manter as diferenças sociais. Se restringirmos o aparato penal, se não colocarmos tantas pessoas dentro das prisões, nestas condições indignas, poderemos fazer algo para que a diferença não seja tão intensa. Sei que não podemos mudar toda a estrutura social mas é preciso perceber que nas condições atuais, quando se fala de sistema penal, já não se trata de sistema penal de controle do crime mas sim de sistema de controle das classes mais baixas. Em Washington, por exemplo, mais de metade da população negra está nas prisões ou sob a supervisão da justiça criminal. Este sistema de controle de classes é que nós precisamos abolir. Voltando então à questão do abolicionismo penal. Não basta abolir o sistema penal. Vale lembrar que os negros do sul dos EUA quando libertados da escravidão foram para o norte e acabaram nas prisões. Eram prisioneiros de seus senhores e depois das prisões. O mesmo problema vestiu uma roupagem diferente. Em todos os países que eu conheço, e não há exceções, são as pessoas das classes mais baixas que vão para as prisões. O que podemos fazer, na nossa área que é a do direito penal, é tentar deixar as coisas um pouco mais difíceis para aqueles que têm interesse em manter um grande número de pessoas nas prisões.

Ana Sofia: Mas não seria o desenvolvimento de sentimentos de solidariedade um antecedente necessário ao encolhimento do sistema penal?

Nils Christie: Não necessariamente. Eu tento descrever o que acontece em pequenas cidades, que é o que cria coalizão entre as pessoas. Se você vive em uma área limitada, não pode estar sozinho. Deve ser civilizado o suficiente para ter amigos de modo que, se estiver em apuros, poderá mobilizar seus amigos, o que independe de suas condições financeiras. Não existe o paraíso, todas as comunidades têm seus conflitos. O que é importante é que exista um certo equilíbrio nas relações de poder. Nesta espécie de construção de similitudes, os interesses dos participantes com freqüência se encontrarão e poderá surgir uma solução de consenso, que é o oposto de uma solução penal. A solução penal é

sempre uma solução de exclusão: uma das partes é banida. Então acredito não ser necessária esta idealização, não se deve imaginar que uma solução não-penal só é possível em uma sociedade harmônica, em que as pessoas são bondosas umas com as outras.

André: Como fazer para que pessoas que vivem em uma cidade com dez milhões de habitantes se comportem como se vivessem em uma pequena cidade?

Nils Christie: A primeira coisa a se fazer é a descentralização. Pensar em termos de vizinhança. Você deve indagar sobre o que pode ser feito na área em que você vive. Esta questão está relacionada à polícia comunitária, o que é muito importante. Se um batalhão de uma polícia centralizada vem fazer policiamento neste quarteirão, e principalmente se fizerem ronda motorizada, eles olham para as pessoas como criminosos em potencial, não como seres humanos. Por outro lado, se o policiamento é descentralizado, vinculado àquela vizinhança, todos os estudos demonstram que o policial estará mais preocupado em resolver conflitos do que em realizar detenções. Sempre e sempre podemos encontrar alternativas à lei penal e aqui é importante contar com os antropólogos. É provável que sejam eles as pessoas mais indicadas para mostrar como reativar este sentimento de comunidade, de vizinhança.

Ana Sofia: Sem dúvida alguma, existem boas razões para viver em uma pequena cidade. É tranqüilo, é agradável, onde você vai alguém o conhece. Ninguém é anônimo. Mas não se pode ignorar que esta mesma situação é insuportável para muitas pessoas que se sentem atraídas pelas cidades grandes exatamente porque querem ser anônimas. Por outro lado, muitas pessoas talvez gostassem de uma oportunidade de participar da solução de seus problemas e de problemas alheios. Mas muitas também não se importam. Querem viver sua vida sem precisar se envolver diretamente com as questões da comunidade e me parece que não devem ser censuradas por isso. Em outras palavras, o que é quase o paraíso para uns, é uma realidade opressora para outros.

Nils Christie: Eu concordo plenamente com você. As coisas realmente são assim. Escrevi um livro, publicado apenas em língua escandinava, cujo título poderia ser traduzido assim: "Quão apertados devem ser os pontos da malha social?". Este livro trata deste dilema. Em uma pequena sociedade você conhece e é conhecido por todas as pessoas. Não pelo papel que você desempenha mas por aquilo que realmente é. E no outro extremo, existe o tipo de sociedade em que você só é conhecido pelo papel que desempenha. Você conhece o policial, o padre, o comerciante, mas não conhece a pessoa. Minha pergunta é: em que tipo de sistema você gostaria de viver? E minha conclusão naquele livro é no sentido de que fomos longe demais nos conhecendo só como atores e precisamos voltar um pouco no caminho, para que possamos nos conhecer como pessoas inteiras. Eu digo também que nada preocupa mais as pessoas do que estatísticas comprovando o aumento das taxas de criminalidade. Eu pessoalmente me preocupo muito com a diminuição, no meu país, da taxa de um crime em especial: o crime contra a honra. Qual o sentido desta diminuição? Certamente não significa que as pessoas não falam mais coisas más umas das outras; significa, sim, que ninguém mais se importa com o que os outros dizem. E realmente, se você não conhece seus vizinhos, não há motivo nem espaço para sentir vergonha. Em uma sociedade em que as pessoas se conhecem e se importam umas

com as outras, vergonha é um sentimento bastante desagradável. Creio que um dos mais importantes freios que nos impedem de fazer coisas que não devemos fazer é imaginar o que pensarão de nós aquelas pessoas com as quais nós realmente nos importamos. Daí surge o dilema. Em uma sociedade ou em um grupo onde nada importa, onde este tipo de freio não existe, a tentação de buscar ajuda no Direito Penal torna-se irresistível. Neste sentido, os velhos abolicionistas dizem que é inevitável trazer de volta à sociedade procedimentos que são comuns. O perigo aparece quando alguns pensadores modernos dizem que é preciso trazer de volta o sentimento de vergonha. O problema é que não se pode criá-lo em uma sociedade em que este sentimento não surge naturalmente então usam o sistema penal para criar esta vergonha. Em algumas cidades norte-americanas, quando um condenado por crime de natureza sexual é solto, a corte determina que se espalhe pela vizinhança avisos do tipo "Fulano está de volta". Esta é uma forma terrível de infligir vergonha.

André: Sim, é verdade. Um juiz de Houston condenou uma mulher que havia cometido um furto em um supermercado a caminhar uma hora por dia vestindo uma camiseta com dizeres, nas costas, que expunham o ocorrido. E há uma lei no estado da Califórnia dizendo que se você já esteve preso, deve avisar a vizinhança para a qual pretende mudar-se desta condição.

Nils Christie: É uma coisa terrível, que nada tem a ver com o que acontecia nos velhos tempos ou com o que acontece nas pequenas cidades. Nestes casos, as pessoas tomam conhecimento das coisas erradas mas sabem também do que você fez de bom. Usar a técnica da pequena vila em uma sociedade moderna é tortura. É expor de uma maneira humilhante só o lado negativo da pessoa.

Ana Sofia: O Senhor, dentre os diversos matizes do abolicionismo, se denomina minimalista. O encolhimento do sistema penal não geraria um sentimento de insegurança? Não haveria uma tendência para o desenvolvimento de segurança privada?

Nils Christie: Seria realmente uma tendência se o Estado se retirasse e deixasse o capital livremente dirigir as ações. É claro que com as desigualdades sociais que existem aqui você teria que contratar um segurança para evitar o seqüestro de seu filho. É inevitável. As estruturas do sistema penal estão intimamente ligadas às estruturas sociais e, no contexto atual, colaboram para acentuar as diferenças.

André: Possuindo agora uma noção já mais concreta deste país, qual seria o seu conselho?

Nils Christie: Meu primeiro conselho teria relação com as deploráveis diferenças no padrão de vida das pessoas e entre aqueles que estão nas prisões e aqueles que vivem nas casas do outro lado da rua. Você não pode esperar ser levado a sério se ao mesmo tempo possui lindos museus e terríveis prisões. Este seria o primeiro ponto. Não há como se aceitar isso a longo prazo.

Ana Sofia: Mas nós temos lindas prisões, algumas com oficinas que pouco diferem de verdadeiras fábricas e existem, inclusive, fazendas no interior. Isto é o que eu quis dizer quando me referi à questão da escravidão, mesmo se todas as nossas prisões fossem bonitas...

Nils Christie: Mesmo que todas elas fossem maravilhosas. Eu deveria ter dito isto de início. Meu primeiro, e talvez, mais importante ponto é que os abolicionistas estão corretos em seu posicionamento de buscar a solução dos conflitos

em outro campo que não o direito penal. A maioria dos casos deveria ser resolvida por meio de diálogo entre as partes, por intermédio do Juízo Cível, com base na reparação do dano. Esta deveria ser a principal solução para os conflitos, mas resta, ainda, um pequeno problema, que deveria ser mantido tão pequeno quanto possível. Nesses casos, talvez, é que devêssemos utilizar o poder estatal, através do encarceramento. Contudo, este é um problema muito menor do que, normalmente, costumamos achar. Eu tenho vários exemplos no meu livro "Crime control as industry" e poderia acrescentar muitos outros, de países que possuem uma enorme população carcerária, particularmente no caso da Finlândia, que é interessante. Eles pensaram: "a Rússia possui uma grande população carcerária; a Escandinávia, ao contrário, uma pequena". Após a 2.ª Guerra Mundial, começaram a questionar se deveriam seguir o modelo da Rússia ou da Escandinávia, onde estavam as raízes do país? Prisionalização é uma questão que diz respeito ao tipo de país em que você vive, do qual você quer fazer parte. Então, sistematicamente, foi reduzida a população carcerária. Se você deseja estar próximo à Escandinávia, você deve utilizar formas alternativas de solução dos conflitos. A Finlândia provou ser possível.

Ana Sofia: Para a Finlândia talvez...

Nils Christie: Não, para todos os países. População carcerária não é uma medida do crime, mas uma medida do sistema político. Eu não pretendo tornar a situação complicada para os abolicionistas. Eles têm um ponto muito importante e este ponto deveria ser apresentado enfaticamente. A sua questão sobre o perigo do positivismo é o ponto central. Estou muito feliz que você esteja consciente desse fato, mas não deixe que isso a impeça de seguir seu caminho. É como se você estivesse dirigindo numa estrada e estivesse indo, cada vez mais, na direção errada. Então você deve tentar mudar sua direção, seu rumo; há também outros problemas do outro lado da estrada, entretanto, neste momento, o problema principal é a amplitude do fenômeno prisional. Vamos tentar corrigi-lo.

LA MOTIVACIÓN DE LA SUBSUNCIÓN TIPICA EN LA SENTENCIA PENAL

ENRIQUE BACIGALUPO

I.

Las discusiones relativas a la sentencia penal tiene un presupuesto teórico-normativo. Sin él no sería posible resolver los problemas prácticos que presenta una sentencia judicial en el orden jurídico. En efecto, *la sentencia puede ser objeto de estudio de una perspectiva externa formal*, es decir según la exigencias establecidas en el art. 142 L.E.Crim., y los arts. 245 y 248 LOPJ. Esta perspectiva no es, en realidad, interesante, pues de ella es muy poco lo que se puede esperar, capaz de superar el nivel de una mera exégesis de los textos legales. Por el contrario, *desde una perspectiva interna-material la sentencia aparece como un fenómeno normativo de creación de una norma individual fundada en la aplicación a un caso una norma general* (legal): "Desde el punto de vista de la dinámica del derecho la imposición de una norma individual por un Tribunal representa un estadio transitorio del proceso que comienza con la sanción de la Constitución y que, a través de la legislación y el derecho consuetudinario conduce a la decisión judicial y, a partir de ésta, a la ejecución de la sanción".[1]

Consecuentemente, es preciso aclarar qué conceptos nos permitirán comprender y explicar este desarollo del sistema normativo.

En la dogmática jurídica se emplean diversos conceptos de normas. En la *teoría general del derecho la norma se presente como un juicio hipotético o condicional, cuya función es la de esquematizar el entendimiento de un determinado acto en su significación jurídica.*[2]: "La norma, se dice en este sentido, es lo que otorga al acto la significación de un acto jurídico (o antijurídico)".[3]

Como juicio destinado a cumplir esta función la norma esquematiza el pensamiento jurídico de la siguiente manera:

Si X, entonces CJ.

Es decir, si de dan X condiciones, entonces se debe dar la consecuencia jurídica CJ (legalmente prevista). Dada su estructura estas normas se pueden denominar condicionales. El aumento de la complejidad del sistema jurídico ha determinado que en la actualidad estas normas condicionales ya no sean la única forma que puede adoptar una norma jurídica. Por ello *se ha reconocido también la existencia de "normas de programación final", que carecen de una estructura condicional y que se caracterizan por establecer* (sobre todos a los órganos del Estado) *fines y puntos de*

(1) Confr. KELSEN, Reine Rechtslehre, 2.ª ed. 1960 (1983), p. 242 y sts.

(2) Confr. KELSEN, loc. cit. p. 3 y ste.

(3) KELSEN, loc. cit. nota anterior.

vista para alcanzarlos.[3 bis] En el derecho penal estas normas permiten, probablemente, explicar la individualización de la pena en un sistema orientado por teorías relativas de la pena (prevención especial o general en cualquiera de sus variedades).

En las dogmáticas jurídicas particulares (civil, penal, etc.) las normas suelen adoptar otras formas. *Las normas generales del derecho penal, que se concretan en la norma individual de la sentencia judicial dictada en un proceso penal, son entendidas de diversa manera. En general se piensa que la norma debe ser considerada como una norma de conducta, que, por lo tanto, no debe incluir la consecuencia jurídica.* Pero, mientras unos argumentan con conceptos de normas de conducta que provienen de la teoría de los imperativos (aunque en la actualidad nadie defienda esta teoría en el sentido de que todo el orden jurídico *sólo* contiene imperativos),[4] otros, entienden la norma asignándole una doble dimensión: norma objetiva de *valoración* y norma subjetiva de determinación.[5]

Estos conceptos de norma de la dogmática penal tienen importancia pues contienen, precisamente, los elementos que luego se deben concretar en la sentencia. El *fallo de la sentencia debe contener, en este sentido una aplicación de la norma general al caso juzgado,* por lo que la *sentencia aparece como la documentación escrita de un procedimiento de mediación entre una norma general y la norma individual que contiene el fallo.*

Aplicar la ley significa, en este sentido, trasladar la valoración genérica que el legislador ha expresado en la norma general a un supuesto de hecho concreto.

La legitimidad (constitucional) de este procedimiento depende de la corrección con la que se haya inferido la norma individual del fallo de la norma general. En tal sentido cabe afirmar que *la validez de la norma establecida en la sentencia depende de que tenga su fundamento en la norma general aplicada al caso. La moticación de la sentencia, por lo tanto, debe consistir en la demostración de la inferencia del fallo (norma individual) de la norma general.*

II.

La cuestión central, por lo tanto, que presenta la sentencia como norma individual *es la de la concreción de la norma legal (general) en el fallo (norma individual).* De esta manera el fallo resulta ser la solución de un conflicto social a partir de normas legales generales.

Este proceso de concreción se manifiesta en la motivación y tiene dos ámbitos bien definidos: la determinación de los hechos y la inferencia del derecho. O, formulado de otra manera, la *quaestio facti* y la *quaestio juris.* Ambos implican aplicación de normas: inclusive la determinación de los hechos en un sistema de apreciación de la prueba en conciencia (p. ej. art. 741 LECrim.) depende de la aplicación de principios jurídicos vinculantes, pues, de acuerdo con el art. 9.3 CE., "la Constitución garantiza" (...) "la interdición de la arbitrariedad de los poderes públicos".

(3 bis) Confr. LUHMANN. Zweckbegriff u. Systemrationalitaet, 1973, p. 257 y sts.; GRIMM. Die Zukunft der Verfassung 1991, p. 172 y stes.

(4) Confr. THON, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878, p. 8, en este sentido. La versión moderna se puede ver en ARMIN KAUFMANN, Lebendiges und Totes *in* Bindings Normentheorie, 1952.

(5) Confr. MEZGER, Lehrbuch, 3.ª ed. 1949, p. 164 y, previamente, en GS 89 (1924), p. 89 y sts. Sobre estos conceptos de norma en la dogmática penal ver también, BACIGALUPO, en Estudios en Homenaje al Prof. D. Luis JIMÉNEZ DE ASUA, RFDUC, 1986, p. 61/74.

La inferencia del derecho aplicable a partir de la norma general, se estructura, a su vez, *en dos momentos diversos: la determinación del contenido de la norma aplicable (es decir, en el esquema de un silogismo, la premisa mayor) y su conexión con los elementos del hecho que se juzga (la premisa menor).*

La norma legal que constituye la premisa mayor depende de la *interpretación*, como investigación de la voluntad objetiva de la ley o de la subjetiva del legislador. En la actualidad no existe duda alguna sobre la necesidad de la interpretación: "La exacta significación de un texto legal será siempre problemática, dado que el lenguaje ordinario, del que se vale la Ley, no utiliza conceptos precisamente definidos – a diferencia de lo que ocurre en la lógica matemática o en el lenguaje científico –, sino expresiones más o menos flexibles, cuya posible significación oscila dentro de una amplia banda y puede ser diferente según las circunstancias, su vinculación con el objeto y el contexto del discurso".[6]

Por el contrario, existen diversos métodos de interpretación (gramatical, teleológica, sistemático, histórico), pero carecemos de un método para decidir cuál de ellos es preferible. Si embargo, las mismas razones que demuestran que la interpretación es ineludible, ponen también de manifiesto que el método gramatical es ostensiblemente el más débil, toda vez que deve cargar en su cuenta con la ambigüedad significativa del lenguaje ordinario. Ello aconseja, por lo menos, que el significado del texto sea decidido y fijado sobre la base de referencias a estructuras capaces de garantizar una aplicación uniforme e igualitaria (fin de la ley, voluntad histórica del legislador). En suma: el conocimiento del texto legal no es todavía el conocimiento de la ley y de su significado y casi nunca permite, en consecuencia, una aplicación plausible de la ley. Sólo su interpretación permite convertirlo en premisa mayor del silogismo. Los conceptos legales deben sufrir, por lo tanto, una transformación en conceptos dogmáticos, pues ello permitirá aplicar la ley en condiciones de igualdad y justicia. Ambos conceptos, el del texto legal y el concepto dogmáticamente elaborado sobre la base del texto, no se pueden superponer, pues entonces la interpretación carecerá de toda utilidad. Si se define p. ej. la acción típica de la receptación (art. 546 bis a) CP) con las mismas palabras que emplea la ley[7] la definición dogmática carece de toda utilidad, pues no aclara el texto de la ley, sino que lo repite.

Una vez interpretada, la ley debe ser aplicada a un caso. *Aplicar la ley a un caso importa establecer que el hecho, la conducta de una persona, es la que está mencionada en el texto legal y que, por lo tanto, la consecuencia jurídica que la ley prevé debe tener lugar. Este proceso de aplicación requiere una determinada fundamentación lógica que se conoce como la "subsunción":* "En la lógica se entiende por conclusión derivada de la subsunción aquella en la que un concepto de menor extensión es clasificado en otro de mayor extensión".[8]

Dicho de otra manera: "La subsunción es una operación mental consistente en vincular un hecho con un pensamiento y

(6) LARENZ, Methodentlehre der Rechtswissenschaft, Studienaufgabe, 1983, p. 188.

(7) Como lo hace RODRIGUEZ DEVESA, D. Pen. P.E., 13.ª ed. 1990, p. 569.

(8) LARENZ, loc. cit. p. 152, con cita de HOFFMEISTER, Woerterbuch der philosophischem Begriffe, 2.ª ed. 1955; similar BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, p. 397 y ste.; HAFT, Jurisfiche Rethorik, 1985, p. 75 y stes.

comprobar que los elementos del pensamiento se reproducen en el hecho".[9]

Este proceso mental caracteriza el famoso *silogismo* de la determinación de la consecuencia jurídica, en el que mediante la técnica de la deducción lógica se puede demostrar que el suceso que se juzga pertenece a la clase de aquellos a los que la ley conecta la consecuencia jurídica. En la teoría se advierte – con razón – sobre el peligro de confundir deducción y analogía,[10] pues no se trata de verificar que el caso juzgado es análogo al establecido en la ley, sino que se corresponde totalmente con el.

La conexión de ambas premisas es precisamente el problema básico de la motivación de la sentencia. Como se recuerda frecuentemente, Aristoteles supuso que ambas premisas de un silogismo tienen un concepto común que permite la conclusión deductiva. Consecuentemente, gran parte de la aplicación de la ley a un caso consiste en aclarar cuál es este elemento común de ambas premisas.

III.

La operación silogística, dentro de la cual tiene lugar la subsunción, sólo puede ser llevada a cabo mediante el desarrollo del concepto (p. ej. arma), es decir, mediante el reemplazo de un concepto por otro (p. ej.: cuchillo).[11] Dicho de otra manera: *para subsumir es necesario contar con definiciones.*

Definiciones y conceptos son sinónimos: el *concepto* de "documento público" se expresa mediante la definición de "documento público". La construcción de estas definiciones que utilizan los juristas (tanto teóricos como prácticos) responde a técnicas extremadamente complejas, que son desde hace mucho tiempo discutidas,[12] pero que aquí no es posible desarrollar.

Lo que interesa señalar en esta exposición, por el contrario, es que la motivación de la inferencia del derecho en la sentencia penal, tanto como cualquier otra sentencia, *requiere el empleo de definiciones y que las definiciones son un fundamento suficiente de la motivación que requiere el art. 120.3 CE., así como que el razonamiento de la motivación depende de la estructura de los conceptos utilizados.* La cuestión de si un arma de fuego descargada es un arma en el sentido del art. 501, 5.º, último párrafo, del Código Penal, dependerá de cómo se defina el arma. Si se sostiene que arma es todo instrumento que aumenta la capacidad agresiva del autor por los elevados efectos intimidantes que ejerce sobre la víctima habrá que admitir que un arma de fuego descargada es un arma de fuego, pues el sujeto pasivo resultará intimidado de una manera más intensa que en otros supuestos. Si, por el contrario se afirma que el arma, en el sentido de la mencionada disposición es todo instrumento que aumenta considerablemente el peligro del ataque del autor sobre la víctima, el arma de fuego descargada no debería ser considerada suficiente para subsumir el hecho bajo el tipo de robo agravado por uso de armas u otros instrumentos peligrosos, dado que no aumenta considerablemente el peligro corrido por la víctima.[13] *Cuál de las dos*

(9) BACIGALUPO, Técnica de Resolución de casos penales, 1987, p. 41 y stes.

(10) BYDLINSKI, loc. cit. p. 397.

(11) Confr. HAFT, loc. cit. p. 62.

(12) Confr. M. GRUENHUT, en Festgabe F. Franks, 1930, I, p. 1 y sts., sobre todo 19 y sts.; PUPPE, en Fest. f. Armin Kaufmann, 1989, p. 15 y sts.

(13) Cuanto se dice respecto del concepto de "arma", vale también para "instrumento peligroso" en el art. 501, 5.º, último párrafo, del Código Penal. La equiparación

definiciones (acaso son imaginables otras) *es la correcta, dependerá de su mayor o menor adecuación con la finalidad de la Ley, es decir, otra vez, de la interpretación, y, por lo tanto, de una fase anterior a la subsunción*. La subsunción puede ser correcta, aunque los conceptos, es decir, las definiciones utilizadas no sean los más adecuados.

En la ciencia del derecho penal actual, sin embargo, se sabe que en la aplicación del derecho no sólo se puede operar con definiciones en el sentido antedicho. La aplicación del tipo legal a un hecho concreto es un proceso complejo – reconoció Gruenhut– que puede encerrar en sí tres formas diversas de actividad espiritual: comprobación descriptiva, juicio cognitivo, valoración normativa. Ello surge de la estructura de los tipos penales que se componen de elementos descriptivos y normativos. Los unos limitan al Juez a comprobaciones fácticas o a un juicio referente al ámbito de lo fáctico, los otros exigen de él un juicio jurídico de valor general o especifico.[14]

Esta consideraciones mantienen aún hoy su validez. Sin embargo, en lo referente a la utilización de definiciones, la dogmática se ha visto obligada a establecer otras distinciones: por un lado Roxin[15] distingue ente *"conceptos fijos"* y *"conceptos abiertos"* y, por otro, de una forma probablemente paralela, Schmidhaeuser[16] diferencia entre *"conceptos de definición"* y *"conceptos empíricos"*. Esta diversificación de los conceptos del derecho penal, consistente en la incorporación de "conceptos abiertos" o de "conceptos empíricos", tiene un notorio antecedente en la teoría de los "tipos"[17] que han desarrollado Larenz[18] y Engisch .[19] Según Larenz "Allí donde el concepto abstracto-general y el sistema lógico de estos conceptos, por sí mismos, no es suficiente para captar una descripción de la vida o una conexión de sentido en la diversidad de sus configuraciones, se ofrece, en primer lugar, la forma del pensamiento del 'tipo'".[20]

Los *conceptos fijos*, en el sentido propuesto por Roxin, se presentan en aquellos casos en los que contamos con una definición: *"que reconduce a determinados elementos individuales, que se pueden captar mediante un acto de subsunción objetivamente comprobable* y con ayuda del cual es posible solucionar todo caso particular mediante un procedimiento deductivo sin más".

Lo contrario de un concepto fijo *es un concepto indeterminado*.[21] De todos modos, en relación a los conceptos fijos, alerta Roxin: "No cabe esperar naturalmente una determinación matemática exacta: pocos son los conceptos, que sean accesibles por medio de un procedimiento de conocimiento judicial completamente neutro desde una perspectiva valorativa".

"Allí donde comienza la esfera 'normativa', donde se trata de fenómenos que por encima de la comprobación fáctica alcanzan el ámbito de lo espiritualmente compren-

de arma descargada e instrumento peligrosa que es frecuente en la jurisprudencia es muy discutible.

(14) Loc. cit. p. 21.

(15) Taeterschaft und Tatherrschaft, 1963, (2.ª ed. 1967), p. 119 y sts.

(16) Strafrechs, AT, 2.ª ed. 1975, p. 575 y stes. y 615 y sts.

(17) La expresión se utiliza aquí en el sentido de MAX WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, I, 5.ª ed. 1972, p. 9 y ste. Por lo tanto, nada tiene que ver con el "tipo" penal de la tipicidad.

(18) Loc. cit. p. 333 y sts.

(19) Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeis, 1968, p. 237 y sts., 239 y ste.; confr. PUPPE, loc. cit.

(20) LARENZ, loc. cit. p. 333.

(21) Loc. cit. p. 119.

sible, los conceptos pierden su absoluta unidad significativa".[22]

Con ello no se quiere decir, sin embargo, que los fenómenos comprensibles espiritualmente estén expuestos a cualquier valoración judicial subjetiva, dado que también en tales casos cabe una determinación objetiva.[23]

Por el contrario, los *conceptos abiertos* se caracterizan porque, *en lugar de una exacta definición o un concepto indeterminado, se basan en una descripción de la situación típica, agregando una principio regulativo, mediante el cual se señala un límite a los espacios abiertos que deja la diversidad real de los hechos a la ponderación judicial.*[24] Este principio regulativo señala la *dirección de la decisión* judicial, de tal manera que en los supuestos en los que el legislador no puede reducir, por las distintas configuraciones que pueden adquirir los hechos, ciertos elementos del tipo penal a una definición fija, determina, al menos, la dirección con la que se debe tomar la decición. Ejemplos de estos conceptos abierto *son el "dominio del hecho", mediante el que distinguen los autores de otros partícipes, y el de "posición de garante", que permite sobre todo determinar quien es el responsable de un ilícito omisivo.*

Los *conceptos de definición* de Schmidhaeuser *coinciden ampliamente con los conceptos fijos.* También en el ámbito de la participación sostiene Schmidhaeuser que las posibilidades de delimitación que son necesarias requieren conceptos distintos de las definiciones "que estarían a disposición para la aplicación del derecho con elementos conceptuales que funcionan con seguridad para la subsunción".

(22) *Ibidem.*

(23) *Ibidem.*

(24) ROXIN, loc. cit. p. 125.

En dicho ámbito se dispone de *conceptos empíricos* que "solo pueden ser aclarados fenomenológicamente y que a la luz de los casos críticos deben ser delimitados cada vez que se los emplea".[25]

Estas características no sólo pertenencen a los conceptos con ayuda delos cuales se establecen las diversas categorías de la autoría y la participación, sino también a los conceptos que permiten distinguir entre preparación y ejecución, es decir, la tentativa (punible) de los meros actos preparatorios (no punibles). La diferencia entre estos conceptos empíricos y los conceptos abiertos antes considerados es notoria. En los primeros no se integra, como en los segundos, un elemento regulativo que oriente la decisión sino que se acentúa una consideración total, es decir una consideración de elementos particulares dentro de una totalidad.[26] Por lo tanto, el grado de indeterminación que implican estos conceptos acerca los llamados conceptos empíricos a los "conceptos indeterminados" conocidos en la dogmática del derecho administrativo, y cuya "aplicación en el caso particular requiere una valoración y, a menudo, también una prognosis de futuro".[27]

Roxin aclara, por el contrario, que los conceptos abiertos, en la medida en la que incluyen un elemento regulativo, no

(25) SCHMIDHAEUSER, loc. cit. p. 575.

(26) Confr. SCHMIDHAEUSER loc. cit. p. 576 y 615.

(27) Confr. MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5.ª ed. 1986, p. 102 y sts. Estos conceptos, que en el derecho administrativo dan lugar a diversos puntos de vista relativos al control jurisdiccional de su aplicación por la administración, tienen una notoria similitud con los "elementos normativos del tipo" y con otros conceptos del tipo penal, como p. ej. el de "peligro concreto".

son equivalentes a los conceptos indeterminados.[28]

Esta diversidad de los conceptos dogmáticos y su distinto grado de precisión proviene de la ambiguedad del lenguaje legal. Hassemer ha estudiado estas formas de ambigüedad y propuesto clasificarla en cuatro tipos diferentes:

– Los conceptos legales vagos.

– Los porosos.

– Los conceptos de disposición.

– Los conceptos que requieren ser completados valorativamente.[29]

Se trata de tipos de ambigüedad que se refieren a los problemas semánticos de la Ley (es decir a las relaciones del lenguaje legal con los objetos reales a los que designa). Los conceptos dogmáticos, por el contrário, tienen la finalidad de reducir la ambigüedad del lenguaje legal, precisando cuál es el significado de las palabras de la Ley sobre todo en los casos límites y especialmente complejos. Un ejemplo: el art. 514 CP. requiere *"animo de lucro"*; el sentido corriente de estas palabras indica que el autor debe haber querido obtener una ventaja patrimonial. Sin embargo, la jurisprudencia ha entendido que también "ventajas" de otra índole pueden constituir "lucro", o dicho de otra manera que el autor se lucra con la cosa misma. Es decir, que el animo de lucro del hurto es el animus rem sibi habendi. Mediante esta precisión del concepto de lucro se ha reducido la ambigüedad de la palabra utilizada por el legislador.

IV.

La cuestión de si las teorías que se proponen dar respuesta a cierta cuestión dogmática, deben culminar en conceptos "abiertos", en el sentido de Roxin, o en conceptos "empíricos", en el sentido de Schmidhaeuser, no importa en el contexto de este trabajo, pues de lo que se trata aquí es de la utilización de los conceptos en la fundamentación de la sentencia. En este sentido, la comprobación de diversas especies de conceptos pone de manifiesto que *también existen diversas maneras de fundamentar su aplicación en una sentencia.*

En un gran número de supuesto los Jueces disponen de conceptos fijos (acción, arma, causalidad, muerte, lesión, cosa, engaño, etc.). En tales casos la fundamentación de la aplicación de estos conceptos requiere la comprobación de cada uno de los elementos de la definición en la situación fáctica que se juzga. El fundamento jurídicamente adecuado de la afirmación de que el autor engañó a la víctima es, precisamente, la comprobación de que en su acción se reproducen los elementos de la definición del engaño, que, como se dijo, es producto de la interpretación. Lo mismo ocurre con la afirmación de que el autor causó la muerte de la víctima: es necesario que se puedan comprobar en el hecho todos los elementos que definen la muerte y todos los que definen la causalidad.

Por lo tanto, *en la aplicación de conceptos fijos la estructura de la motivación será siempre la misma:*

– Establecimiento de la definición de cada elemento concreto del tipo.

– Verificación de cada uno de los elementos de la definición en las circunstancias del caso.

Ello no significa que no haya lugar para problemas en el momento de la verificación. Pero, lo que se quiere poner de manifiesto es que no se puede responder si el autor obró con alevosía sin antes expresar cómo se define la alevosía: para saber si matar a un niño pequeño es o no una acción alevosa es preciso conocer, previamente, la definición de "alevosía". La cuestión de si el art. 10, 1.ª CP. contiene

(28) Confr. loc. cit. p. 125.

(29) HASSEMER, Einfuehrung in die Grundlagen des Strfrechts, 1981, p. 167 y sts.

una definición dogmáticamente correcta es ya – como se dijo – otro problema: es una cuestión de interpretación de la Ley, no de fundamentación de la subsunción.[30]

La estructura de la fundamentación es más compleja cuando se trata de la subsunción de una determinada situación de hecho bajo un concepto abierto. En este supuesto el concepto tiene – como se dijo – una descripción y un elemento regulativo. Por lo tanto no sólo habrá que demostrar que el suceso al que se aplica el concepto reproduce los elementos de la parte descriptiva, sino también que la decisión se orienta en el sentido del elemento regulativo. Para ello es preciso exponer argumentalmente cómo "De la totalidad de las circunstancias comprobadas en el caso individual y del punto de vista ofrecido "se determina la decisión"".[31]

Por ejemplo: el concepto de "exigibilidad" cumple una función regulativa en varios ámbitos jurídicos, pero en especial en la determinación de la culpabilidad jurídico-penal.[32] Consecuentemente, establecida en forma descriptiva una serie de circunstancias que son relevantes para la culpabilidad, o su ausencia, es preciso decidir si el comportamiento es o no exigible a partir del criterio valorativo de la exigibilidad. Este criterio deve permitir establecer los limites dentro de los cuales el incumplimiento del deber es reprochable mediante una reflexión que tiene un criterio valorativo determinado, que es necesario trasladar argumentalmente al caso concreto. Dicho de otra manera: es preciso explicar por qué se valoran unas circunstancias determinadas de una determinada manera. Esta argumentación no se puede reducir a formas rígidas, precisamente por las mismas razones que impiden configurar un concepto cerrado de "autoría", de "comienzo de ejecución" o de "exigibilidad".

En todo caso, para una correcta motivación de la sentencia no alcanza con afirmar que el partícipe tenía el condominio del hecho, sino que es preciso explicar por qué, *en las circunstancias del caso*, es posible afirmar que su contribución al hecho le permitía codominar la ejecución del delito.[33]

V.

La subsunción típica no sólo requiere la comprobación de elementos descriptivos. Los tipos penales contienen también, como es sabido, *elementos normativos.* Respecto de estos elementos no siempre es posible hablar de subsunción *bajo una definición.* Por lo tanto, la motivación de la sentencia en lo que se refiere a los elementos normativos debe adoptar ciertas particularidades que son consecuencia de la estructura conceptual de los mismos. "Al Estado de Derecho le corresponde una preferencia por la construcción de conceptos fácticos. Ellos determinan una actividad judicial puramente intelectual: comprobación y subsunción de hechos. En estos casos las decisiones judiciales toman parte de la calculabilidad y objetividad de las conclusiones lógicas".[34]

Por el contrario, los elementos normativos no requieren "una comprobación de hechos, sino un juicio judicial de valor".[34]

(30) Críticamente sobre la corrección dogmática de utilizar la definición literal del art. 10, 1.ª CP., confr. BACIGALUPO, Estudios sobre la parte especial del derecho Penal, 1991, p. 35 y sts.; 60 y sts.

(31) Confr. HENKEL, en Fest. f. Mezger, 1954, p. 249 y sts. (267/68).

(32) Confr. HENKEL, loc. cit. p. 289 y sts. (sobre todo 300 y ste.).

(33) Confr. STS 21-12-92 referente a la llamada "coautoría aditiva".

(34) GRUENHUT, "Begriffbildung und Rechtsanwndung im Strafrecht" (1926) p. 7 y ste.; similar: Erik WOLF, Die Typen

Ejemplo claro de estos elementos es el carácter "obsceno" de la exhibición en los arts. 431, la "corrupción" en el art. 452 bis b), la cantidad de "notoria importancia" de droga en el art. 344, la "especial gravedad" del daño en los arts. 529, 7.° 506, 8.° y 516, 3.°, "instrumento peligroso" del art. 501, 5.°, último párrafo, todos del Código Penal.

Para la comprobación de elementos normativos el Juez tiene que valorar y expresar su valoración. "Allí donde los juicios de valor son ineludibles para establecer la acción típica, es preciso tener el valor de valorar y no esconderse detrás de imágenes criptonormativas", afirmaba Mezger.[35] De todos modos, no todos lo elementos normativos implican una idéntica valoración. En la teoría se ha distinguido con razón entre los elementos que *contienen* una valoración y los que *requieren* (del Juez) una valoración.[36] Ambas especies de elementos normativos tienen en común una característica negativa: no tienen carácter empírico (no son elementos del hecho que el autor o el Juez puedan conocer mediante sus sentidos). Sin embargo, esta característica sólo es, en principio, relevante a los efectos del *error* del autor, dado que desde este punto de vista se plantea la cuestión de cuándo es posible aceptar que ha obrado con un error sobre un elemento cuyo conocimiento no sólo requiere una percepción sensorial. Por el contrario, desde la perspectiva de la motivación de la sentencia solamente ofrecen una problemática difereciada los elementos normativos que requieren una valoración judicial, pues aquellos que ya contienen una valoración jurídica (p. ej.: "ajena" referido a la cosa en el hurto, no son conceptos empíricos, pero, por regla, se determinan mediante una aplicación de normas en forma silogística). En los conceptos que requieren una valoración judicial, como lo señala E. Wolf,[37] se exige "una valoración más o menos subjetiva". Pero la teoría, de todos modos, ha tratado de objetivar al máximo esta valoración judicial. Mezger ha sostenido en esta línea que en el caso de los *"elementos con valoración cultural,* la valoración tiene lugar igualmente sobre la base de normas y criterios vigentes, pero que no pertenecen al ámbito jurídico".[38]

En idéntica dirección dice Jescheck que la "vinculación del Juez a la Ley en estos supuestos se manifiesta en que el legislador no admite una valoración personal, sino que parte de la existencia de valoraciones ético-sociales, a las que el Juez está subordinado".[39]

Hassemer, por último, señala que cuando el legislador emplea elementos normativos, como p. ej. "buenas costumbres", "no ha querido librar el Juez de la vinculación a la Ley" (...). "La cuestión del alcance (del significado) de los conceptos que requieren una valoración judicial (por lo tanto) no se dirige a la voluntad del Juez penal, sino a la voluntad del legislador y de la Ley penal".[40]

Por lo tanto, el Juez, aplicando estos criterios, debería motivar su valoración

der Tatbstandsmaessigk eit, 1931, p. 57 y ENGISCH, en Fest. f. Mezger, 1954, p. 127 y sts. (136).

(35) Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3.ª ed. 1949, p. 191.

(36) Así desde la obra citada de E. WOLF, nota 34, p. 58.

(37) *Ibidem.*

(38) Lehrbuch, cit., p. 192; en el mismo sentido: TIEDEMANN, Die Zwischenprufung im Strafrecht, 1987, p. 114; JACOBS, Strafrecht, AT, 2.ª ed., p. 52 y sts. (con diversa terminología).

(39) Lehrbuch des Strafrecht, AT, 4.ª ed. 1988, p. 116.

(40) Loc. cit. p. 180.

mediante una *expresa* referencia a normas sociales (no jurídicas), a criterios éticos-sociales o standards de comportamiento reconocidos socialmente. Las opiniones citadas parten, indudablemente, de que tales normas, criterios y standards tienen un reconocimiento social que el Juez puede conocer inmediatamente por su carácter "público y notorio". Pero este punto de vista no parece, sin embargo, fácil de confirmar sociológicamente: la cuestión de qué normas ético-sociales o qué standards de conducta se pueden considerar "vigentes" en una sociedad pluralista, es decir que admite la legitimidad de diversas concepciones ético-sociales y de distintos criterios morales, constituye casi un enigma. ¿Cuáles son los criterios "vigentes" para determinar lo que hoy se debe considerar *"obsceno"* (art. 431 CP.) o *"corrupto"* (arts. 452 bis b)). 1.° y 452 bis c), CP)?. En realidad, mediante esta teorías se procura legitimar la decisión judicial a través de un criterio similar al de las Leyes penales en blanco (es decir, por la remisión a otra norma no perteneciente al ordenamiento legal y que lo completa); en la medida en la que el propio legislador ha realizado (tácitamente) la remisión, la aplicación de la norma ético-social no implicaría creación judicial del derecho. Pero, en tanto no sea claro a qué norma ético-social o cultural entre las que tienen reconocimiento social el legislador remite, quedará siempre un margen de creación judicial ineludible, al menos en lo referente a la elección de la norma aplicable entre las socialmente aceptadas.

En suma, la motivación de la comprobación de los elementos normativos no es en todos los casos igual. Cuando el Tribunal deba verificar la existencia de un elemento normativo que contiene una valoración jurídica (p. ej. "cosa ajena", "documento", "tributo", "pariente", etc.) el razonamiento silogístico en nada diferirá de los ya expuestos en relación a los elementos descriptivos. A la inversa, cuando el Tribunal deba motivar la existencia de un elemento normativo que requiere una valoración judicial, la argumentación será más compleja. Comenzará con una justificación de la elección de la norma ético-social, del standard o del criterio en el que se basa la valoración judicial (p. ej. deberá explicar (si lo hace) por qué aplica una norma ético-social que establece que una mujer que se presenta en una playa "top less" realiza una exhibición obscena, dándole preferencia sobre otras normas de la misma especie que establecen lo contrario). A partir de ese momento, el razonamiento de la motivación no difiere de los restantes casos. En suma: la diferencia radica en que cuando se valora sobre la base de normas jurídicas vigentes el Tribunal o el Juez no necesita justificar la existencia de la misma, mientras que cuando la valoración se apoya en una norma extra-jurídica la justificación de ésta es imprescindible. Dicho de otra manera, en los llamados "elementos normativos de valoración cultural" la premisa mayor del silogismo (la Ley aplicable se debe integrar con la norma legal y la norma ético-social que la complementa.[41]

VI.

La motivación de la subsunción bajo el tipo subjetivo no tiene características

(41) En forma paralela se ha sostenido que la Ley general de causalidad, que permite explicar en el caso concreto la conexión causal entre acción y resultado, se debe integrar en la Ley (jurídica) que contiene el tipo penal (confr. Armin KAUFMANN, en JZ, 1971, p. 569 y sts., reproducido en Strafrechtsdogmatik Zwischen Sein und Wert, 1982, p. 173 y sts.; ver referencias al respecto en STS de 23-IV-92). En un sentido similar también habla JAKOBS, loc. cit. p. 293, de "una contrariedad a la norma como presupuesto de la tipicidad".

distintas de la referente al tipo objetivo. En sentido estricto – dice Hassemer –[42] conceptos como intención, dolo, voluntario, creíble, no son supuestos de ambigüedad significativa, sino de complicación en el momento de su comprobación en el proceso. Estas complicaciones radican en la simple circunstancia de que los objetos mencionados por tales conceptos se esconden detrás de un muro por regla detrás de la frente de una persona.

Es decir: la determinación de si el autor obró con dolo dependerá de la comprobación de si el autor obró según lo que establezca una definición (dogmáticamente plausible) del dolo; lo complicado será establecer si en el caso concreto el autor obró p. ej. habiendo realmente conocido y querido. Pero, lo cierto es que la subsunción del elemento subjetivo del tipo (dolo, especiales elementos subjetivos del tipo) requiere una operación similar a la de los elementos descriptivos objetivos.

Para llevarla a cabo es claro que serán necesarias, por lo tanto, definiciones del dolo, del ánimo de lucro, etc. En la práctica es frecuente que se opere con conceptos no explícitos de algunos elementos subjetivos, sobre todo en el caso del ánimo de lucro, como si fuera obvio lo que se debe entender por tal. Pero, es evidente que ello no es así. En la jurisprudencia se vienen admitiendo que el ánimo de lucro consiste en la persecución de cualquier clase de ventaja, provecho o utilidad, incluso la mera contemplación o la ulterior beneficencia.[43]

Por lo tanto es indudable que sólo son subsumibles bajo el concepto de ánimo de lucro" si éste se entiende sobre la base definiciones que van más allá de las significaciones del lenguaje cotidiano. Es decir: en los elementos subjetivos, como en todos los casos, aunque las palabras de la Ley parezcan referirse a conceptos cotidianos, es preciso establecer una definición dogmáticamente asegurada, pues de lo contrario no es posible aplicar la Ley rigurosamente. De allí se deduce con total transparencia que es equivocada la jurisprudencia de la Sala II.ª del Tribunal Supremo que excluye la predeterminación del fallo, en el sentido del art. 851, 1.° L.E. Crim., cuando el Tribunal de instancia ha consignado, sin más, en los hechos probados que el autor obró con "ánimo de lucro", dado que de esa manera se habrá dado por resuelta la cuestión de la subsunción, sin haber diferenciado la cuestión de hecho de la de derecho, que es la materia, precisamente, que constituye la infracción de la disposición mencionada.

Aunque aparentemente pueda parecer una cuestión referente al tipo subjetivo, el problema de la vencibilidad del *error de tipo* (art. 6 bis a), II, CP), es, en realidad, una cuestión del tipo objetivo de los delitos imprudentes, pues se refiere a la comprobación de si el autor ha obrado por encima del riesgo permitido, o dicho con otras palabras, a la cuestión de la imputación objetiva.[44]

VII.

En resumen la motivación de la subsunción típica tiene una estructura silogística. El razonamiento debe comenzar, por lo tanto, con la determina-

(42) Loc. cit. p. 169.

(43) Confr. SSTS de 24-1-55; 17-1-58; 7-6-62; 23-1-76; 13-3-89; 11-10-90.

(44) Este tratamiento de la cuestión es consecuencia de la crisis en la que han entrado en los últimos años los elementos tradicionales del delito imprudente (inobservación del deber de cuidado, previsibilidad, evitabilidad, etc.): Confr. SCHMIDHAEUSER, Strafrecht, AT 2.ª ed. 1975, p. 180, 428 y ste.; JAKOBS, loc. cit. p. 318 y stes.; ROXIN Strafrecht, AT, I, p. 679 y sts.

ción de la disposición legal que se quiere aplicar al caso. Esta disposición legal requiere *en todo caso* ser interpretada, no sólo para determinar su contenido escrito, sino también – y esto es con frecuencia la más importante – su contenido no escrito (p. ej.: posición de garante en los delitos impropios de omisión, criterios determinantes de la causalidad y de la imputación objetiva, etc.). El resultado final de la interpretación debe permitir un *análisis* de los *conceptos* y *valoraciones* que caracterizan al tipo penal concreto. Los primeros, a su vez, se expresan en definiciones dogmáticas que pueden ser más o menos abiertas y que según el grado de precisión que les es propia determinan distintas formas de razonar la subsunción. En estos supuestos la sentencia estará correctamente motivada si la decisión judicial se apoya en una definición dogmáticamente plausible.

Por el contrario, cuando el tipo penal incluya elementos que requieren una *valoración judicial de contenido cultural* (basado en normas extra-jurídicas) el razonamiento debe *justificar* la elección de la norma o el criterio que fundamenta la valoración.

Esta estructura del razonamiento rige también para el tipo subjetivo (dolo y elementos especiales subjetivos de la autoría).

Finalmente es preciso señalar que la cuestión de la motivación o fundamentación de la sentencia, de todos modos, no se debe confundir con la cuestión de la *correcta aplicación del derecho.* Una sentencia carente de motivación es *nula,* mientras que una sentencia motivada (válida) puede contener una incorrecta aplicación del derecho. Ello ocurrirá cuando un Tribunal haya justificado su decisión mediante definición de los elementos típicos que, aunque plausibles, no sean las más convincentes, o cuando la justificación de su valoración no resulte aceptable en el contexto valorativo del orden jurídico. Esta aparente paradoja es consecuencia de una ciencia jurídica que no puede establecer una verdad única y excluyente de otras, aunque tenga un núcleo de valores firmes e inconmovibles, que no es posible relativizar.

2. DOUTRINA INTERNACIONAL

EL ASESORAMIENTO JURÍDICO EM LATINOAMÉRICA COMO TAREA DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL*

KAI AMBOS

Tradução do alemão de

DÉSIRÉE ORSINI**

SUMARIO: Introducción – I. Intenciones de Reforma y Contenido de éstas – II. Etapas del proyecto y formas de cooperación para el desarollo: 1. Análisis (previo); 2. Asesoramiento y acompañamiento de la reforma; 3. Apoyo en la implementación de la reforma – III. Acerca del rol de la ciencia – Observación final.

Introducción

La justicia atraviesa por una crisis de confianza casi en todos los países latinoamericanos. Esto obedece en parte a la corrupción generalizada, pero se vincula también con el hecho de que los procesos en todos los ámbitos del Derecho tengan una duración sumamente dilatada.

En el campo de la justicia penal, estos inconvenientes se evidencian en el elevado número de presos preventivos, los así llamados "presos sin condena" y en la situación catastrófica de los centros penitenciarios. El número de los "presos sin condena" fluctúa en los diferentes países latinoamericanos entre el 33% (Costa Rica) y el 91% (El Salvador), estando su promedio aproximado entre un 60 y 70%.[1] El elevado número de los "presos sin condena" es una de las principales causas del hacinamiento en las cárceles, hecho que explica, en parte, las condiciones carcelarias infrahumanas.[2]

(*) Agradezco al Sr. Quelle del Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Dra. Huber del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional por el comentario crítico a este artículo. Version publicada en la Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft n. 2/96, p. 445-456.

(**) Licenciada en derecho por la Universidad de Friburgo.

(1) Veáse el studio fundamental de Carranza/Houed Vega/Mora Mora/Zaffaroni, *El Preso sin Condena en América Latina y el Caribe*, San José 1988 así como el análisis procesal penal actual de Javier Llobet Rodríguez, *La Presunción de Inocencia y los Presupuestos Materiales de la Prisión Preventiva*, Friburgo 1995, especialmente las páginas 1s.. Véase también Ambos, *Detención Preventiva en Colombia, Perú y Bolivia con especial consideración de la legislación antiterrorismo y antidrogas,* en Dünkel Vagg (editores). Untersuclungshaft und Untersuclungs haftrollng, Friburgo, 1994, p. 375-410; en castellano en: Anvaro de D. P. y Ciencias Penales, 1994, p. 187.

(2) Véase Llobet (*op. cit.*), p. 1s.; Ambos, En el Camino al Infierno. Prisiones Latinoamericanas por Dentro, en: *Noticias de Latinoamérica* 217/218, Julio/Agosto 1992 (Berlin), p. 80 *et seq.*

Esta situación es razón suficiente para que el gobierno federal se dedique con intensidad al asesoramiento jurídico dentro del marco de la cooperación para el desarrollo. En este contexto, la Fundación Alemana para el Desarrollo Internacional (DSE por sus siglas en alemán) propició del 28.11 al 1.12.1995 en Berlín una Mesa Redonda sobre el tema "Estado de Derecho, Seguridad Jurídica y Reformas Judiciales en Latinoamérica". El certámen fue organizado principalmente por el Ministerio Federal para la Cooperación y el Desarrollo Económico (BMZ por sus siglas en alemán). Los participantes provinieron de los sectores de gobierno, justicia y de grupos no gubernamentales de numerosos países latinoamericanos,[3] así como de organizaciones regionales (ILANUD,[4] IIDH,[5] Banco Mundial). Alemania estuvo representada – además de por e PBMZ –, por el Ministerio Federal de Justicia (BMJ), el Ministerio Federal de Relaciones Exteriores (AA), la Sociedad para la Cooperación Técnica (GTZ), Fundaciones Políticas (Adenauer, Ebert y Naumann) así como por expertos independientes. El principal objetivo del congreso consistió en desarrollar planteamientos concretos para la cooperación en el área del asesoramiento jurídico en Latinoamérica.

A continuación se pretende presentar, teniendo como telón de fondo las intenciones de reforma y el contenido de las mismas en Latinoamérica (I), la manera cómo puede plasmarse la cooperación para el desarrollo en estas áreas (II) y el rol que en ella corresponde a la ciencia jurídico-penal (III). Escaparía por cierto al marco de esta colaboración el presentar en forma extensa cada proyecto de reforma. Se hará, más bien, referencia a las reformas en el campo del Derecho Penal que tienen una mayor relevancia para la cooperación alemana para el desarrollo, es decir, concretamente a aquellos países, en los cuales los proyectos ya se han puesto en marcha o se espera hacerlo. De ello se podrá extraer conclusiones para futuros desafios de la cooperación alemana para el desarrollo en Latinoamérica.

I. Intenciones de Reforma y Contenido de éstas

Proyectos de cooperación de diversos tipos han sido puestos en marcha mientras tanto en Paraguay, Chile, Bolivia y Venezuela.

* En Paraguay se reformará tanto el Derecho Penal Material (Código Penal), como también el Derecho Penal Procesal (Código Procesal Penal). En tanto que el Código Procesal Penal se modificó con ayuda estadounidense (US-Aid), la reforma del Derecho Penal Material se lleva a cabo con apoyo alemán. Los proyectos correspondientes son actualmente objeto de debate legislativo.

* En Chile se presentó el anteproyecto de un nuevo Código Procesal Penal al Congreso el 9.06.1995.[6] Éste se generó igualmente com apoyo del US-Aid. La ayuda alemana en este campo abarca el Derecho Penal Material, el Derecho Pe-

(3) Estuvieron representados los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela.

(4) Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, San José, Costa Rica. Sucursal regional del UN-Crime Prevention and Criminal Justice Blanch, Viena.

(5) Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica.

(6) Ministerio de Justicia/Fundación Paz Ciudadana/Corporación de Promoción Universitaria, Propuesta Anteproyecto Nuevo Código de Procedimiento Penal, Enero de 1995 (archivo d. Aut.). Es dudoso que este proyecto goce de aprobación multipartidaria.

nal Juvenil y – posiblemente – la implementación del nuevo Código Procesal Penal. En Enero de 1996, éste fue sometido a consideración de una primera misión revisora.

* En Bolivia fue redactado, asimismo, en 1995 por el Ministerio de Justicia el anteproyecto de un nuevo Código Procesal Penal con apoyo del US-Aid.[7] La colaboración alemana, en esse sentido, se encuentra aquí – como en Chile– aún en una especie de etapa de reconocimiento. Desde el punto de vista boliviano esta colaboración deberá concentrarse en el Derecho Penal Administrativo y en el Derecho Penal Juvenil así como en la implementación del nuevo Código Procesal Penal.

* En Venezuela se delibera actualmente en la Comisión Legislativa del Congreso sobre un nuevo Código Procesal Penal, encontrándose en discusión diversos proyectos.[8] Las actividades alemanas se encuentran en una prolongada etapa de prueba y asesoramiento con la meta de promover la promulgación del nuevo Código Procesal Penal antes de Junio de 1996.[9] Después se apuntará a su implementación y a la de otras reformas del Derecho Penal Material.

Representantes de otros países han manifestado también en el congreso un interes concreto en una cooperación futura.

* Guatemala, que ya en 1992 había promulgado un Código Procesal Penal,[10] orientado según la propuesta del Código modelo latinoamericano[11] ha solicitado ya formalmente apoyo alemán (Este país sin embargo, no estuvo representado en el certámen).

* En el Perú una comisión revisora especial ha presentado en abril de 1995 un nuevo proyecto del Código Procesal Penal,[12] que desde 1991 se encuentra en suspenso. Sin embargo la cooperación para el desarrollo con el actual gobierno peruano resulta dificil.

* Algo similar ocurre con Colombia, que también ha llevado a cabo considerables reformas en el campo procesal penal y en el judicial.[13] Empero, su crisis

(7) República de Bolivia – Ministerio de Justicia, Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal, 1995 (Arch. d. Aut..) Además, hace poco se suprimió la pena por obligaciones patrimoniales (Ley de abolición de prisión y apremio corporal por obligaciones patrimoniales, Ley 1.602, en : Gaceta Oficial de Bolivia, 15.12.1994).

(8) El Presidente de la Comisión Jurídica del Congreso, Luis Enrique Oberto, se ha manifestado muchas veces públicamente a favor de la introducción del Principio de Acusación, orientándose fuertemente hacia el Código Procesal Penal Alemán (la última vez por ejemplo en: El Universal, Caracas, 25.12.1995-2-2, donde habla de un nuevo Código Orgánico Procesal Penal, lo cual acaso debe significar, que se ha de incluir una reforma de la jurisdicción penal).

(9) Ciertamente que esta fecha se ha evidenciado como ilusoria. Las razones son – aparte de diferencias políticas – el escaso apoyo técnico de la reforma y la ineficiente forma de trabajo de la Comisión Legislativa del Congreso (véase últimamente Julio B. J. Maier, Informe visita a Venezuela, 26.11.1995/2.12.1991, Buenos Aires (archivo d. Aut.)).

(10) Código Procesal Penal, Decreto 51-92 (archivo d. Aut.).

(11) Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Penal, Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, Buenos Aires 1989. Este proyecto se basa en uno anterior de 1978, el cual se basaba a su vez en el Código Procesal Penal de Córdoba (Argentina). (Véase Llobet, *op. cit.* p. 15ss.).

(12) Comisión Especial Revisora, Proyecto Código Procesal Penal, El Peruano (Separata Especial), Lima, 6.04.1995 (archivo del Auto.).

(13) El Nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2.700/91) fue modificado acaso por última vez por la Ley 81/93 (véase Régimen Penal Colombiano, Bogotá, envio n. 40, abril 1995, §§ 4900-6804).

interna dificulta las medidas de cooperación para el desarrollo, especialmente aquellas previstas para largo plazo.[14]

* En Uruguay se presentó al Congreso el 24.11.1995 el proyecto de un Código Procesal Penal,[15] demonstrando así que también en ese país existe un interés primordial por alcanzar el apoyo para su implementación.

* En Brasil reflexiones recientes relativas a la política criminal se dirigen, en vista del hacinamiento en las cárceles, – después de la reforma de la Parte General del Código Penal en el año 1984[16] – cada vez más a un repliege del Derecho Penal en función de la despenalización y de sanciones alternativas.[17] A esse respecto existe la necesidad de analizar investigaciones jurídicas comparadas y experiencias de otros países.

* En Argentina están discutiéndose nuevamente alternativas de reforma después de la promulgación de un nuevo Código Procesal Penal federal en el año 1991,[18] siendo de esperar una mayor orientación hacia el Código modelo. En vista del elevado nivel de las ciencias jurídico-penales argentinas[19] y del activo intercambio científico que mantiene este país con la República Federal Alemana, la cooperación para el desarrollo debería estar más dirigida a apoyar puntualmente a penalistas argentinos, que a colocar cada vez mas penalistas alemanes en Argentina.

* En México está pendiente una reforma fundamental del todavía inquisitorio Código Federal de Procedimientos Penales.[20] Además existe una gran necesidad de reforma del Derecho Penal Material, especialmente del Derecho Penal Juvenil, así como de las normas penales para combatir el crímen organizado (tráfico de drogas). Por lo demás encontramos también allí un especial interés en el perfeccionamiento y formación de los juristas nacionales.

Este resumen, si bien fragmentario, pone de manifiesto que las tareas de la cooperación alemana para el desarrollo se centran más en apoyar la puesta en práctica de las reformas ya realizadas que en asesorar directamente dichas reformas. En la mayoría de países latinoamericanos existe el *know how* suficiente como para modernizar la legislación penal. Si se compara el Derecho Penal Material con el Procesal queda claro que el Derecho Procesal se encuentra relativamente avanzado en el plano normativo: el paso del proceso inquisitorio al acusatorio (mixto) ya ha sido dado por la mayoría de países. En cambio existe una necesidad muy grande de reformas

(14) Sobre el tráfico de drogas y los Derechos Humanos en Colombia; Ambos, Drogenterag in den Andes, Munich 1994, p. 24 *et seq.*, 100 *et seq.*

(15) Didier Operta, Proyecto de Código del Proceso Penal, manuscrito inédito, Montevideo, noviembre 1995 (archivo d. Aut.).

(16) Juarez de Oliveira, *Código Penal*, 33. edic., 1995.

(17) Francisco de Assis Toledo, *La reforma penal brasileña*, manuscrito inédito (archivo d. Aut.).

(18) *Código Procesal de la Nación*, Ley 23.984. Véase Levene/Casanovas/Levene/Hortel, Código Procesal de la Nación (Ley 23.984), comentado y concordado, 2da. edición Buenos Aires 1992, así como Gropengiesser, ZStW 105 (1993), p. 169-203.

(19) Uno de los autores del proyecto modelo (*op. cit.* 10) y al mismo tiempo uno de los más conocidos procesalistas penales latinoamericanos es el profesor argentino Julio Maier, el que sin embargo no pudo, en 1991, imponer su proyecto.

(20) Código Federal de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, 46. edición, México 1993 (reformado por última vez el 20.07.1992).

en el Derecho Penal Material, especialmente en lo referente al tipo y al monto de las penas o sanciones alternativas, así como en algunas ramas del Derecho Penal Especial (Derecho Penal Juvenil, Derecho Penitenciario, Derecho Penal Administrativo y también el Derecho Penal de Estupefacientes y de Terrorismo). El discurso político-criminal sin embargo, no pocas veces rechazado por el tan mentado "hombre de la calle", muestra una tendencia hacia un repliege del Derecho Penal en favor de formas alternativas de control social. Cierto es que, justamente los problemas mas apremiantes, especialmente la desconfianza generalizada ante la justicia y la alarmante situación penitenciaria, no se resolverán solamente a través de reformas normativas. Las reformas exclusivamente jurídicas sirven, por lo general, sólo para preparar, favorecer o asegurar normativamente cambios sociales estructurales reconocidos como necesarios. Así se puede enfrentar, por ejemplo, el hacinamiento en las instituciones penitenciarias con el reemplazo de la pena privativa de libertad por sanciones alternativas, intensificación de los requisitos y restricción temporal de la prisión preventiva, además del relajamiento en el cumplimiento de la condena. La cooperación alemana para el desarrollo puede ofrecer aquí un servicio de asesoramiento complementario. En éste sin embargo hay que tener suma prudencia. La crítica minuciosa de un proyecto de ley ya elaborado acaso pueda ser justificada, sin embargo puede ser fácilmente malinterpretada como intromisión. El punto esencial de la cooperación para el desarrollo se encontrará siempre en el campo de la formación y perfeccionamiento de los aplicadores de la ley y de sus multiplicadores, es decir concretamente de los jueces, fiscales, abogados y docentes universitarios.

II. Etapas del proyecto y formas de cooperación para el desarrollo

Experiencias generales con la cultura jurídica (penal) latinoamericana y experiencias concretas en el asesoramiento jurídico demuestran que se debe diferenciar varias etapas del proyecto, cada una de las cuales comprende a su vez numerosas formas de cooperación para el desarrollo.

1. Análisis (previo)

La ayuda concreta en forma de asesoramiento en reformas normativas, pero también el apoyo en la implementación de tales reformas presupone ante todo el conocimiento del contexto socio-político del país receptor potencial. Las primeras misiones de una cooperación en ciernes sirven, en todos los casos para reconocer la situación del país receptor potencial. El objetivo de este primer sondeo es entrar en contacto con los principales grupos de interés, es decir, por lo general, con el Ministerio Público, la Fiscalía, las Universidades y – lo que desgraciadamente se descuida con frecuencia – los órganos instructores, para poder descubrir con suficiente anticipación alguna eventual oposición a las reformas. De lo que se trata aquí no es, sin embargo, solamente de descubrir tal oposición (para acaso descartar una cooperación a largo plazo), sino de superarla una vez descubierta. Esto naturalmente sólo puede ocurrir de acuerdo con y no contra el socio, es decir concretamente con los promotores de la cooperación para el desarrollo en el país receptor.

Sigue, como próximo objetivo de esta etapa de reconocimiento, el examen acerca de si el o los solicitantes pueden ser considerados como responsables de una cooperación a largo plazo o si habrá que comenzar por encontrar promotores confiables. En todo caso, los diversos pro-

motores tienen que estar relacionados entre sí o con el responsable principal en una estructura sólida de promotores. Dentro de esta estructura se apoyarán aquellas fuerzas que sean receptivas a las reformas para facilitar o hasta acelerar la superación de oposiciones estatales internas. Sin embargo, no se debería pasar por alto que los grupos formales de interés en un sistema judicial determinado no siempre representan a los verdaderos afectados. Precisamente en Latinoamérica es regla que, como ya fue indicado, una gran parte de la población mantiene una posición más bien de recelo frente a la Justicia, o sea que no se siente apoyada por ella para nada en sus intereses en forma adecuada y sobre todo justa.

El déficit de representación del sistema de justicia oficial mencionado puede ser compensado a través de la pronta inclusión de organizaciones no gubernamentales (ONGs). En ésto es preciso tener cuidado, ya que por un lado existe frecuentemente una relación tensa entre éstas y el sector judicial que es, por lo general, cercano al gobierno y, por el otro, existen dentro del mismo movimiento no gubernamental concepciones opuestas sobre el Derecho y la justicia, por decirlo prudentemente. Es definitivamente una empresa dificil la de elaborar directivas universalmente válidas sobre el rol y la participación de las ONGs en proyectos de cooperación para el desarrollo, dado que cada país y, consecuentemente, cada situación de conflicto se diferencian notablemente entre si. Sin embargo, en situaciones de conflicto, aligeraría el trabajo de los expertos apoyarse en algunas pautas políticas del BMZ. Una cuestión de capital importancia que se presenta frecuentemente dentro de la cooperación, se refiere a determinar si la resistencia oficial contra la incorporación de las ONGs podría conducir, en última instancia, a la ruptura de la cooperación.

Finalmente, en esta etapa de reconocimiento se debe establecer también, si es que no hay otras fuentes internacionales que ya se encuentren realizando posibles tareas análogas a las de la cooperación alemana para el desarollo. La reforma judicial y el asesoramiento jurídico están en auge y fuentes económicamente más poderosas que la República Federal se encuentran activas ya desde hace años en este campo (US-Aid; el Banco Mundial; la Comunidad Europea, especialmente en el campo penitenciario). A mediado plazo es tarea del gobierno federal contribuír a coordinar el asesoramiento jurídico internacional. Si ésto no ocurre, se pueden producir hechos consumados a través de la celebración de tratados de varios años entre un determinado país y una institución donante (*pacta sunt servanda*),[21] que dificultan o hasta imposibilitan totalmente una posterior cooperación coherente entre las distintas fuentes.

De todo esto resulta que en esta etapa se requiere no tanto de un enfoque de carácter dogmático sino más bien de uno de tipo político-criminal-criminológico. Se trata más bien de crear las condiciones previas del asesoriamiento normativo o del asesoramiento referido a la implementación.

(21) En Venezuela, por ejemplo, el Banco Mundial brindó un crédito de 30 millones de US-$ para la reforma judicial con un periodo concesional de cinco años (1995-2000) en base a un convenio con el gobierno. El gobierno venezolano aportó la misma suma, disponiéndose así de la considerable suma de 60 millones de US-$. Entretanto, el Banco Mundial ha cambiado de estrategia en lo que se refiere a proyectos de reforma jurídica, pero no puede modificar el tratado quinquenal. Una cooperación y consulta previa a nivel internacional hubiera podido impedir esta imprudente y por lo tanto dispendiosa utilización de recursos fiscales.

2. *Asesoramiento y acompañamiento de la reforma*

Si la cooperación alemana para el desarrollo se inicia en un clima favorable a las reformas, como en los casos de Venezuela y Paraguay, se podrá ocupar entonces del asesoramiento concreto en el transcurso de un proceso legislativo. De los expertos se espera quer trabajen directamente con los organismos competentes, es decir, ya sea con el Ministerio de Justicia o con la Comisión Legislativa Parlamentaria correspondiente y que fundamentalmente reaccionen ante sus preguntas. Esta labor puede llevarse a cabo en una manera libre o puntualmente dentro del marco de seminarios y work-shops, pero puede significar también emitir una opinión exhaustiva sobre un proyecto de ley concreto o bien redactar – en parte – un proyecto propio. En esta tarea es practicamente imposible limitarse al asesoramiento puramente técnico y sustraerse a los intereses políticos en juego. Cada parte intentará por lo general resaltar especialmente su papel en la reforma – utilizando la cooperación alemana para el desarrollo –. También aquí es preciso no perder de vista el objetivo final – acaso un Código Procesal nuevo – y unir las fuerzas políticas – independientemente de los sucesos políticos – para alcanzar este fin. Por otra parte, ya que esta etapa se refiere siempre a la preparación de la puesta en práctica de las reformas ya efectuadas, es preciso advertir al o a los socios las consecuencias que va a tener la reforma legal en cuestión para la práctica jurídica. En la rama procesal penal esto significa, por ejemplo, que un cambio del proceso inquisitorio al acusatorio trae como consecuencia una definición totalmente nueva del rol del Ministerio Público, ya que éste, de ahora en adelante, será impulsado de un rol mas bien observador, pasivo, a un rol de carácter activo como acusador, con competencia de decisión propia. Frente a esto, los tradicionalmente poderosos órganos instructores (policiales) pierden influencia, ya que los resultados de sus investigaciones pueden ser desechados en base a los resultados de la actuación probatoria directa y oral – en principio la única decisiva – en la audiencia. Este ejemplo demuestra también que, a través de tales indicaciones sobre las consecuencias de una reforma, se puede despertar "perros durmientes" y así crear o reforzar oposiciones. La transición del sistema inquisitorio al acusatorio conduce generalmente a que los fiscales se sientan abrumados en su nuevo papel y a que la policía y los jueces piensen haber perdido demasiado poder e influencia. Por eso se debería ya en esta etapa considerar simultáneamente no atizar miedos frente al sistema nuevo, sino reducirlos, poniendo en el primer plano del asesoramiento las ventajas, que finalmente prevalecerán. Esto puede efectuarse, primero, por medio de simulaciones en el mismo lugar o con la utilización de técnicas audiovisuales, pero también a través de programas técnicos en Alemania. A los temores no injustificados de que con ello se favorezca un "turismo jurídico" se puede hacer frente poniendo especial cuidado en la selección de personal técnico local y organizando un eficiente programa de trabajo con la obligación de rendir informes. Aquí pueden ser útiles también experiencias de otros promotores, especialmente de la Fundación Konrad Adenauer, pero tambièm del proyecto venezolano que se está desarrollando (infra).

En resumen, se trata en esta etapa no solo de cuestiones meramente normativas sino que se debe considerar siempre ante todo la realizacion práctica de las mismas. De acuerdo con la intensidad del asesoramiento, la labor de los expertos podrá ser más larga o más corta. Técnicamente se requieren, por cierto, pènalistas "de verdad", aunque – ya por razones de

órden idiomático – no se pueda pretender transmitir las sutilezas de la dogmática jurídica alemana.

3. Apoyo en la implementación de la reforma

En este campo casi no se puede recurrir a experiencias prácticas. Es sabido que tiene que dirigirse especialmente a la capacitación de los aplicadores del Derecho, pero hay que reflexionar escrupulosamente sobre los instrumentos (seminarios, workshops) y sobre las cualidades y la selección de los posibles expertos. La fórmula usual de la cooperación para el desarrollo "ningún científico sino prácticos" (profesionales que apliquen el Derecho) "tiene una limitada validez en el caso del asesoramiento jurídico. Podría parecer evidente a primera vista que, en la realización de una reforma jurídica presten ayuda en primera línea prácticos con experiencia en el sistema nuevo, pero hay que preocuparse por que esos prácticos sean idóneos también para la cooperación para el desarrollo. Así, un juez o fiscal alemán, aunque domine el español, no estará jamás suficientemente familiarizado con la cultura jurídica y la situación social del país receptor en cuestión, como para poder insertarse sin más en una cooperación ya iniciada. Por esta razón no podrá evitarse, en vista del escaso potencial de técnicos alemanes y su reducida disponibilidad, recurrir a juristas latinoamericanos o a aquellos que son propios del país socio y capacitarlos como multiplicadores. Esto es ciertamente sensato también por razones de política de desarrollo, ya que así se promueve el desarrollo duradero sobre la base de la solidaridad. Especialmente esta etapa requiere, por lo tanto, además del desarrollo de instrumentos de cooperación para el desarrollo eficientes, también la organización del plantel de personal correspondiente.

III. Acerca del rol de la ciencia

La ciencia tiene una importancia decisiva en dos áreas. Primero hay que eliminar en Latinoamérica o por lo menos disminuír los déficits de información y la falta de intercambio de la misma a nivel intercontinental. Investigación jurídico-científica independiente casi no se produce, publicaciones de derecho comparado que trasciendan a otros países casi no existen y en algunos países ni siquiera se publican las sentencias más importantes de los Tribunales Superiores en forma sistemática. Todo esto significa que las reformas jurídicas solo pueden recurrir a experiencias regionales o internacionales, cuando las instituciones internacionales prestan ayuda en este ámbito. Esta tarea la pueden cumplir las fundaciones políticas solo en forma limitada. En cambio, pueden ser de gran ayuda investigaciones de Derecho comparado coordinadas desde Alemania, pero realizadas por juristas nacionales en su própio país. También la traducción de determinados estudios que sólo han sido editados en idioma alemán puede ser útil.[22] Es una realidad que la necesidad de investigación supera las capacidades disponibles. Así, sería sensato un análisis del estado y de las experiencias con las reformas procesales penales a nivel latinoamericano; así mismo serían necesarios análisis sobre posibilidades de sanción alternativas. También podría analizarse de forma comparada el Derecho Penal Juvenil y el Derecho Penitenciario. Obviamente que en todos estos análisis no se debe perder nunca de vista su relación con reformas concretas en Latinoamérica. Especialmente en la introducción y en las recomendaciones finales de órden político-jurídico se deberá hacer alusión a las mencionadas reformas.

(22) Por ejemplo el trabajo de Llobet (*op. cit.* 1).

Otro importante campo de acción de la investigación será el correspondiente a la formación y el perfeccionamiento de juristas latinoamericanos. No nos referimos a seminarios o workshops en el país de orígen, sino más bien a las medidas a tomarse en Alemania. En el proyecto venezolano se realizó una experiencia muy positiva con una delegación (4 juristas y 2 políticos) en Alemania. Los dos políticos quedaron convencidos, después de un viaje de una semana, de que el Código Procesal Penal venezolano debería ser modificado orientándose fuertemente hacia la legislación alemana. Los cuatro juristas aprovecharon su permanencia de 3 semanas (tres de las cuales en el Instituto Max Planck en Friburgo) para la investigación jurídica comparada y llevaron 3000 copias de documentos consigo, que ahora se encuentran a disposición del público en la oficina de la Comisión Legisladora del Congreso en Caracas. Además, los juristas adquirieron contenidos estimulantes importantes, que tienen una decisiva influencia en la discusión sobre la reforma que actualmente está en marcha. Para atender a delegaciones de este tipo no sólo entra en consideración el Instituto Max Planck de Derecho Extranjero e Internacional, sino también institutos universitarios, en tanto que sus respectivos directores estén dispuestos a atender a los huéspedes latinoamericanos y a seguir de cerca los objetivos de la cooperación para el desarrollo.

Observación final

Las experiencias del asesoramiento jurídico realizadas a la fecha demuestran que es el análisis político-criminológico previo reviste capital importancia. Ya en esta etapa pueden presentarse obstáculos insuperables que harían recomendable ni siquiera comenzar un proyecto a largo plazo. El asesoramiento jurídico en esos casos, sería un despilfarro de los recursos fiscales y sería más sensato utilizar estos recursos en el perfeccionamiento científico de juristas latinoamericanos o invertirlos en proyectos de investigación concretos.

En caso de concretarselos intereses y las necesidades que fueron articulados en forma de solicitudes gubernamentales en el congreso de la DSE, se haría gravitar sobre la ciencia y la práctica jurídico-penal alemana una enorme demanda de asesoramiento, casi imposible de cubrirse en la actualidad. Es necesario implementar, por ello, ya un plantel de penalistas comprometidos y competentes en la cooperación para el desarrollo para poder estar a la altura de los retos futuros. A los docentes de Derecho Penal y a los directores de institutos les corresponde un rol particularmente importante. Ellos pueden ponerse a sí mismos a disposición o proporcionar a sus colaboradores o doctorandos para determinadas tareas.[23]

(23) Medio de enlace: GTZ, Departamento Jurídico (Departamento 401), Casilla 5180, 65726 Eschborn, Telf.: 06196/7910 (central), fax: 06196/797136.

3. DOUTRINA NACIONAL

IMUNIDADES PARLAMENTARES

ALEXANDRE DE MORAES

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Finalidade democrática – 3. Histórico: 3.1 Geral; 3.2 No Brasil – 4. Conceito de imunidades – 5. Imunidades materiais: 5.1 Definição e natureza jurídica; 5.2 Abrangência da imunidade material; 5.3 Exercício do mandato parlamentar; 5.4 Pressupostos – 6. Imunidade formal: 6.1 Definição histórica; 6.2 Imunidade formal em relação à prisão; 6.3 Imunidade formal em relação ao processo – 7. Irrenunciabilidade das imunidades – 8. Imunidades e Parlamentar licenciado para exercício de cargo executivo (Ministro de Estado, Secretário de Estado) – 9. Conclusão.

1. Introdução

A Constituição Federal estabelece em seu Título IV – "Da organização dos Poderes" –, Capítulo I – "Do Poder Legislativo" –, Seção V – "Dos Deputados e dos Senadores", regras instituidoras das imunidades e vedações parlamentares, para que o Poder Legislativo, como um todo, e seus membros, individualmente, atuem com ampla independência e liberdade, no exercício de suas funções constitucionais. Tal conjunto de regras denomina-se estatuto dos congressistas.

São diversas as prerrogativas e vedações constitucionais previstas pela Carta Magna aos membros do Poder Legislativo, todas como garantias de existência e independência do próprio Parlamento.[1] Desde as tradicionais imunidades material (art. 53, *caput*) e formal (art. 53, §§ 1.º, 2.º e 3.º), até as prerrogativas de foro (art. 53, § 4.º), de serviço militar (arts. 53, § 6.º e 143), vencimentos (art. 49, VII) e isenção ao dever de testemunhar (art. 53, § 5.º) e as incompatibilidades (art. 54).

Esse estudo centralizar-se-á nas imunidades materiais e formais.

A doutrina, não raramente, refere-se às imunidades ou prerrogativas parlamentares também como inviolabilidades.

Rodrigo Octávio aponta a denominação *imunidade* preferível à *inviolabilidade parlamentar* "que implica a idéia de estar o representante da nação fora da ação da lei".[2] Na verdade, a inviolabilidade corresponde à exclusão da punibilidade, referindo-se, somente, a alguns delitos (imunidade material), enquanto a imunidade é causa impeditiva do processo, enquanto não houver autorização (imunidade formal), conforme veremos adiante.[3]

(1) RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Op. cit.* p. 303-305.

(2) OCTÁVIO, Rodrigo. *Elementos de Direito Público e Constitucional Brasileiro...* Op. cit. p. 37.

(3) Em um sentido mais abrangente, Marcelo Caetano define: "Em rigor, inviolabilidade significa impossibilidade de, licitamente, tocar na pessoa ou impedir o exercício dos direitos do membro do Congresso: nem a sua pessoa nem os seus direitos

Assim, como aponta Luiz Vicente Cernicchiaro, a inviolabilidade acarretará a atipicidade da conduta, enquanto a imunidade impedirá o livre desenvolvimento do processo, suspendendo a prescrição.[4]

2. Finalidade democrática

Dentro da independência harmoniosa que rege o princípio da Separação de Poderes, as imunidades parlamentares são institutos de vital importância, visto buscarem, prioritariamente, à proteção dos parlamentares, no exercício de suas nobres funções, contra os abusos e pressões dos demais Poderes; constituindo-se, pois, um direito instrumental de garantia de liberdade de opiniões, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo, bem como de sua proteção contra prisões arbitrárias e processos temerários.[5]

Relacionando a Separação de Poderes, com a necessidade da existência das prerrogativas e imunidades do Poder Legislativo, Michel Temer pergunta "De que maneira é relevada a independência do Poder Legislativo, de que maneira é relevada a independência do Poder Judiciário? Digamos algumas coisas óbvias, apenas para relembrar. A Constituição atual, assim como aquela que nascerá, estabelecem garantias para os parlamentares. Por exemplo, a inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos; a imunidade processual; não poder ser preso o parlamentar, a não ser por crime inafiançável e com licença da sua Câmara, tanto para a prisão como para o processo que deve nascer em função desse crime. E, ao mesmo tempo, em outro dispositivo, acaba por restringir a atividade do parlamentar, ao dizer, por exemplo, que ele não pode exercer outro cargo público; não pode exercer atividades em empresas que tenham contrato com o Poder Público. Qual a razão desses aparentes privilégios e dessas restrições? É exatamente a preservação daquele que tenha assento na Casa Legislativa, ou seja, o Constituinte não está preocupado em privilegiar o parlamentar nem em restringir a sua atividade decorrente da cidadania, se não que está preocupado exatamente em tornar concreta esta afirmação, que consta dos princípios fundamentais dessa Constituição, segundo a qual os órgãos do Poder são independentes e harmônicos entre si. A mesma afirmação que acabamos de fazer pode ser repetida em matéria de Poder Judiciário. É claro que o Juiz, ao ganhar as garantias da irredutibilidade dos vencimentos, da inamovibilidade, da vitaliciedade, não podendo perder o cargo – diz a Constituição e diz o Projeto –, a não ser por sentença judiciária, ou seja, a não ser por uma decisão, onde se assegure ampla defesa, onde se assegure o contraditório, e produzida pelo órgão a que ele pertence, pelo Poder ao qual ele pertence, quando se estabelecessem esses privilégios, de um lado, e, mais adiante, quando se estabelecem restrições do tipo "não pode exercer atividade político-partidária"; "não pode exercer o magistério, a não ser em mais um único cargo"; "não pode receber custas e percentagens nas causas sujeitas ao seu julgamento", os privilégios e restrições mais uma vez estão voltados para o servidor do Poder do Estado chamado Poder Judiciário, para a concretização do dispositivo constitucional que manda assegurar a independência entre os Poderes. A harmonia, que também não é palavra

podem ser violados" (*Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, v. II, p. 183).

(4) CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed., São Paulo : RT, 1995, p. 204.

(5) FERREIRA, Pinto. *Comentários ... Op. cit.*, v. 2, p. 623.

inútil, decorre exatamente do necessário inter-relacionamento entre os Poderes. Quem examina todo o contexto constitucional verifica uma atividade harmoniosa, entrelaçada, interligada, inter-relacionada entre os Poderes do Estado. Esse é o conteúdo das expressões "independência e harmonia". Com essas considerações um pouco mais genéricas, apenas para introduzir o tema, queremos dizer que a nova Constituição reconduz o Poder Legislativo e, *nesse contexto, a Câmara dos Deputados, a uma localização constitucional de prerrogativas, que realmente deve ter*".[6]

Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica que "a necessidade de se assegurar ampla liberdade de ação ao parlamentar para o exercício do mandato inspira-se a outorga de certas prerrogativas. Estas são exceções ao regime comum, decorrentes não de seu interesse pessoal (pois se assim fosse seriam privilégios) mas do interesse público no bom exercício do mandato".[7] Na expressão de Paulino Jacques, observa-se que "para o bom desempenho do mandato é preciso que os mandatários tenham ampla e absoluta liberdade de ação (pensamento, palavra, debate, discussão e voto) e fiquem a coberto de certos procedimentos legais... que possam cercear-lhes a independência de atitudes e as deliberações. Essa liberdade de ação e essa isenção de procedimento legal constituem as chamadas "imunidades parlamentares", prerrogativas extraordinárias que revestem o mandato, e não o indivíduo que o exerça".

Desta forma, imprescindível a existência das imunidades parlamentares à prática da democracia, significando verdadeira condição de independência do Poder Legislativo em face dos demais Poderes e garantia da liberdade de pensamento, palavra e opinião, sem a qual inexistirá Poder Legislativo independente e autônomo, que possa representar, com fidelidade e coragem, os interesses do povo e do país, pois, e é sempre importante ressaltar, estas imunidades não dizem respeito à figura do parlamentar, mas sim à função por ele exercida, no intuito de resguardá-la; idéia esta, corroborada por Pinto Ferreira, para quem, em conseqüência da existência destas prerrogativas, os deputados federais e senadores da República ficam a coberto da atuação do Executivo ou do Judiciário e por José Afonso da Silva, para quem estas prerrogativas são estabelecidas menos em favor do congressista que da instituição parlamentar, como garantia de sua independência perante outros poderes constitucionais.

Não prospera, pois, assertivas sobre o eventual afastamento e desrespeito do princípio da igualdade (art. 5.º, I, da Constituição Federal), em favor dos membros do Poder Legislativo, uma vez, que a finalidade destas prerrogativas é a subsistência da democracia e do próprio Estado de Direito.

Na questão posta em estudo, a finalidade acolhida pelo direito – defesa da democracia e da existência e independência do Parlamento – afasta qualquer alegação de discriminação abusiva em favor dos parlamentares.

3. Histórico

3.1 Geral

A criação das imunidades parlamentares como corolário da defesa da livre existência e independência do Parlamento tem no sistema constitucional inglês sua origem, através da proclamação do

(6) TEMER, Michel. *A Constituição Brasileira 1988 – Interpretações, II Fórum Jurídico*. 2. ed., diversos autores. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1988, p. 163.

(7) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed., São Paulo : Saraiva, 1988, p. 154

duplo princípio da *freedom of speach* (liberdade de palavra) e da *freedom from arrest* (imunidade à prisão arbitrária), no *Bill of Rights* de 1688, os quais proclamaram que a liberdade de expressão e de debate ou de troca de opiniões no Parlamento não pode ser impedida ou posta em questão em qualquer corte ou lugar fora do Parlamento.

Importante relembrar, que foi basicamente o Direito Europeu que consolidou as imunidades parlamentares, dando os contornos atuais, porém, elas não passaram despercebidas do povo romano, pois eram intangíveis, invioláveis (*sacrosancta*) as pessoas dos tribunos e dos edis, seus auxiliares; tendo o povo romano outorgado-lhes por lei essa inviolabilidade e, para torná-la irrevogável, santificou-a com um juramento (*les sacrata*), punindo com a pena de morte os atentados contra esta regulamentação. Esta inviolabilidade do tribuno garantia-lhe no exercício das suas funções ou fora delas e obstava a que ele pudesse ser acusado, preso ou punido.

Alcino Pinto Falcão explica que a jurisprudência e a doutrina norte-americanas, historicamente, se pacificaram no sentido da *freedom from arrest* ser impeditiva de prisão tão-somente em procedimentos cíveis. Por sua vez, à *freedom of speach*, considera que o privilégio pertence à própria Casa Legislativa, a qual se encarrega de defendê-lo, geralmente através da constituição de comissão parlamentar de inquérito. Em relação à abrangência, também a origem histórica do instituto aponta que, somente as palavras e os votos proferidos dentro do recinto das sessões ou das comissões é que são cobertos pela imunidade material, inclusive se o pronunciamento for considerado perigoso à segurança do Estado.

Posteriormente, as imunidades parlamentares foram inscritas constitucionalmente na Carta Magna dos Estados Unidos da América (17 de setembro de 1787) afirmando que: "Em nenhum caso, exceto traição, felonia e violação da paz, eles (senadores e representantes) poderão ser presos durante sua freqüência às sessões de suas respectivas Câmaras, nem quando a elas se dirigirem, ou delas retornarem; e não poderão ser incomodados ou interrogados, em qualquer outro lugar, por discursos ou opiniões emitidos em uma ou outra Câmara" (art. 1.º, seção 6).

Carlos Maximiliano ensina ter ocorrido na França, em 23 de junho de 1789, nova proclamação das imunidades, ante a ameaça de dissolução do Terceiro Estado, transmitida pelo mestre de cerimônias Brezé, provocadora da célebre apóstrofe de Mirabeau, de que os deputados ali se encontravam pela vontade do povo e dali só sairiam à força de baionetas, a assembléia decretou a inviolabilidade dos seus membros e declarou "traidor, infame e digno de morte quem pusesse a mão sobre eles".

Modernamente, quase todas as Constituições prevêm as garantias de livre exercício do Poder Legislativo. Assim, por exemplo, a da França, de 1958, no art. 26 e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, no art. 46, que porém, como informa Pinto Ferreira, "exclui a injúria e a calúnia da esfera da inviolabilidade". O mesmo se dava na Constituição Federal da antiga Alemanha Oriental, onde o art. 67, 1, segunda parte, afirma não incidir quanto às calúnias, no sentido do Código Penal, a regra jurídica da inviolabilidade, se comissão de inquérito da Câmara Popular as considerasse como tais.[8]

3.2. No Brasil

A Constituição Imperial de 1824, concedia aos membros do Parlamento as

(8) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, t. III, arts. 34-112.

inviolabilidades pelas opiniões, palavras e votos que proferissem no exercício de suas funções, bem como a garantia do parlamentar não ser preso durante a legislatura, por autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva Câmara, menos em flagrante delito de pena capital. Além disto, previa-se a necessidade de licença da casa respectiva para o prosseguimento da ação penal.

A Constituição da República de 1881, em seu arts. 19 e 20, previa as imunidades material e formal, pois os parlamentares eram invioláveis pelas opiniões, palavras e votos, bem como não poderiam ser presos nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, salvo caso de flagrante em crime inafiançável.

O capítulo II, secção I, da Constituição de 1934, em seu art. 31 previa a inviolabilidade do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos, no exercício do mandato, enquanto o art. 32 previa imunidades relacionadas à prisão e ao processo. Curiosamente, estas imunidades formais eram estendidas ao suplente imediato do Deputado em exercício.

A Carta de 1937 alterou o tratamento das imunidades parlamentares, pois, apesar de prevê-las, tanto a material quanto a formal, possibilitava a responsabilização do parlamentar por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime.

Em 1946, a Constituição brasileira consagrando regras mais democráticas, previa as clássicas prerrogativas parlamentares. Assim, a imunidade material foi prevista no art. 44 e as imunidades formais foram previstas no art. 45.

Em 1967, a Constituição Federal consagrou as imunidades material e formal no art. 34, prevendo a inviolabilidade do parlamentar, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos; bem como a necessidade de licença da casa respectiva para a prisão e processo. Inovou, porém, ao permitir a concessão tácita de licença para o processo de parlamentar, ao prever que, se no prazo de noventa dias, a contar do recebimento, a respectiva Câmara não deliberasse sobre o pedido de licença, o mesmo seria incluído na Ordem do Dia, permanecendo durante quinze sessões ordinárias consecutivas, quando então, permanecendo a inércia, teria-se como concedida a licença.

A Emenda 1, de 17.10.1969, e, posteriormente, a Emenda 11, de 13.10.1978, à Constituição Federal de 1967, alteraram a regulamentação das imunidades parlamentares, prevendo, em regra, que os deputados e senadores eram invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, porém, excepcionalmente poderiam ser responsabilizados, no caso de crime contra a Segurança Nacional. Também era prevista a impossibilidade de prisão do parlamentar, desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, salvo no caso de flagrante de crime inafiançável, nem processados, criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, e que, se a Câmara respectiva não se pronunciasse sobre o pedido, dentro de quarenta dias a contar de seu recebimento, ter-se-á como concedida a licença. No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos deveriam ser remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que resolvesse sobre a prisão e autorizasse ou não a formação da culpa.

A Constituição anterior, porém, exceptuava das imunidades os crimes contra a Segurança Nacional, para os quais, o processo independia de licença da respectiva Câmara, podendo o Procurador-Geral da República, recebida a denúncia e analizando à gravidade do delito, requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até a decisão final de sua representação pelo Supremo Tribunal Federal.

Atualmente, a Constituição Federal prevê as imunidades material e formal no art. 53, §§ 1.º, 2.º e 3.º, determinando que os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos; bem como, desde a expedição do diploma não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa. Ainda, disciplina que no caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa.

4. Conceito de imunidades

As imunidades parlamentares representam elemento preponderante para a independência do Poder Legislativo.[9] São prerrogativas, em face do direito comum, outorgados pela Constituição aos membros do Congresso, para que estes possam ter um bom desempenho das suas funções.

As imunidades garantias funcionais, normalmente divididas em material e formal, são admitidas nas Constituições para o livre desempenho do ofício dos membros do Poder Legislativo e evitar desfalques na integração do respectivo *quorum*,[10] definindo Carlos Maximiliano a imunidade parlamentar como a "prerrogativa que assegura aos membros do Congresso a mais ampla liberdade da palavra, no exercício das suas funções, e os protege contra abusos e violências por parte dos outros poderes constitucionais".[11]

5. Imunidades materiais

5.1 Definição e natureza jurídica

A Constituição Federal prevê serem os Deputados e Senadores invioláveis por suas opiniões, palavras e votos (art. 53, *caput*), no que a doutrina denomina *imunidade material* ou *inviolabilidade parlamentar.*

A imunidade material implica subtração da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos. Explica Nélson Hungria, que nas suas opiniões, palavras ou votos, jamais se poderá identificar, por parte do parlamentar, qualquer dos chamados *crimes de opinião* ou *crimes da palavra*, como os crimes contra a honra, incitamento a crime, apologia de criminoso, vilipêndio oral a culto religioso, etc.,[12] pois a imunidade material exclui o crime nos casos admitidos; o fato típico deixa de constituir crime, porque a norma constitucional afasta, para a hipótese, a incidência da norma penal. Desta maneira, também, entendem Celso Bastos e Ives Gandra, para quem, "a Constituição atual, ao disciplinar o instituto das imunidades, já no *caput* do artigo sob comento funda a regra principal, norteadora de todo o regime, qual seja, a da latitude da imunidade material que, como sabido, é aquela que impede a própria formação do caráter delituoso do comportamento. O que seria crime se cometido por um

(9) No mesmo sentido afirma Marcelo Caetano, que "para que possam exercer os seus mandatos com plena independência, gozam, tradicionalmente, os membros do Congresso de imunidades, conhecidas na terminologia da Ciência Política pelo nome de imunidades parlamentares" (*Direito Constitucional. Op. cit.*, p. 182).

(10) Declaração de Direitos, *in* Adriano Moreira *et alii, Legado Político do Ocidente*, p. 493.

(11) *Comentários à Constituição Brasileira. Op. cit.*, p. 44.

(12) HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro : Forense, 1978, v. I, t. I, p. 188.

cidadão comum, não o é sendo cometido por um parlamentar".[13]

Damásio E. de Jesus, analisando o tema sob a égide da Carta Anterior, aponta a imunidade material como causa funcional de isenção de pena, e ilustrava que os parlamentares, "desde que cometido o fato no exercício da função, não respondiam pelos chamados *delitos de opinião ou de palavra*", concluindo que "nestes casos, diante da imunidade penal, os deputados federais e os senadores ficavam livres do inquérito policial e do processo criminal".[14]

Em relação a natureza jurídica da imunidade material, salienta o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, tratar-se "a imunidade material ou real, de *causa justificativa* (excludente da antijuridicidade da conduta típica), ou de *causa excludente da própria criminalidade*, ou, ainda, de *mera causa de isenção de pena*, o fato é que, nos delitos contra a honra objetiva (calúnia e difamação) ou contra a honra subjetiva (injúria), praticados em razão do mandato parlamentar, tais condutas não mais são puníveis".[15]

Desta forma, Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967), Nélson Hungria (Comentários ao Código Penal), e José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo) entendem-na como uma *causa excludente de crime*, Basileu Garcia (Instituições de Direito Penal), como *causa que se opõe à formação do crime*; Damásio de Jesus (Questões Criminais), *causa funcional de exclusão ou isenção de pena*; Aníbal Bruno (Direito Penal), *causa pessoal e funcional de isenção de pena*; Heleno Cláudio Fragoso (Lições de Direito Penal) considera-a *causa pessoal de exclusão de pena*; Magalhães Noronha(Direito Penal) *causa de irresponsabilidade*; José Frederico Marques (Tratado de Direito Penal), *causa de incapacidade penal por razões políticas*.

5.2 *Abrangência da imunidade material*

Independentemente da posição adotada, em relação à natureza jurídica da imunidade, importa ressaltar que da conduta do parlamentar (opiniões, palavras e votos) não resultará responsabilidade criminal, qualquer responsabilização por perdas e danos, nenhuma sanção disciplinar, ficando a atividade do congressista, inclusive, resguardada da responsabilidade política,[16] pois trata-se de cláusula de irresponsabilidade geral de Direito Constitucional material.

Em síntese, a imunidade material é prerrogativa concedida aos parlamentares para o exercício de sua atividade com a mais ampla liberdade de manifestação, através de palavras, discussão, debate e voto; tratando-se, pois, a imunidade, de cláusula de irresponsabilidade funcional do congressista, que não pode ser processado judicial ou disciplinarmente[17] pelos votos que emitiu ou pelas palavras que pronunciou no Parlamento ou em uma das suas comissões.

A imunidade parlamentar material só protege o congressista nos atos, palavras, opiniões e votos proferidos no exercício do ofício congressual, sendo

(13) *Comentários à Constituição do Brasil.* Vol. 4, t. I, *op. cit.*, p. 187.

(14) JESUS, Damásio E. *Questões Criminais.* 4. ed., São Paulo : Saraiva, 1988, p. 53.

(15) MELLO FILHO, José Celso. "A imunidade dos deputados estaduais". *Justitia* 43/114.

(16) RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Op. cit.*, p. 348.

(17) HORTA, Raul Machado, citando Barthélemy, expõe posição contrária, dizendo que o parlamentar "só estará sujeito, para correção dos excessos ou abusos, ao poder disciplinar previsto nos Regimentos Internos" (*Estudos de Direito Constitucional.* Belo Horizonte : Del Rey, 1995. p. 597).

passíveis dessa tutela jurídico-constitucional apenas os comportamentos parlamentares cuja prática possa ser imputável ao exercício do mandato legislativo. A garantia da imunidade material estende-se ao desempenho das funções de representante do Poder Legislativo, qualquer que seja o âmbito dessa atuação – parlamentar ou extraparlamentar – desde que exercida *ratione muneris*.[18]

O Pretório Excelso tem acentuado que a prerrogativa constitucional da imunidade parlamentar em sentido material protege o parlamentar em todas as suas manifestações que guardem relação com o exercício do mandato, ainda que produzidas fora do recinto da própria Casa Legislativa,[19] ou, com maior razão, quando exteriorizadas no âmbito do Congresso Nacional.[20]

Da mesma forma, o depoimento prestado por membro do Congresso Nacional a uma Comissão Parlamentar de Inquérito[21] está protegido pela cláusula de inviolabilidade que tutela o legislador no desempenho do seu mandato, especialmente quando a narração dos fatos, ainda que veiculadora de supostas ofensas morais, guarda íntima conexão com o exercício do ofício legislativo e com a necessidade de esclarecer os episódios objeto da investigação parlamentar.[22]

(18) Trecho do voto do Ministro-relator, Celso de Mello *in RTJ* 155/399.

(19) *RTJ* 131/1.039; *RTJ* 135/509; *RT* 648/318; Inq. 510-0-DF, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, *RTJ* 135/509; Inq. 390-5-RO (Questão de Ordem), rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, *RT* 648/318; Inq. 396-4-DF (Questão de Ordem), rel. Min. Octavio Gallotti, Pleno, *RTJ* 131/1.039; *RTJ* 133/90, rel. Min. Paulo Brossard.

(20) *RTJ* 133/90.

(21) STF – Queixa-Crime 681-SP, questão de ordem, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello; *RTJ* 155/396.

(22) *RTJ* 155/396.

No tocante à extensão da imunidade material, serão beneficiados os parlamentares, nunca as pessoas que participam dos trabalhos legislativos, sem contudo exercerem mandato. Esta extensão, porém, é absoluta e perpétua, não podendo o parlamentar ser responsabilizado pelos seus votos e opiniões praticados no exercício do mandato, mesmo depois que tenha cessado o seu mandato.

Além disto, a imunidade material é de ordem pública, razão pela qual o congressista não pode renunciá-la, e cobre ainda a publicidade dos debates parlamentares, tornando irresponsável o jornalista que as tenha reproduzido em seu jornal, desde que, se limite a reproduzir na íntegra ou em extrato fiel o que se passou no Congresso.

Necessário, neste sentido, trazer à colação a lição de Celso de Mello Filho, para quem "o instituto da imunidade parlamentar atua, no contexto normativo delineado por nossa Constituição, como condição e garantia de independência do Poder Legislativo, seu real destinatário, em face dos outros Poderes do Estado. Estende-se ao congressista, embora não constitua uma prerrogativa de ordem subjetiva deste. Trata-se de prerrogativa de caráter institucional inerente ao Poder Legislativo, que só é conferida ao parlamentar *ratione muneris*, em função do cargo e do mandato que exerce. É por essa razão que não se reconhece ao congressista, em tema de imunidade parlamentar, a faculdade de a ela renunciar. Trata-se de garantia institucional deferida ao Congresso Nacional. O congressista, isoladamente considerado, não tem, sobre a garantia da imunidade, qualquer poder de disposição".[23]

5.3 Exercício do mandato parlamentar

A imunidade material exige relação entre as condutas praticadas pelo parla-

(23) Trecho do voto do Ministro-relator Celso de Mello *in RTJ* 155/399.

mentar e o exercício do mandato. Assim, haverá integral aplicabilidade desta inviolabilidade, desde que as palavras, votos e opiniões decorram do desempenho das funções parlamentares, e não necessariamente exige-se praticadas nas comissões ou no plenário do Congresso Nacional.[24]

A respeito da necessidade da conexão lógica com o exercício do mandato, acentua Michel Temer que, existem "opiniões e palavras que, ditas por qualquer pessoa, podem caracterizar atitude delituosa, mas que assim não se configuram quando pronunciados por parlamentar. Sempre, porém, que tal pronunciamento se der no exercício do mandato. Quer dizer: o parlamentar, diante do Direito, pode agir como cidadão comum ou como titular de mandato. Agindo na primeira qualidade não é coberto pela inviolabilidade. A inviolabilidade está ligada à idéia de exercício de mandato. Opiniões, palavras e votos proferidos sem nenhuma relação com o desempenho do mandato representativo não são alcançados pela inviolabilidade. Com efeito, a inviolabilidade parlamentar está absolutamente adstrita ao exercício do mandato. Neste sentido o julgado proferido em grau de *habeas corpus*, envolvendo a imunidade de vereador, prevista pela Constituição Federal no art. 29, VIII: A verificação da inviolabilidade do vereador, por suas palavras e opiniões consideradas ofensivas implica detido exame de provas de modo a que se possa concluir que adstritas ao exercício do mandato e na circunscrição municipal, para o que não é o *habeas corpus* meio idôneo – HC 195.848-3, *in RT* 664/281.

Porém, ainda que as manifestações dos parlamentares forem feitas fora do exercício estrito do mandato, mas em conseqüência deste, estarão abrangidas pela imunidade material.[25]

5.4 Pressupostos

Em síntese final, a imunidade material apresenta certos pressupostos, para que afaste a incidência de ilícito à conduta do parlamentar, isentando-o de responsabilidade penal, civil, administrativa e política, por suas palavras, votos e opiniões no exercício do mandato.

Primeiramente, refere-se somente a atos funcionais, ou seja, a atos praticados por parlamentares, por meio de opiniões, palavras ou votos, no exercício de suas funções e sobre matéria parlamentar. Além disto, a imunidade material possui eficácia temporal permanente ou absoluta, de caráter perpétuo, pois pressupondo a inexistência da infração penal, mesmo após o fim de sua legislatura, o parlamentar não poderá ser investigado, incriminado ou responsabilizado.

6. Imunidade formal

6.1 Definição histórica

Imunidade formal é o instituto que garante ao parlamentar a impossibilidade de ser ou permanecer preso ou ser processado sem autorização de sua Casa Legislativa respectiva.

Narrando historicamente a prerrogativa, Pinto Ferreira diz que "as Constituições liberal-democráticas do País tole-

(24) Marcelo Caetano corrobora esta afirmativa, dizendo que "note-se que não é durante o exercício, mas no exercício, isto é, na medida em que as opiniões e votos emitidos dentro ou fora do recinto parlamentar decorram do desempenho das suas funções. Os fatos que, noutras circunstâncias, seriam criminosos são, neste caso, justificados pelo exercício regular do direito de opinar e votar, senão pelo estrito cumprimento do dever de fazê-lo (Código Penal, art. 19, III) – (*Direito Constitucional... op. cit.* p. 184).

(25) *RTJ* 149/692.

ram a prisão do parlamentar, com prévia licença da respectiva Câmara, em flagrante definido em lei (CPP, art. 302). Neste caso, a autoridade policial lavrará o auto de prisão em flagrante, enviando-o dentro de vinte e quatro horas à Câmara respectiva, que deverá resolver sobre a prisão, mantendo-a ou relaxando-a, autorizando ou não, assim, a formação da culpa. Ainda em caso de flagrante em crime inafiançável, o processo só pode ter continuidade e andamento com a concordância da Câmara, que pode sustar o processo e determinar a soltura do parlamentar preso. A Carta Imperial de 1824 condicionava a continuação do processo, desde que pronunciado o Deputado ou o Senador, à autorização da respectiva Casa. Assim se orientavam as Constituições de 1891 (art. 20), 1934 (art. 32, § 1.º), 1946 (art. 45, § 1.º) e 1967 (art. 34, § 3.º, do texto primitivo), mas a EC 1/69 supriu tal exigência de licença".

Na vigência da Constituição Federal de 1967, com as alterações da EC 01/69, poderia o parlamentar ser processado, mas iniciada a ação penal, seu prosseguimento ficava na dependência da licença de seus pares. Porém, raramente a licença era concedida, igualando-se as formas de imunidade parlamentar material com a formal. Em virtude disto, a EC 22, de julho de 1982, alterou o conteúdo das chamadas imunidades parlamentares, determinando que desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os Membros do Congresso Nacional não poderiam ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, tendo sido extinta a licença da Casa respectiva como condição de prosseguibilidade da ação penal contra congressista, de maneira que, oferecida a denúncia ou a queixa, seu recebimento não estava mais condicionado a licença da Câmara ou do Senado para eventual continuação do procedimento criminal. O legislador reformador, tendo inovado em matéria de prerrogativas, determinou que nos crimes comuns, imputáveis a deputados e senadores, a Câmara respectiva, por maioria absoluta, poderia, a qualquer momento, por iniciativa da Mesa, sustar o processo. Salientava, na análise das alterações constitucionais, Damásio E. de Jesus, que "Sustar significa impedir de continuar, fazer parar, interromper, sobrestar (Aulete e Pedro Orlando). Não criou o legislador constitucional uma causa de extinção do processo, mas de sua suspensão... Assim, iniciado o procedimento criminal, poderá a Câmara ou o Senado impedir seu prosseguimento. Essa causa de sobrestamento da ação penal tem o mesmo efeito da antiga negativa de liçença. A deliberação da Casa do Congresso impede que o processo tenha seguimento. Entretanto, cessada, por qualquer motivo, a investidura do mandato, como seu término ou eventual cassação, o parlamentar perde a prerrogativa processual, de modo que a ação penal, desde que ainda não alcançada a pretensão punitiva pela prescrição, pode prosseguir. A causa de sobrestamento do processo está subordinada a duas condições: 1.ª) deliberação pela maioria absoluta do Senado ou da Câmara; 2.ª) iniciativa da Mesa".[26]

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 53, consagrou a dupla imunidade formal, uma em relação à possibilidade de prisão, outra em relação a instauração do processo.

Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa. No caso de flagrante de crime inafiançável, a Constituição Federal prevê, que os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus

(26) JESUS, Damásio E. *Questões... op. cit.* p. 57.

membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa.

Assim, os parlamentares, salvo nas hipóteses anteriormente estudadas de imunidade material, estão submetidos às mesmas leis que os outros indivíduos; tendo de responder como estes por seus atos criminosos ou delituosos, mas, no interesse público, convém que eles não sejam afastados ou subtraídos de suas funções por processos judiciais arbitrários ou vexatórios, emanados seja de um adversário político, seja de um governo desejoso de desembaraçar-se de um opositor perigoso, independente e autônomo.

Conseqüentemente, esta prerrogativa protegerá os parlamentares contra a violência dos demais poderes constitucionais ou dos indivíduos em geral, consistindo em que, "durante as sessões, ou mesmo pela duração de seu mandato, os membros do Parlamento não podem ser demandados penalmente ou presos em razão de uma infração estranha ao exercício de seu mandato, senão com autorização preliminar da Câmara de que fez parte. Jaeger conceitua: A imunidade é a violabilidade pessoal do deputado garantida pela Constituição. Ele não pode ser demandado ou preso por atos puníveis durante o período de sessões senão com autorização da Dieta, exceto se for preso em caso de flagrante delito ou no curso do dia seguinte".

Analisaremos, primeiramente, a imunidade em relação à prisão, delimitando sua abrangência, para, posteriormente, estudarmos a obrigatoriedade de licença para ocorrência de processo criminal contra parlamentar.

6.2 *Imunidade formal em relação à prisão*

No tocante à *freedom from arrest* norte-americana e inglesa, a praxe, a jurisprudência e a doutrina são pacíficas no sentido de ser ela impeditiva somente de prisão civil, não tutelando "as prisões em razão da prática de crimes ou, pelo menos, em relação aos crimes mais graves, nem tampouco quanto às prisões preventivas ou prisão sem julgamento, por determinação do governo por motivo de segurança, nos termos da lei de defesa do país, podendo-se concluir que a instituição da imunidade teve fundamentalmente o objetivo de impedir a prisão por dívidas, freqüentes antigamente no direito inglês".[27] Desta forma, a imunidade formal inglesa transformou-se em "relíquia histórica", por ser um absurdo cultural-político para os ingleses "pensar-se na ocorrência de prisões por motivos odiosos de perseguição política, o que seria intolerável para o simples cidadão e, com maior razão, para qualquer representante com assento no Parlamento inglês".

Neste passo, a garantia pátria, consagrada constitucionalmente, difere de suas origens históricas, pela sua maior abrangência, pois a imunidade formal abrange prisão penal e a civil, impedindo sua decretação e execução em relação ao parlamentar, que não pode sofrer nenhum ato de privação de liberdade, exceto o flagrante de crime inafiançável. Assim, mesmo a prisão civil do parlamentar, nas hipóteses constitucionalmente permitidas do devedor de alimentos e do depositário infiel,[28] para compeli-lo à restituição dos objetos ou à satisfação dos alimentos, só poderá ser decretada com o consentimento da sua Casa Legislativa.

(27) PINTO FALCÃO, Alcino. *Da imunidade... op. cit.* p. 7-29.

(28) Constituição Federal de 05.10.1988:

Art. 5.º; inciso LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Em regra, portanto, o congressista não poderá sofrer qualquer tipo de prisão de natureza penal, seja provisória (prisão temporária, prisão em flagrante por crime afiançável, prisão preventiva, prisão por pronúncia, prisão por sentença condenatória recorrível), seja definitiva (prisão por sentença condenatória transitada em julgado), ou ainda, prisão de natureza civil.

Excepcionalmente, porém, o congressista poderá ser preso, no caso de flagrante por crime inafiançável. Nesta hipótese, a manutenção da prisão dependerá de autorização da Casa respectiva para formação de culpa, pelo voto secreto da maioria de seus membros (art. 53, § 3.º, CF).

6.3 Imunidade formal em relação ao processo

A) Conceito, forma e abrangência

A imunidade processual refere-se à impossibilidade de processar-se criminalmente o parlamentar, sem prévia licença de sua Casa, desde a expedição do diploma, ou seja, desde o início do *vinculum iuris* estabelecido entre os eleitores e os parlamentares, que equivale ao título de nomeação para o agente público.

Ressalte-se que o termo inicial da imunidade não está relacionado à posse, mas sim à diplomação, pois é neste momento que se tem a "presunção de ter sido validamente eleito o representante e desde aí a Constituição o protege, vedando sua prisão.

A licença é a autorização que a casa legislativa (Câmara ou Senado Federal) concede para que possa ser iniciado ou prosseguir processo criminal em face do congressista. O pedido de licença será encaminhado à Casa Legislativa respectiva pelo Supremo Tribunal Federal, após o oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público, para a apreciação política do pedido de licença.

A solicitação de licença para instauração do processo criminal exige-se tanto nas hipóteses de ação penal pública, condicionada ou incondicionada, como de ação penal privada.

No tocante, porém, aos procedimentos administrativos de investigação policial, o Supremo Tribunal Federal já pacificou que a garantia da imunidade parlamentar em sentido formal não impede a instauração de inquérito policial contra congressista, que está sujeito, em conseqüência, e independentemente de qualquer licença, aos atos de investigação criminal promovidos pela Polícia Judiciária, desde que essas medidas pré-processuais de persecução penal sejam adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante órgão judiciário competente, qual seja, o próprio Pretório Excelso.[29]

Assim, a necessidade de licença não impede o inquérito policial, nem tampouco o oferecimento da denúncia, porém, apenas impede o seu recebimento, que é o primeiro ato de prosseguimento praticado pelo magistrado.[30]

Damásio E. de Jesus, no mesmo sentido, ensina não estar a autoridade policial inibida de proceder ao inquérito, mesmo que não se trate de flagrante.

Assim, mesmo nos inquéritos policiais instaurados contra parlamentares inexistirá o contraditório, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado,[31] constituindo-se

(29) Rcl 511-PB, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 15.02.1995.

(30) *Diário da Justiça*, rel. Min. Celso de Mello Filho, p. 9.223, 10.04.1995, e ainda, Alcino Falcão, *Da imunidade parlamentar, op. cit.*, p. 47 e 110/111.

(31) STF – *RTJ* 143/306, RE 136.239-SP, 1.ª Turma, rel. Min. Celso de Mello.

em mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do Ministério Público.

Desta forma, a investigação policial não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório,[32] eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever de observância ao postulado da bilateralidade e da instrução criminal contraditória.

Assim, não cabe o amplo contraditório em nome do direito de defesa no inquérito policial, que é apenas um levantamento de indícios que poderão instruir ou não denúncia formal que poderá ser recebida ou não pelo Juiz,[33] tornando desnecessária, portanto, a licença da Casa Legislativa.

Terminadas as investigações, desde que as medidas pré-processuais de persecução penal tenham sido adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante o próprio Pretório Excelso, o relator abrirá vistas ao Procurador-Geral da República,[34] nos casos de ação penal pública, para que ofereça denúncia, se caso for, em quinze dias, ou se o indiciado estiver preso, em cinco dias. No caso de tratar-se de ação penal de iniciativa privada, o relator determinará seja aguardada a iniciativa do ofendido ou de quem por lei esteja autorizado a oferecer a queixa.[35] Após o oferecimento da denúncia ou queixa-crime, o relator solicitará licença da Casa respectiva para iniciar o processo.

Em conclusão, quem solicitará licença para iniciar o processo contra parlamentar, é o próprio Supremo Tribunal Federal, por tratar-se o recebimento da denúncia do primeiro ato jurisdicional.

Raul Machado Horta, porém, analisando a questão relembra que "as preliminares de incompetência do Ministério Público, em geral, e do Procurador-Geral da Justiça Militar, em particular, para solicitar diretamente à Câmara licença para processar Deputado, foram rejeitadas, na Comissão de Constituição e Justiça, por quinze contra dez e por dezesseis contra nove votos, respectivamente. A votação majoritária, no seio da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, passou a admitir o pedido de licença emanado do Ministério Público. Não se contesta a competência da autoridade policial, no caso de flagrante de crime inafiançável, que decorre de expressa autorização constitucional (art. 45, § 1.º, da Constituição Federal). O Deputado Pedro Aleixo, tendo em vista precedentes parlamentares e fundamentos extraídos do sistema jurídico brasileiro, no parecer já citado, sustentou que a Câmara não deve deixar de conhecer pedido para processar congressista quando formulado: a) pelo Ministério Público, nos crimes de ação pública; b) pelo ofendido ou por quem tenha qualidade para representá-lo ou sucedê-lo, na ação privada; c) pela autoridade policial, no caso de prisão em flagrante por crime inafiançável; d) por qualquer órgão do Poder Judiciário, competente para o processo ou para o prosseguimento deste".[36]

No tocante à abrangência da imunidade formal, independem de licença quaisquer processos ou medidas de natureza cível,[37] administrativa ou disciplinar, com

(32) *RT* 522/396.

(33) STJ, 5.ª Turma, rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* de 24.10.1994, p. 28.768; STJ, 6.ª Turma, rel. Min. Pedro Acioli, *DJU* de 18.04.1994, p. 8.525; STJ, rel. Min. Anselmo Santiado, *DJU* de 05.06.1995, p. 16.688.

(34) RISTF, art. 231.

(35) RISTF, art. 232.

(36) MACHADO HORTA, Raul. *Estudos de... op. cit.* p. 607-608.

(37) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, AgIn 266.858-1, Guarujá, 6.ª Câmara Civil, rel. Desembargador P. Costa Manso, v.u., 30.11.1995, *JTJ* 177/172.

uma única restrição de que, se em algum desses procedimentos for ordenada a prisão do parlamentar, esta dependerá de licença.

A licença, igualmente, faz-se necessária para o prosseguimento de processo criminal, nas hipótese em que, ao tempo de sua investidura, o parlamentar já estivesse sendo processado, em qualquer juízo ou Tribunal. Nesta hipótese, a competência alterar-se-á para o Supremo Tribunal Federal que solicitará a necessária licença para poder prosseguir com o processo penal.

Por fim, saliente-se que a imunidade formal refere-se a todas as espécies de infração penal praticadas pelo parlamentar, seja em relação à prisão, seja em relação ao processo, devendo ser assegurada qualquer que seja a circunstância em que tenha sido praticado o fato criminoso.[38]

B) Deliberação da Casa Legislativa

A deliberação sobre o pedido de licença é exaustivamente explicada por Pinto Ferreira, que disserta sobre a questão apontando duas correntes doutrinárias e posicionando-se pela segunda. Citando Barthélemy, em seu *Tratado de direito constitucional* (Paris, 1933, p. 570), afirma que o mesmo adverte como norma orientadora esta idéia: "O princípio é de que o parlamentar não deve ser privado de sua função no curso da sessão", e prossegue dizendo que "diante do pedido de licença para processar criminalmente o deputado, a Câmara pode decidir de duas maneiras, agindo sempre como um verdadeiro tribunal, com liberdade plena, ora concedendo a licença, ora negando-a. Barthélemy salienta a respeito a existência de duas tendências. Para a primeira delas, a presunção é de que a autorização deve ser concedida, desde que não haja motivo grave para recusá-la. Protege-se então o deputado, mas não o homem responsabilizado pela justiça. Entretanto, adverte ele, esta doutrina não tem nenhum fundamento nem no espírito das Constituições, nem na prática das Assembléias. A segunda orientação radica-se mais profundamente na doutrina da democracia. Para ela, a autorização deve ser negada, desde que não haja motivo grave para concedê-la. Esta doutrina parece evidentemente a mais correta. Deve-se geralmente negar para o processo. O deputado ou o senador sempre se vêem envolvidos em lutas contra o Executivo, especialmente nos países de Executivo hipertrofiado, como na América Latina e no Brasil. Só excepcionalmente a licença deve ser concedida. Barthélemy salienta, aliás, os casos mais importantes em que deva ser concedida tal licença; quando se trata de imputação grave dirigida contra o parlamentar e envolvendo a sua autoridade moral; no caso de crime infamante desfavorável ao decoro da Câmara; ou quando o assunto provoca uma emoção profunda no País, exigindo uma rápida repressão. Hauriou também assim opina em seus *Princípios de direito constitucional*. "É interesse saber qual a jurisprudência parlamentar em matéria de autorização e processo, se a autorização e processo, se a autorização deve ser concedida facilmente ou dificilmente. De fato, de acordo com as tradições parlamentares, ela é dificilmente concedida; a presunção é de que a autorização deve ser negada, a menos que existam motivos graves para concedê-la". Laferrière também assim ajuíza: "Para que a Câmara autorize não é suficiente que o processo seja inspirado pela intriga ou pela pressão: é preciso que existam motivos positivos e precisos para não retardá-la, por exemplo, se a imputação envolve gravemente a honorabilidade do parlamentar contra que é dirigida, ou se o interesse público exige que o esclare-

(38) STJ, HC 1.664-5-SP, 5.ª Turma, v.u.; rel. Min. Assis Toledo; j. 03.03.1993.

cimento seja prontamente feito sobre uma matéria que suscita a emoção da opinião ou que interessa à ordem pública".

Por fim, o citado constitucionalista pernambucano conclui, que "destarte, diante do pedido de licença para processar um deputado, a regra é negá-la, exceto com a ocorrência de motivo grave. É um meio de defesa das Câmaras contra os acidentes do caudilhismo ou da ditadura. Os representantes do povo devem ser protegidos contra tais acidentes, de acordo com os princípios da Constituição", pois a finalidade da norma é tornar plenamente exercitável a função parlamentar, de representar politicamente os interesses do povo.

A decisão legislativa para a concessão ou não da licença, não está pois, submetida a regras rígidas e pré-constituídas, pois o critério não é jurídico-normativo, mas sim movido por razões políticas de conveniência e discricionariedade.

C) Prazo da deliberação e prescrição

A Constituição Federal não prevê prazo para deliberação sobre a licença, podendo a Casa Legislativa negá-la ou concedê-la imediatamente, ou ainda, protelar a discussão indefinidamente. Porém, prevê que o indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato (art. 53, § 2.º).

Assim, negada a licença pela Casa Legislativa respectiva, ou ainda, tendo a mesma se omitido de deliberar sobre o pedido, seja por discricionariedade política, seja por entender que as provas apresentadas são insuficientes para embasar uma ação penal contra o congressista, o Supremo Tribunal Federal não poderá receber a denúncia ou queixa-crime, porém, conseqüentemente, a prescrição será suspensa, enquanto durar o mandato.

O Supremo Tribunal Federal disciplina o termo inicial da suspensão da prescrição, afirmando que a suspensão da prescrição da pretensão punitiva contra o parlamentar, determinada pelo art. 53, § 2.º, da Constituição, para as hipóteses de indeferimento da licença para o processo ou de ausência de deliberação a respeito, não tem o caráter de sanção, mas sim, resulta unicamente, pela própria natureza do instituto, do conseqüente empecilho ao exercício da jurisdição, que se manifesta desde quando se faça necessário paralisar o procedimento e aguardar a deliberação do Parlamento ou, no caso de deliberação negativa, o término, com o fim do mandato, da imunidade processual do acusado. Conseqüentemente, o termo inicial da suspensão da prescrição é o momento em que, reconhecendo-a necessária, o Relator determina a solicitação da licença com o conseqüente sobrestamento do feito.[39]

D) Não concessão ou ausência de deliberação da Casa Legislativa sobre o pedido de licença e concurso de agentes. Desmembramento

Na hipótese de concurso de agentes, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido de autorizar a separação do processo penal condenatório, com fulcro no art. 80 do Código de Processo Penal, sempre que, havendo diversos denunciados, e sendo um deles parlamentar, a Casa Legislativa a que este pertence deixar de conceder autorização ou abstiver-se de qualquer deliberação sobre o pedido de licença, impedindo, desse modo, com sensível prejuízo ao interesse da Justiça e à apuração da verdade real, o regular prosseguimento da *persecutio criminis*. A separação do processo, ordenada em razão da existência de motivo relevante, permitirá que a ação penal tenha curso,

(39) *RTJ* 148/689.

perante órgão judiciário competente, contra aqueles que não possuem a garantia da imunidade parlamentar e nem dispõem, *ratione muneris*, da prerrogativa de foro perante o Pretório Excelso.[40]

O procedimento penal condenatório instaurado contra membro do Congresso Nacional permanece suspenso no âmbito do Supremo Tribunal Federal, enquanto não concedida a licença necessária ao prosseguimento da *persecutio criminis*, ressalvadas as hipóteses de autorização superveniente outorgada pela instituição parlamentar ou de cessação, por qualquer motivo, da investidura do denunciado no exercício do mandato legislativo.[41]

No mesmo sentido, julgamento do Supremo Tribunal Federal, onde se afirma que "é de registrar que esse entendimento reflete a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal na matéria ora em análise: "A ausência de deliberação sobre o pedido de licença e a sujeição dos co-denunciados, que não possuem mandato legislativo, ao regime ordinário de prescrição penal justificam, com fundamento no art. 80 do Código de Processo Penal, a separação da *persecutio criminis*, a fim de que a ação penal venha a prosseguir, perante órgão judiciário competente de primeira instância, contra aqueles que não dispõem do benefício da imunidade parlamentar e nem gozam da prerrogativa de foro perante qualquer Tribunal" (Inq. 242, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 27.10.1994). A providência ora determina – além de prestigiada pela doutrina (Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, p. 166/187, § 205, 1965, Borsoi; Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, p. 95, 10. ed., 1993, Saraiva; Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, v. 2/172, 11. ed., 1989, Saraiva) e autorizada pela jurisprudência desta Suprema Corte (Inq. 212, rel. Min. Sydney Sanches, *RTJ* 135/872; Inq. 242-DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 27.10.1994; Inq. 542, rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 17.02.1993; Inq. 559, rel. Min. Octavio Gallotti, *DJU* de 19.02.1993) – decorre da necessidade de não frustrar a aplicação da lei penal, de impedir que se consume a prescrição da pretensão punitiva do Estado em face do co-réu e de não procrastinar o julgamento definitivo desta causa".[42]

E) Extensão da imunidade formal

Importante observar que a imunidade formal possui extensão temporal, ou seja, tem eficácia temporal limitada, protegendo os parlamentares somente durante o exercício atual e efetivo do mandato.

Historicamente, "A Carta Imperial de 1824 determinava em seu art. 27 a imunidade do deputado ou do senador "durante a sua deputação", ou segundo Pimenta Bueno, "desde que ele é eleito" e "pelo tempo que perdura o mandato". Como termo *ad quem*, a CF de 1891 determinou o da "nova eleição"; a de 1934, a diplomação de novos eleitos; a de 1946, a "inauguração da legislatura seguinte", o que foi repetido pelo texto de 1967".

A Carta Magna atual fixou como termo *a quo* da imunidade processual a expedição do diplomata (art. 53, § 1.º), que comprova a eleição, não fixando, porém, termo *ad quem*. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que os ex-congressistas, por não mais exer-

(40) Precedentes: Inq. 212, rel. Min. Sydney Sanches; Inq. 559, rel. Min. Octavio Gallotti; Inq. 242, rel. Min. Celso de Mello, *v.g.*.

(41) Inq. 736-6-MS, questão de ordem, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 13.10.1993, p. 34.248/34.249

(42) Questão de Ordem do Inquérito 961-0-SP, rel. Min. Celso de Mello *DJ* de 20.09.1995, p. 30.266-30.267

cerem seus mandatos, e conseqüentemente, inexistir os fundamentos de validade das imunidades, delas estão excluídos, concluindo-se, que seu termo final será o início da próxima legislatura.[43]

Igualmente de grande importância, o fato das imunidades dos parlamentares permanecerem durante o estado de sítio e estado de defesa. A regra é a manutenção, porém, excepcionalmente e somente no caso de *estado de sítio*, as imunidades poderão ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do Congresso, que sejam incompatíveis com a execução da medida.[44]

7. Irrenunciabilidade das imunidades

As prerrogativas parlamentares protegem exclusivamente um bem público, a Instituição, e como tais, não são suscetíveis de renúncia. Assim, os congressistas são beneficiários das prerrogativas, porém, não podem renunciar às mesmas, que visam o funcionamento livre e independente do próprio Poder Legislativo.

No mesmo sentido, afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho terem as imunidades por finalidade assegurar ampla liberdade de ação aos parlamentares, para o exercício do mandato, logo visam o interesse público, do que resulta não serem renunciáveis por aqueles que são por elas escudados.

8. Imunidades e Parlamentar licenciado para exercício de cargo executivo (Ministro de Estado, Secretário de Estado)

Questão importante sobre imunidades parlamentares refere-se ao fato do parlamentar que se licencia do exercício de seu mandato, para exercer cargo no Executivo, permanecer ou não no gozo das mesmas.

Deve-se ter em conta, para a análise da questão, a finalidade constitucional das imunidades parlamentares, historicamente vinculadas à proteção do Poder Legislativo e ao exercício independente do mandato representativo.

Desta forma, os parlamentares estão submetidos às mesmas leis que todos os cidadãos, responsabilizando-se por suas condutas delituosas. Porém, como já analisado no capítulo inicial, no interesse público, convém que eles não sejam afastados, importunados ou mesmo subtraídos de suas funções por processos judiciais arbitrários ou vexatórios, emanados seja de um adversário político, seja de um governo desejoso de desembaraçar-se de um opositor perigoso, devendo as imunidades formais protegê-los contra os processos judiciais, mal fundados ou intempestivos, que somente seriam inspirados por sentimentos de perseguição política.

Afastando-se, voluntariamente, do exercício do mandato, para ocupar cargo no Poder Executivo, o parlamentar não leva a prerrogativa conferida ao Poder Legislativo e, por via reflexa, a seus membros, no desempenho das funções específicas. Nem seria possível entender que, na condição de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, continuasse inviolável, por suas opiniões, palavras e votos, ou com a isenção de ser preso ou processado criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, de modo diverso, assim do que sucede com os altos dignatários do Poder Executivo, que veio integrar, deixando de exercer a função legislativa.[45]

(43) *RTJ* 107/911-2

(44) Art. 53, § 7.°, CF.

(45) STF, Inq. 105-DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Néri da Silveira; *RTJ* 99/487-491; no mesmo sentido o Inq. 104-0-RS, *DJ* de 08.09.1981, p. 8.605, onde se decidiu que

Michel Temer afirma que o parlamentar licenciado não está acobertado pelas imunidades, apontando que "o Supremo Tribunal Federal decidiu que o licenciado não está no exercício do mandato e, por isso, dispensa-se a licença aqui referida. Parece-nos que o art. 56 da CF responde essa indagação ao prescrever que: não perderá o mandato o deputado ou senador investido na função de Ministro de Estado, Governador do Território, Secretário de Estado etc. "Não perderá o mandato". Significa: quando cessarem suas funções executivas, o parlamentar, que não perdeu o mandato, pode voltar a exercê-lo. O que demonstra que, enquanto afastado, não se encontra no exercício do mandato. Este sim, coberto pela imunidade. O preceito do art. 56 teve o efeito de fixar que o afastamento temporário não importa a cessação do mandato, senão que interrupção de exercício. Harmoniza-se com a prescrição da impossibilidade de exercício simultâneo de funções em Poderes diversos".

Da mesma forma, inclusive trazendo a colação posição atual do Pretório Excelso, Pinto Ferreira posiciona-se no sentido de que, "o congressista nomeado ministro perde as imunidades parlamentares. A princípio o STF, pela Súmula 4, julgava que o parlamentar nomeado Ministro de Estado usufruía de imunidade, porém reformulou tal entendimento, no sentido de que ele, quando investido das referidas funções executivas, não fica protegido pelas imunidades, que garantem o exercício do mandato parlamentar. Conforme o entendimento do STF, o deputado que exerce a função de Ministro de Estado não perde o mandato, porém não pode invocar a prerrogativa da imunidade, material ou processual, pelo cometimento de crime no exercício da nova função (*RTJ* 99/477 e 487)".

> "O deputado que exerce a função de Ministro de Estado não perde o mandato, porém não pode invocar a prerrogativa da imunidade, material e processual, pelo cometimento de crime no exercício da nova função". Cancelando-se expressamente, na forma do art. 102, do RISTF, a Súm. 04.

9. Conclusão

Uma das questões mais apaixonantes e importantes da história da democracia resume-se em uma pergunta: Qual o melhor governo, o das leis ou dos homens?

Defendendo o primado da lei, Platão afirmou: "chamei aqui de servidores das leis aqueles que ordinariamente são chamados de governantes, não por amor a novas denominações, mas porque sustento que desta qualidade dependa sobretudo a salvação ou a ruína da cidade. De fato, onde a lei está submetida aos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade; onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades".[46]

A defesa da legalidade também foi realizada por Aristóteles: "é mais útil ser governado pelo melhor dos homens ou pelas leis melhores? Os que apóiam o poder régio asseveram que as leis apenas podem fornecer prescrições gerais e não provêm aos casos que pouco a pouco se apresentam, assim como em qualquer arte seria ingênuo regular-se conforme normas escritas... Todavia, aos governantes é necessária também a lei que fornece prescrições universais, pois melhor é o elemento que não pode estar submetido a paixões que o elemento em que as paixões são conaturais. Ora, a lei não tem paixões, que ao contrário se

(46) PLATÃO, *Leis*, 715d.

encontram necessariamente em cada alma humana".[47]

Assim, a supremacia da legalidade sobre o governo de homens, traz no dizer de Norberto Bobbio "duas coisas diversas embora coligadas: além do governo *sub lege*, que é o considerado até aqui, também o governo *per leges*, isto é, mediante leis, ou melhor, através da emanação (se não exclusiva, ao menos predominante) de normas gerais e abstratas. Uma coisa é o governo exercer o poder segundo leis preestabelecidas, outra coisa é exercê-lo mediante leis, isto é, não mediante ordens individuais e concretas. As duas exigências não se superpõem: num estado de direito o juiz, quando emite uma sentença que é uma ordem individual e concreta, exerce o poder *sub lege* mas não *per leges*; ao contrário, o primeiro legislador, o legislador constituinte, exerce o poder não *sub lege* (salvo ao pressupor, como faz Kelsen, uma norma fundamental), mas *per leges* no momento mesmo em que emana uma constituição escrita. Na formação do estado moderno a doutrina do constitucionalismo, na qual se resume toda forma de governo *sub lege*, procede no mesmo passo que a doutrina do primado da lei como fonte de direito, entendida a lei, por um lado, como expressão máxima da vontade do soberano (seja ele o princípe ou o povo), em oposição ao consueto; por outro lado, como norma geral e abstrata, em oposição às ordens dadas uma por vez. Que sejam considerados os três maiores filósofos cujas teorias acompanham a formação do estado moderno, Hobbes, Rousseau e Hegel: pode-se duvidar que eles devam ser incluídos entre os fautores do governo da lei, mas certamente todos os três são defensores do primado da lei como fonte do direito, como instrumento principal de dominação e enquanto tal prerrogativa máxima do poder soberano".[48]

Ora, sendo a lei "fonte do direito", "instrumento principal de dominação" e "prerrogativa máxima do poder soberano", indiscutível a necessidade de prever-se a existência de um órgão estatal para sua realização.

Órgão este independente e autônomo, a fim de realizar seu mister sem ingerências indevidas de outros órgãos estatais. Para tanto, consagrou-se a separação das funções do Estado mediante critérios funcionais.

A divisão segundo o critério funcional é a célebre "separação de poderes", que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam: legislação, administração e jurisdição.

Estas três funções devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade.

Essa classificação foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na já citada obra *Política*, onde eram repartidas as funções do Estado em deliberante (consistente na tomada das decisões fundamentais), executiva (consistente na aplicação pelos magistrados dessas decisões) e judiciária (consistente em fazer Justiça).

Posteriormente, esta teoria foi detalhada por John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que também reconheceu três funções distintas: a legislativa (consistente em decidir como a força pública há de ser empregada), a executiva (consistente em aplicar essa força no plano interno, para assegurar a ordem e o direito) e a federativa (consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças).

(47) ARISTÓTELES, *Política*, 1286a.

(48) BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia – Uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra Política, 1986, p. 158.

Porém, a grande repercussão da teoria esboçada por Aristóteles e detalhada por Locke deu-se com a obra de Montesquieu, *O espírito das Leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas entre Executivo, Legislativo e Judiciário.

A separação dos Poderes tornou-se princípio fundamental da organização política liberal, transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Cabendo, portanto, ao Poder Legislativo a função legiferante, necessário se torna a previsão de diversas garantias para o bom e livre funcionamento do parlamento e fiel execução das tarefas por parte dos legisladores.

Rousseau afirmava que "o legislador é, sob todos os pontos de vista, um homem extraordinário no Estado. Se o é pelo seu talento, não o é menos pelo seu cargo. Não é este de magistratura, nem de soberania. Este cargo, que constitui a República, não entra em sua constituição: é uma função particular e superior, que nada tem de comum com o império humano, porque se aquele que manda nos homens não deve dominar sobre as leis, aquele que domina as leis, tampouco deve mandar nos homens. Do contrário, com as leis do tirano, ministro de suas paixões, não farão, muitas vezes, senão perpetuar suas injustiças e nunca poderão evitar que opiniões particulares alterem o saneamento de sua obra".[49]

Para o exercício de tão importante função, os diversos ordenamentos jurídicos consagram regras sobre imunidades parlamentares, ora menos abrangentes, ora mais abrangentes, mas sempre visando de forma imediata a defesa do parlamento e mediatamente a manutenção do primado da legalidade e da própria existência e sobrevivência da democracia.

(49) ROUSSEAU, Jean-Jacques, *O Contrato Social*, cap. VII.

3. DOUTRINA NACIONAL

AS *QUAESTIONES PERPETUAE*

LEÔNIDAS RIBEIRO SCHOLZ

SUMÁRIO: I. Introdução – Antecedentes históricos – II. O surgimento e a evolução das *quaestiones perpetuae* – definição e particularidades – III. O procedimento das *quaestiones* – IV. A decadência das *quaestiones* – V. Bibliografia.

"A história do direito é muitas vezes tratada com um condescendente desdém por aqueles que entendem ocupar-se apenas do direito positivo. Os juristas que se interessam por ela, quase sempre à custa de investigações muito longas e muito laboriosas, são freqüentemente acusados de pedantismo... Uma apreciação deste gênero não beneficia aqueles que a formulam. Quanto mais avançamos no direito, mais constatamos que a História, muito mais do que a Lógica ou a Teoria, é a única capaz de explicar o que as nossas instituições são e porque é que são as que existem."[1]

I. Introdução – Antecedentes históricos

Desde a fundação de Roma, fato cuja ocorrência remontaria a 753 a.C.,[2] até o surgimento da primeira *quaestio*, inúmeras, a par de significativas, foram as modificações que, experimentadas pelo direito romano em geral, de modo especial marcaram a gênese e o desenvolvimento do direito penal, material e processual.

Nos primeiros tempos de Roma e por certo "... nos consórcios gentilícios que lhe antecederam",[3] revestia-se a pena de caráter sacral. Cuidava-se de "expiação da falta praticada contra a comunidade religiosa e meio de aplacar a ira dos deuses. Os reis são sacerdotes, com amplo poder de vida e de morte sobre os autores de crimes, estando o direito (*jus*) e a religião (*fas*) confundidos. O transgressor é considerado execrável ou maldito (*sacer esto*), sujeito à vingança dos deuses ou de qualquer pessoa, que poderia matá-lo impunemente..."[4]

Essa sinonímia entre direito e religião perdura ao longo de todo período régio da história de Roma. Como, a propósito, pontualmente assinala Von Lizt, "realmente no faltan numerosas y positivas huellas de una anterior constitución sagrada del Derecho penal, que se nos presente en la expiatio y execratio capilis, con la consecratio bonorum, como expulsión del reo de la comunidad religiosa y como reconciliación de la Divindad con el pecador arrependido. Así, en la sevicia paterna, en el fraus, el las

(1) GILISSEM, John. "Introdução histórica ao direito", tradução de A.M. Espanha e L.M. Macaísta Malheiros, 2. ed. Lisboa, Portugal : Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 13.

(2) Consoante noticia, entre outros, Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal, parte geral*, p. 26.

(3) FRAGOSO, Heleno C., obra e página anteriormente citadas.

(4) Idem supra.

relaciones entre patrono y clientes, en la alteración de límites, en la omisión de la operación cesárea, el la muerte del buey que se destina al trabajo, y más tarde, em la lesión de las leges sacratae y de las personas sagradas. También en holocausto, em el homicidio fortuito, era sagrado."[5]

Entretanto – e já agora na esteira do sempre elucidativo magistério de Anibal Bruno –, "... os romanos foram um dos raros povos antigos que cedo libertaram o Direito do domínio religioso, *distinguindo* nitidamente na doutrina e na prática o jurídico do sacral."[6]

Com efeito, "com la cayda de los reyes (509 a.C.) y la instauración de la República, el derecho penal pierde aun más el carácter expiatorio, especialmente porque en la Constitución republicana el culto es separado del gobierno, y aquél entra netamente en la tercera fase, caracterizada por la lucha del poder publico para limitar primero, y para prohibir del todo luego, la venganza privada y reservarse para sí mismo la exclusividad de la represión de los delitos."[7]

Sobrevém, então, no primeiro período da República, a Lei das XII Tábuas, diploma que abriga, entre outras, normas de direito penal, que "... se caracterizan pelo hecho de que ellas contienem una precisa determinación de los delitos privados, de lo qual se deduce que no se admite, fuera de estos casos, la venganza privada. Además, se afirma el principio del talión, lo que significa también que la venganza privada, no contenida dentro de suas límites, es ilícita. Y en fin, es regulada la institución de la composición como medio para evitar la venganza privada, la que por consiguiente presente un carácter subsidiario."[8]

Frisante diferença havia, porém, no âmbito do direito punitivo, entre ilícitos públicos e privados. Integrantes do gênero *reatus*, dividiam-se, respectivamente, em *crimen* e *delictum*.

Mas o critério fundamental da distinção encerrava cunho nitidamente *processual*, vinculando-se muito mais ao caráter público ou privado da persecução do que ao fato ilícito propriamente dito e considerado.

Em laborioso estudo sobre o processo penal romano, Rogério Lauria Tucci com acuidade preleciona, a propósito, que "*Crimen*, a seu turno, originariamente tinha significado muito restrito, por dois motivos, pelo menos: antes de mais nada, porque o fato ilícito, em si mesmo considerado, indicava a ilicitude enquanto objeto de persecução pública, referindo-se, portanto, mais, propriamente, ao *processo*, do que ao *reatus*; e, outrossim, por particularizar-se aos casos em que a acusação era pública..."

"*Delictum*, por outro lado, era designação própria dos *delitos privados*, especialmente no período clássico; se bem que, como explica Brasiello, e antes asseveramos, os verdadeiros e próprios *delicta* tenham sido aqueles do *ius civile*, do antigo direito quiritário, a saber: o *furtum*, consistente não só na subtração da coisa móvel, mas em toda *contrectatio*, que não pressupunha, necessariamente, o respectivo desvio; a *rapina*, equivalente ao furto praticado com violência – *hominibus armatis coactisve*; a *iniuria*, abrangente da ofensa de qualquer natureza, física ou moral, feita a uma pessoa, contra o direito, e contemplando, por conseguinte, a *contumelia, os membri ruptio, ossis fractio, adtemptata pudicitia* etc.; e o *damnum iniuria datum*, reprimido pela *lex Aquilia*, que se limitou, inicialmente,

(5) *Tratado de Derecho Penal*, t. I, p. 79.

(6) *Direito penal, parte geral*, t. I, p. 80.

(7) GRISPIGNI, *Derecho penal italiano*, v. I, p. 94.

(8) Idem supra.

ao dano causado a escravos e animais, e de no direto – *corpore corpori.*"[9]

Nessa perspectiva e "... sendo certo que a repressão penal se consubstanciava na imposição de uma pena, foi justamente pelo caráter desta, – como explica Bonfante, – que se diferençaram, na época histórica, o *Direito Penal Público* e o *Direito Penal Privado*: em conformidade com a diversificação estabelecida entre o ato ilícito punido com *pena pública* e aquele sancionado com *pena privada*, distinguiram os romanos os *crimina* dos *delicta*, tendo apenas aqueles como *delitos públicos*, vale dizer, constitutivos do verdadeiro e próprio Direito Penal."[10]

E, inicialmente, apenas dois eram os *delitos públicos*: "o *perduellio*, fato contra a existência e a segurança da cidade, e o *parricidium*, primitivamente a morte dada a um *pater*..."[11]

Em verdade, apenas um *arremedo* de direito penal. Como bem sublinha o professor Rogério Lauria Tucci, "... o direito penal permaneceu *sem* maior consistência e autonomia por muito tempo, pelo menos até quando, à época do direito clássico, dos momentos finais da República..., só então é que se constituiu um verdadeiro Direito Penal, aliás definitivamente assentado durante o Principado, e em razão, sobretudo, das várias leis *Corneliae* e *Iuliae*, de Silla, Cesar e Augusto, que completaram, "com vasta reformam a obra iniciada por uma série de leis editadas nos últimos tempos da República, a partir de Gracco, e fizeram-se o alicerce da elaboração jurisprudencial referente aos princípios fundamentais do direito penal e, bem assim, aos diversos tipos criminosos."[12]

Exsurgia, assim, o denominado "Direito Penal Público Legítimo", "... lastreado nas leis especiais, principalmente *Corneliae* e *Iuliae*, que, durante a crise da República e a origem do Principado, regularam as *quaestiones*, pelas quais, como veremos melhor adiante, se exteriorizavam os *iudicia publica legitima*, adequados ao processamento dos autores de *crimina*, aos quais se infligiam penas públicas..."[13]

II. O surgimento e a sucessão das *quaestiones perpetuae* – definição e particularidades

Vivia-se em Roma, ao tempo do que se convencionou chamar de crise da República, um cotidiano de freqüentes abusos dos governadores das províncias, que até então detinham a "jurisdição criminal" – seja, diretamente, no período da *inquisitio*; seja, indiretamente, à época das Assembléias do Povo – , visto atrelar-se ao exclusivo alvedrio dos magistrados provinciais a instauração ou não do procedimento penal.

Esse, em apertada síntese, o quadro político inspirador do nascimento das *quaestiones*. Tanto que a primeira, denominada *Quaestio Repetundarum*, instituiu-a a *lex Calpurnia*, em 149 a.C., *exatamente* para conhecer e julgar, em procedimento análogo ao alusivo às causas privadas, os casos de concussão de magistrados provinciais – *crimen repetundaum ou pecuniae repetundae.*

Oportuna, neste passo, a sugestiva observação de Von Liszt, para quem, de fato, "... precisamente en esta cualidad, *eminentemente politica*, debió encontrar el Derecho penal romano la fuente de su renacimiento. Hacia el año 605 de Roma entrava el la vida una innovación, al principio imperceptible, pero de graves

(9) *Lineamentos do processo penal romano*, p. 19-21.

(10) *Id.* supra, p. 22.

(11) BRUNO, Aníbal. *Op. cit.*, p. 80.

(12) Obra anteriormente citada, p. 53-54.

(13) *Id.* supra, p. 55.

consecuencias. Por quejas de las provincias contra los gobernadores, sobre restitución de las *repetunda*, había juzgado hasta el presente la justicia senatorial de los *recuperatores*. En relación con la *lex Calpurnia de repetundis* una Comisión permanente del Senado, bajo la presidencia de su pretor, estableció la primera *quaestio perpetua* para resolución de este caso."[14]

Por igual precisa e esclarecedora, outrossim, a lição de Bernardo Santalucia: "Il movimento di riforma che dovena condurre all'instaurazione del nuovo sistema delle *quaestiones perpetuae* prese le mosse dalla repressione delle *repetundae*, cioè delle illecite appropriazioni ed estorsioni poste in essere da magistrati romani a danno di popolazioni alleate o sottoposte al dominio di storsioni poste in essere da magistrati romani a danno di popolazioni alleate o sottoposte al dominio di Roma. Per la persecuzione di tali abusi non esisteva in origine una via legale ben definita. Talvolta il senato istituiva un collegio di *recuperatores*, formato di senatori a cui era attribuito il compito di accertare i fatti e di condannare alla restituzione del maltolto; altre volte, in caso di violazioni talmente gravi da destare risonanza nell'opinione pubblica, si preferiva ricorrere a un processo penale promosso dai tribuni della plebe dinanzi alle assemblee tribute; in altre occasioni, infine, il popolo instituiva, mediante plebiscito, una corte speciale giudicante *extra ordinen*. Questa situazione si protrasse fino il 149 a.C., quando il tribuno della plebe L. Calpurnio Pisone Frugi fece approvare una lege (*lex Calpurnia de repetundis*) in forza della quale le accuse di estorsione mosse contro i magistrati romani dovevano essere portate dinanzi a una corte di giustizia permanente presieduta dal *praetor peregrinus* e formata di giurati di rango senatorio..."[15]

Seja lá como tenha sido, o certo é que à implantação das *quaestiones* deve-se *não* apenas a limitação do arbítrio dos cônsules e dos comícios, *mas também* o surgimento da autêntica jurisdição penal. Deve-se a elas, mais ainda, a precursora, ainda que rudimentar, tipificação penal.

É que a mesma *lex* que instituía a *quaestio, definia* o crime que lhe caberia julgar e a pena a ser infligida. Nascia, então – é relevante enfatizar –, o embrião do hoje tão precioso e impostergável princípio da reserva legal.

Consistia a *quaestio* em "...uma comissão de investigação, que culminava com o *iudicium publicum legitimum*. Tratava-se, na verdade, de um corpo de jurados, formado por, somente, cinqüenta cidadãos, – traduzindo, portanto, a vantagem de tornar-se dispensável a convocação de todo o povo, como anteriormente se fazia, – e denominava-se assim – *quaestio* – por exprimir esta palavra a atividade de *quaerere*, ou seja, de indagação para conseqüente declaração...

"Compunha-se de um presidente (*"praetor vel quaesitor"*) e de jurados (*"iudices iurati"*), incumbindo ao magistrado examinar, preliminarmente, a acusação, decidir sobre a competência, receber o juramento das partes, escolher os jurados, presidir as discussões e fazer executar a sentença. Os jurados, a seu turno, que eram cidadãos, *"ex lege candum adhibit"*, escolhidos, primeiramente, entre os senadores; ao depois, por virtude da *lex Sempronia*, proposta por Caio Gracco (122 a.C.), também entre os cavaleiros, e, afinal, com a *lex Aurelia* (70 a.C.), ainda entre os *tribuni aeralii*,

(14) *Op. cit.*, p. 81.

(15) "Processo penale – diritto romano", *in*: *Enciclopedia del dirritto*, n. XXXVI, processo – progressione, p. 338.

– dividiam-se em decúrias, cada uma de mil, e seus nomes, colocados numa urna, eram sorteados (o sistema da *sortitio*, com o tempo, substituiu o da *editio*, anteriormente adotado), podendo, então, serem recusados, pelos interessados, aqueles que não os satisfizessem."[16]

No sistema das *quaestiones* – que se converteram, "... com o tempo, – extraordinárias que eram, de início, – em permanentes, fazendo por justificar, assim, a designação que passaram a ostentar, de *quaestiones perpetuae*"[17] –, a todo *crimem* correspondia um tribunal próprio, composto pelos *iudices iurati*, presidido por um pretor especial e particularmente instituído pela respectiva *lex*.

Por outras, "... aquello que caracteriza especialmente a este período es la aplicación estable y permanente de Comisiones para juzgar los *crimina*. Todo delito tiene un tribunal proprio que se llama *quaestio*, es decir, comisión de encuesta..."[18]

"A essa época..." – ressalta Fragoso – "reduzem-se os crimes privados e a vingança privada desaparece. O magistério penal é exercido pelo Estado exclusivamente, salvo a disciplina doméstica do *pater familias* que se mantém, embora com restrições. Os crimes públicos são julgados por tribunais de jurados permanentes, encarrregados de fazer o inquérito, presidido por um magistrado (*quaestiones perpetuae*), substituindo os julgamentos populares pelos comícios.... O processo das *quaestiones* tornou-se regra no processo penal (*iudicia publica legitima*) e cada crime ou grupo de crimes é julgado por uma *quaestio*..."[19]

Sucederam-se, dessarte, inúmeras *quaestiones*. Pela *lex Cornelia de Majestate*, de Sila, e *Julia de Majestate*, de Augusto, constituiu-se *quaestio* para conhecer e julgar o *crimen majestatis* ou *majestas*, infração política que abrangia o antigo *perduellio* (lesa-pátria previsto na Lei das XII Tábuas), e a *proditio* (traição, igualmente contemplada na Lei das XII Tábuas). Cominava-se a pena de fustigação (*virgis caedere*) e de decapitação com machado (*securi percussio*).

A *lex Cornelia de Sicaris et Veneficis*, de Sila, 81 a.C., criou *quaestio* para os crimes de homicídio, cuja tentativa era incriminada como se fora crime consumado, bandoleirismo (assaltos em estradas, latrocínios), envenenamento, incêndio e falso testemunho que levasse à injusta condenação à morte. Previa a pena de morte por decapitação.

A *lex Pompeia de Parricidus*, de 55 a.C., instituiu *quaestio* para o crime de *parricidium*. Este, originariamente concebido como a morte de um *pater familias*, fora por ela ampliado para compreender o assassínio de qualquer parente próximo. Como pena, o *culleus*, corresponde a dizer, a colocação do réu, em saco costurado, com macaco, galo, serpente e cão e subseqüente arremesso ao mar ou ao rio.

Tão insólita punição, descreviam-na, como oportunamente realçou o colega Carlos Frederico Coelho Nogueira,[20] as *"Institutas"* de Justiniano, *verbis*: "Nem seja punido com a espada ou com o fogo nem com outra pena comum, mas cosido num saco com um cão, um galo, uma víbora e um macaco e encerrado nessa prisão fatal, seja lançado, segundo a

(16) TUCCI, Rogério Lauria. *Op. cit.*, p. 71-72.

(17) *Id.* supra, p. 73.

(18) GRISPIGNI, *op. cit.*, p. 97.

(19) *Op. cit.*, p. 28.

(20) Em exposição veiculada em uma das aulas do curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo alusiva à disciplina "Processo Penal Romano, Canônico e Lusitano" ministrada pelos Professores Doutores Rogério Lauria Tucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo no primeiro semestre de 1997.

natureza do lugar, ao mar vizinho ou rio, a fim de que, ainda vivo, seja privado de todo uso dos elementos, faltando o céu a seus olhos e a terra a seu cadáver."[21]

A *lex Cornelia testamentaria nummaria*, posteriormente denominada *De Falsis*, 81 a.C., incriminava a falsificação, destruição ou divulgação de testamento, alteração de moeda, adulteração de pesos e medidas e suborno de testemunha. Cominava pena tão-somente pecuniária.

Por intermédio das *leges Plautia de Vi* (entre Sila e Catilina) e *Julia de Vi* (Augusto, 17 a.C.), criaram-se *quaestiones* para o julgamento dos crimes de *vis publica*, tais como organização de bandos, ocultação de armas, sedição (perturbação do exercício de funções públicas), constrangimento a magistrados e senadores, bem como para os crimes de *vis privata*, atos que conturbassem o funcionamento dos juízos privados ou que corporificassem violência contra particulares (exercício arbitrário das próprias razões, seqüestro, estupro). Para os delitos de *vis publica*, previa-se a pena de morte ou de exílio e para os de *vis privata*, a sanção da *publicatio bonorum*.

A *lex Julia de Annona*, de Cesar ou Augusto, criminalizava a conduta de especular com grãos para elevar os preços, punindo-a com sanção pecuniária de vinte áureos.

Na esteira das *leges Cornelia*, de Sila, *Calpurnia*, de 67 a.C. e *Julia de Ambitu*, de Augusto, 18 a.C., puniam-se atos de corrupção eleitoral, como, por exemplo, o do aliciamento de votos mediante a promoção de espetáculos ou banquetes. Pela primeira, a pena consistia na proibição de ocupar cargos públicos por dez anos. Por força da segunda, implicava a condenação na perda permanente da elegibilidade, além da exclusão do Senado, para aquele que o integrasse, e multa.

(21) *Institutas de Justiniano*, 4.18.6.

Posteriormente, e já ao tempo da *cognitio extra ordinem*, o crime em tela, caracterizava-o todo e qualquer tipo de corrupção.

A *lex Fabia de Plagiariis* punia o comportamento de escravização de homens livres ou de apossamento de escravos alheios. Apenas pecuniariamente, todavia.

Inicialmente em 86 a.C. e depois em 18 a.C., por intermédio da *lex Julia de Peculatus et de Sacrilegiis*, de Augusto, *quaestiones* foram instituídas para o julgamento dos crimes de *peculatus*, consistente na subtração ou no mau emprego de dinheiro público, e de *sacrilegium*, subtração de coisa sagrada, ambos punidos com pena de morte ou de exílio.

Também em 18 a.C., Augusto, por via da *lex Julia de Adulteriis Coercendis*, incriminou o adultério. Mas *somente* o perpetrado pela *mulher*, que sofria a pena de perdimento da metade de seu dote e de um terço dos bens parafernais. Àquele que houvesse emprestado o indispensável concurso para a configuração do crime, infligia-se a pena da perda da metade de seu patrimônio. A respectiva acusação cabia, no prazo de sessenta dias, ao marido ou ao pai da adúltera, bem como, e nos quatro meses subseqüentes, a qualquer estranho.

"Posteriormente, surgem as *quaestiones* para os crimes de rapto e o *crimen vis*, aparecendo, ao tempo de Augusto, as relativas aos crimes de adultério e de usura. A acusação podia ser promovida por qualquer cidadão".

"Nessa época, as penas são grandemente mitigadas, sendo praticamente abolida a pena de morte. A punição era em regra a *interdictio acquae et igni*, que se limitava ao exílio e à deportação. As *leges Corneliae e Juliae* constituíam o *ordo judiciorum publicorum*, dando lugar aos *crimina publica* (legítima, ordinária), que deveriam estar expressamen-

te previstos para ensejar a punição que também deveria estar previamente prevista (*poena legitima*). Nessa época era dominante no Direito Penal romano o princípio da reserva legal."[22]

III. O procedimento das *quaestiones*

Já se sublinhou, precedentemente, que às *quaestiones* se deve, pelo preponderante papel que desempenharam na constituição de um autêntico Direito Penal romano, o aparecimento, em Roma, da verdadeira jurisdição criminal.

De fato e consoante a percuciente observação de Carlo Giofredi, oportunamente reproduzida no já tantas vezes citado trabalho doutrinário específico elaborado pelo professor Rogério Lauria Tucci, antes "... não se podia cogitar, enquanto carecente de formação o Direito Penal, de *jurisdição*...".

Afinal – e neste passo com De Martino, igualmente mencionado na supracitada obra – "... impossível afigura-se cogitar de uma verdadeira *iurisdictio*, onde e quando inexistente um sistema autônomo de normas jurídicas."[23]

Como anteriormente assinalado, mas já agora, e uma vez mais, na linha da preleção de Rogério Lauria Tucci, "... com as *quaestiones* instaurou-se em Roma o procedimento criminal ordinário, cuja gênese se relacionava, diretamente, com a individuação de um novo *crimen*, em lei definido; e em que o julgador não era mais o magistrado, nem mesmo o povo reunido em Assembléia, em razão da *provocatio*, mas a própria *quaestio*, instituída pela mesma lei..."[24]

E, com o introduzirem essa nova espécie de procedimento, *supressivo* da "jurisdição" criminal exercida, nos tempos da República, pelos comícios e pelos cônsules, corporificaram as *quaestiones*, "... pela primeira vez, em Roma, a expressão de uma *jurisdição penal*, porque a salvo, já agora, de ser considerada, como até então, uma atribuição de natureza administrativa ou política (obviamente, *não judiciária*)."[25]

Caracterizando-se o modelo de *persecutio criminis* consubstanciado nas *quaestiones* pelo "direito popular de acusação, pela obrigação de prosseguir no feito até final sentença, ... pela completa publicidade de todos os atos do processo e pelo direito popular de julgamento",[26] e traduzindo-se, portanto, como procedimento penal de natureza pública e de caráter ordinário – este determinado pela progressiva e acentuada ampliação do leque de *quaestiones* –, mais do que marcante, *exclusivamente acusatório*, ao demais, delineava-se o processo penal romano de então.

"Exceto as mulheres, os menores, os magistrados, os caluniadores julgados e os indigentes; claro está que, em relação aos crimes de que tivessem sido vítimas, estas pessoas não estavam excluídas do direito de acusar...",[27] à *qualquer* pessoa cabia, com efeito, desencadear a persecução penal perante a *quaestio*.

Para fazê-lo, cumpria-lhe, dirigindo-se ao pretor, formular a acusação. Há quem diga, como João Mendes de Almeida Junior, que ao acusador impendia "pedir licença para formular sua acusação, *ubi sibi liceret nomem deferre*..."[28]

Na hipótese de haver pluralidade de acusadores, apenas um, preferencialmen-

(22) FRAGOSO, *op. cit.*, p. 28-29.

(23) *Lineamentos do Processo Penal Romano*, ed. cit., p. 59 (1.ª transcrição) e 61 (2.ª transcrição).

(24) *Op. cit.*, p. 72.

(25) *Id.* supra, p. 72 e 73.

(26) ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*, v. I, p. 36.

(27) Autor e obra por último citados, p. 32.

(28) *Op. cit.*, p. 32.

te aquele que à Justiça pudesse oferecer mais e melhores garantias ou o que revelasse maior interesse pela causa, escolhia o *praetor vel quaesitor,* facultando aos demais a possibilidade de funcionarem como *subscriptores.*

"O pretor, depois de verificar se o fato constituía crime e se era de sua competência, admitia ou rejeitava a acusação... Admitida a acusação, feita a *subscriptio,* o acusador prestava caução juratória de prosseguir até final sentença – *perseveraturur se in crimine usque ad sententiam* – e procedia à *nominis delatio,* fórmula pela qual declarava o nome do acusado, o crime e as questões do processo, a fim de ser feita a inscrição. A esta *delatio nominis* chamavam também *libelum inscriptionis.*"[29]

Efetuada a inscrição, – com a publicação do nome do acusado numa tábua – "*esse in reatu,* – implicado a *inscriptio inter reus* (inscrição no rol dos culpados) o dever de apresentar-se ele, daí por diante, discretamente, com o cabelo e a barba incultos, além do despojo da insígnia de sua classe e de várias limitações na capacidade, tais como proibições de alienar, de manumitir escravos e de fazer doações. E, ademais, ele, réu, era citado com *edictum per trinundinum,* sendo certo, outrossim, que, quando se deixava ficar em contumácia, seus bens eram objeto de inscrição (*adnotatio*) e, após um ano, confiscados..."[30] –.notificava-se o acusado a comparecer perante o pretor.

Apresentando-se ele, era interrogado sobre os termos da acusação. Se confessasse, "tudo terminava, tendo-se o confesso como réu convicto."[31]

E se, ao reverso, refutasse a acusação, o pretor, depois de decidir sobre permitir-lhe ou não permanecer em liberdade,[32] designava data para o seu comparecimento, bem como do acusador, perante os juízes, com vistas à realização do julgamento.

"Esta fixação do dia do julgamento era uma formalidade substancial, que se denominava *diei dictio*; era uma regra – que nenhuma acusação podia ser sustentada senão em dia fixo, *ne nisi prodicta die quis accusetur,* segundo Cícero, *pro domo,* cap. 10."[33]

Ordinariamente, de trinta dias era o prazo estabelecido entre a *diei dictio* e o julgamento. Nesse entretempo, que podia ser dilatado ou reduzido, cabia ao *acusador* proceder à coleta dos dados e elementos de convicção necessários à comprovação da acusação. Outorgava-se-lhe a prerrogativa de ouvir testemunhas, apreender documentos e objetos, vistoriar lugares, realizar, enfim, todas as diligências investigatórias que lhe parecessem úteis.

Mas ao acusado se assegurava o direito de acompanhá-lo, fiscalizar-lhe os atos, inquirir e contraditar as testemunhas ou constituir representante para fazê-lo.

Na data marcada para o julgamento, comparecendo as partes,[34] procedia-se, inicialmente, à composição do órgão jul-

(29) ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. obra e volume citados, p. 32.

(30) TUCCI, Rogério Lauria. *op. cit.*, p. 152

(31) Autor e obra acima mencionados, p. 152. A propósito, porém, João Mendes afirma que, comparecendo o acusado e "... confessando o crime, devia ser *preso* até o dia do julgamento. *Si confessus fuerit, in vincula publica conjiciendus est, donec de eo pronuntiaretur. (Dig., de custodia et exhibitione reorum,* L. 5)." (*op. cit.*, p. 33).

(32) Anota o professor Rogério Lauria Tucci que "o acusado permanecia, então, em liberdade, a não ser em situações graves, quando podia ser provisoriamente recolhido à prisão; livrando-se, porém, ainda aqui, solto, se idôneos abonadores o contemplassem com sua garantia." (*op. cit.*, p. 152, nota de rodapé n. 263).

(33) MENDES, João. *Op. cit.*, p. 32-33.

(34) "... na ausência do *acusador,* caía a acusação e o nome do acusado era riscado do

gador mediante sorteio dos jurados. A elas se oferecia a possibilidade de recusá-los, sem que se lhes exigisse a indicação dos respectivos motivos, "... até esgotar-se a lista, procedendo-se, no caso de não se ter formado o número para o tribunal, a uma *subsortitio*."[35]

Composto o órgão julgador e depois de prometerem solenemente os seus membros julgar o caso em consonância com as leis, passava-se ao debate da causa. Acusador e acusado, sucessivamente, dispunham de tempo, cuja delimitação ficava a cargo do presidente, para desfilarem seus argumentos. Há dissenso entre os que se dedicaram ao estudo do processo penal romano sobre a existência ou não de réplica. Rogério Lauria Tucci, denominando-a de *duplicatio*, a afirma possível. Já João Mendes, ao contrário, assevera que "os discursos não tinham réplica e tréplica, mas era permitida a *altercatio;* e essa forma era tanto mais necessária quanto a duração dos discursos era marcada, como na Grécia, pela clepsidra."[36]

Em seguida, as provas. "Eram de três espécies, a saber: *per tabulas*, *per testes* e *per quaestiones*. Aquela, documental, atinente à correspondência privada, aos registros e a outros atos públicos, que podiam constituir objeto de exibição; a testemunhal, concernente à audição das pessoas conhecedoras dos fatos, e que se apresentavam voluntariamente ou se achavam obrigadas, por lei, a depor; e a última, referente aos demais meios de prova, dentre os quais, em especial, a confissão espontânea ou a obtida mediante tortura."[37]

Superada a etapa probatória, o presidente, sem manifestar sua opinião, determinava aos jurados que se pronunciassem. Nos primórdios das *quaestiones*, oralmente e, depois, por meio de tabuletas – cada qual recebia três, uma com a letra "A", a dizer "absolvo"; outra com a letra "C", a significar *"condemno"* e a remanescente com a sigla "NL", equivalente a *non liquet* e representativa do entendimento de que se devia submeter a causa a uma instrução mais esclarecedora com vistas, então, a um novo julgamento. Colhidos os votos, proclamava o pretor o resultado do julgamento.

Uma vez *condenatória* a votação, *circunscrevia-se* a sentença subseqüentemente lavrada "... à afirmação da responsabilidade implícita no *"condemno"*, prescindindo, portanto, da imposição de pena determinada, porque estabelecida esta, *a priori*, em cada uma das *leges:* era ela, assim, fixa, derivando, mediatamente, da lei definidora do *crimen* e, diretamente, do reconhecimento da responsabilidade do acusado, sem qualquer possibilidade de modificação pelo agente estatal que proferia o ato decisório."[38]

Concluindo os jurados, ao revés, pela *absolvição*, que se devia proclamar no caso de haver empate na votação, desencadeava-se processo contra o *acusador* para, segundo João Mendes de Almeida Júnior, "... verificar se houve prevaricação (colusão), tergiversação (desistência colusória), calúnia, ou apenas acusação temerária ou falta de provas."[39]

IV. A decadência das *quaestiones*

Sem embargo dos significativos avanços produzidos pelas *quaestiones perpetuae*, entre os quais avultam em importância, máxime pela decisiva contribuição prestada à construção do Direito

rol dos réus..., na ausência do *acusado* era este julgado à revelia, como se presente estivesse..." (autor e obra por último referidos, p. 33)

(35) *Id.* supra, p. 34.

(36) *Id.* supra, p. 35.

(37) TUCCI, Rogério Lauria. *Op. cit.*, p. 153-154.

(38) Autor e obra acima mencionados, p. 155.

(39) Obra precedente e repetidamente citada, p. 35.

Penal civilizado, a introdução do dogma da reserva legal e a adoção do sistema acusatório na persecução criminal, foram elas paulatinamente cedendo lugar a *cognitio extra ordinem*.

Fundamentalmente, porque "... o processo acusatório mostrou-se *insuficiente* como instrumento de repressão à delinqüência, de modo particular porque ocasionava o grave inconveniente de incutir no espírito do acusado o desejo de vingança contra o acusador e, bem assim, no de ambos, o ânimo de litigiosidade."[40]

Mas também porquanto uma das graves imperfeições do sistema das *quaestiones* residia na impossibilidade de valoração das circunstâncias do crime, na exata medida em que "a pena era fixa, porque já estabelecida na lei configuradora do crime, – e, por isso, derivava diretamente do reconhecimento da responsabilidade, não podendo ser modificada pelo órgão judicante".[41] Já na *cognitio extra ordinem*, ao contrário, ao órgão julgador foi "conferido o poder de levar em conta as circunstâncias de cada crime, o elemento intencional e, até mesmo, as personalidades dos integrantes do processo, a fim de estabelecer a sanção adequada ao crime praticado..."[42]

Assim é que, embora hajam as *quaestiones* atravessado, ao menos formalmente, todo o período clássico do Direito Romano, "... a respectiva competência foi sendo cada vez mais limitada, tanto *territorialmente*, porque estabelecido o princípio de que todos os crimes praticados fora de Roma deviam ser julgados pelos órgãos do Imperador, senão por ele mesmo; como *materialmente*, em virtude da restritiva interpretação das leis instituidoras de cada *quaestio*, que fazia excluir das mesmas, com uma capciosa casuística, numerosos atos ilícitos, aproximadamente análogos".

"De tudo resultou, assim, e afinal, – passando a sofrer a *accusatio* pública as mencionadas restrições, – acentuar-se a decadência das *quaestiones*, quer pela inadmissibilidade de, por elas, reprimirem-se os novos *crimina*, regulados por disposições imperiais, quer, principalmente, pelo fato de, no edito de *accusationibus*, de Constantino, reconhecer-se, de modo expresso, que os acusadores *gravissimus vexationibus adfici*..."[43]

De qualquer forma, porém, nada pode subtrair às *quaestiones*, entre outros, o grande mérito de "... ser el fundamento para la reedificación del Derecho penal romano..."[44]

Bibliografia

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O Processo Criminal Brasileiro*, 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo : Livraria Freitas Bastos, 1959.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 3. ed., 2.ª tiragem, Rio de Janeiro : Forense, 1978, parte geral, t. 1.º.

GRISPIGNI, Filippo. *Derecho Penal Italiano*. tradução da 2. ed. original italiana por Isidoro De Benedetti, Argentina, Buenos Aires : Editorial De Palma, 1948, v. 1.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – A nova parte geral*. 15. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1994, revista e atualizada por Fernando Fragoso.

SANTALUCIA, Bernardo. "Processo penale – Diritto romano", trabalho publicado em *"Enciclopedia del Diritto"*, n. XXXVI – "Processo – Progressione", Giuffrè Editore.

TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do Processo Penal Romano*, São Paulo : Ed. da Universidade de São Paulo e José Bushatsky Editor, 1976.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*, 3. ed., tradução da 8. ed. alemã por Quintino Saldanã, España, Madrid : Instituto Editorial Reus, t. 1.º.

(40) TUCCI, Rogério Lauria. *Ob. cit.*, p. 160.

(41) *Id.* supra, p. 85.

(42) *Id.* supra, p. 85.

(43) Consoante, uma vez mais, Rogério L. Tucci, *op. cit.*, p. 162-163.

(44) VON LISZT, Franz. *op. cit.*, p. 82.

3. DOUTRINA NACIONAL

DIREITOS HUMANOS – REPERCUSSÕES PENAIS

LUIZ LUISI

A chamada Idade Moderna tem início com uma profunda reformulação da posição do homem no mundo.

Na Idade Média o mundo material, e mesmo o social, é concebido como realidade objetiva, regida por princípios e leis determinadas. O homem é inserido neste contexto objetivo, e, pois, também, é regulado pelas mesmas leis. E apenas um dado do todo, e como tal disciplinado pelos princípios do universo do qual faz parte.

Em contraponto a essa concepção organicista surge uma cosmovisão antropocêntrica, que importa em uma revisão da postura humana no cosmos. O homem deixa, então, de ser um simples e pouco relevante elemento do mundo natural e social para passar a ter uma função ativa na reformulação, e mesmo na construção da realidade. O homem passa a ser *dominus*, principalmente, de seu universo específico da sua própria realidade, e do contexto inter-humano em que obrigatoriamente vive.

As raízes desta revolução, no sentir de Paolo Grossi se situam na visão do homem inaugurada por São Francisco de Assis. "Il poverello d'Assisi" pioneiramente liberta o homem, até então incondicionadamente submisso às regras do mundo fenomenico, pois o homem franciscano, enquanto ama e quer, encontra na caridade e na vontade não só a característica essencial do seu ser, mas, também a sua perfeita independência da sua realidade natural. Liberado o homem da sua condição de mero sujeito passivo se inicia, – conforme acentua o referido e ilustre mestre de Florença, um longo mas irreversível processo que viria fazer do homem o construtor de sua história.

Este processo adquire consistência a partir do século XVII, por obra de filósofos como Thomás Hobbes (dito filósofo do absolutismo, entendimento que foi revisado magistralmente por Hans Welzel), John Locke, Samuel Puffendorf, Charles Secondat de Montesquieu, Jean Jacques Rousseau, dentre outros. Na concepção desses pensadores, ditos genericamente iluministas, embora pesem diferenciais, o homem deixa de ser súdito, e passa a ser cidadão. É agente ativo na modelagem de seu espaço social e político. Revivendo a teoria do contrato social – mas dando-lhe uma feição eurística – estes autores entendem que o estado deve ser organizado como se tivesse havido um contrato. Mas o homem, parte contratante, pela sua condição de ser racional e livre, e, pois, capaz de gerir seu destino, é titular de direitos. E quando se insere no Estado reivindica o reconhecimento e a proteção desses direitos. Ou porque a eles não renuncia ou mesmo renunciando, impõe como condição que o Estado criado pelo contrato devolva, com sua tutela, os direitos em causa.

Nascem, portanto, nesta quadra da história o que hoje chamamos direitos humanos. Mas somente nos últimos decênios do século XVIII é que esses direitos, até então só pensados, passam a se positivar juridicamente em diversos

documentos legislativos. E dentre estes, o mais importante pela sua abrangência universal, e sua precisão técnica, é a imperecível "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", promulgada pela Assembléia Nacional da França em 26 de agosto de 1789.

São os direitos humanos ditos atualmente de 1.ª geração, os direitos da liberdade. A liberdade de ir e vir, de pensar, e expressar o pensamento, a liberdade religiosa etc.

No campo penal os iluministas fazem uma crítica veemente a barbárie punitiva das ordenações vigentes na Europa das monarquias absolutas. Quem sistematizou estas críticas, e, principalmente enunciou os princípios inovadores que estruturariam um novo Direito Penal, é, sem dúvidas, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria. Embora pese à presença de argumentos de teor utilitarista, a prédica renovadora de Beccaria tem como base a essencial dignidade do homem, que deve ser tratado como pessoa e não como simples coisa. "Não há liberdade" – escreveu o Nobre Milanês – "onde as leis permitirem que em determinadas circunstâncias o homem deixa de ser pessoa e se converta em coisa".

A "pequena grande obra" *Dei delitti e delle pene* – marca o início de um novo direito criminal. O Direito Penal da legalidade, da pessoalidade da pena, do tratamento humanitário dos encarcerados etc. Ademais combate com intransigência devota a tortura. E marca, ainda, a sua presença na história, de forma indelével, pois Beccaria foi a primeira voz, em milênios de anos da história do homem e quando havia já decorrido 18 séculos da era cristã, em sua obra aparecida em 1764, de contestação à pena de morte.

As posturas iluministas contra a pena de morte e a tortura despertaram reações iradas dos conservadores. E até hoje, infelizmente, a batalha a estas formas de barbárie, ainda não está vencida. Daí porque se pode dizer que Beccaria continua atual, ainda não começou a ser antigo.

A respeito da tortura, os inovadores viveram situações marcadas por tristes ironias. A Áustria, já nos idos de 1776, foi o primeiro país a abolir a tortura. Todavia o Decreto da Rainha Maria Tereza que a aboliu estava sujeito a ratificação das Províncias. Todas aprovaram a abolição. Menos a Província de Milão. E isto por que o voto de minerva do Presidente do Senado de Milão decidiu pela mantença da tortura. Este Presidente chamava-se Gabriel Verri, pai de Pedro Verri, que havia escrito em 1771, mas ainda não publicara, a mais importante e contundente obra sobre a tortura. Para não conflitar com seu pai deixou de publicá-la. *As Observações sobre a Tortura* só vieram a público em 1804, sete anos depois da morte de seu autor. Outro livro escrito contra a tortura deve-se ao espanhol Juan Pablo Forner. *O Discurso sobre a Tortura*, escrito em 1791, proibido pelos censores do Santo Ofício, a reacionária inquisição espanhola, só foi publicado recentemente por iniciativa do eminente penalista Manoel Rivacoba y Rivacoba, Professor da Universidade de Valparaíso.

Todavia apesar dessas estórias a tortura veio a ser legalmente proibida e a pena de morte começou a ser banida da legislação. Não havia decorrido muitos anos do aparecimento da obra de Beccaria, e ainda vivo o Marquês italiano.

São pioneiras neste sentido, além dos referidos éditos da Rainha Maria Tereza, as leis editadas em Pisa em 30.11.1786, por Pedro Leopoldo, Arquiduque da Toscana, abolindo a pena de morte, a tortura, as penas imoderadas e não proporcionais aos delitos.

Na Declaração Francesa de 1789 se consolidam as posturas penais inovado-

ras, embora depois venham a ser derrotados na Assembléia gaulesa, os que postularam a supressão da pena de morte, quando se discutia a elaboração de um novo Código Penal. Dentre eles, os vencidos, em mais uma ironia da história, estava Maximiliano Robespierre que em 30.05.1791 pronunciou discurso na Assembléia Constituinte francesa sustentando que era preciso "apagar do Código dos franceses as leis de sangue que ordenam homicídios jurídicos", e que "a pena de morte é essencialmente injusta, não é a mais severa das penas, e ao invés de prevenir os crimes, os multiplicam".

Os princípios que no campo penal constituem instrumentos de tutela dos direitos humanos de primeira geração, embora pesem episódicas derrogações, estão hoje, pelo menos em termos legais, inclusive alguns com gabarito constitucional, consagrados em todo o mundo civilizado. Constam inclusive no mais importante documento legislativo do nosso século, "A Declaração Universal dos Direitos do Homem", editada pela Organização das Nações Unidas, em 10.12.1948.

Todas as revoluções – escreveu Nicolau Berdiaeff – têm os seus demônios, que corroem suas entranhas. E a revolução iluminista também os teve. É possível localizá-los no art. 17 da Declaração Francesa de 1789, ao consagrar a propriedade como um direito sagrado e inviolável e o seu apendículo, a absoluta liberdade de contratar.

Tais postulados haviam de causar as revoluções industriais do século XIX, responsáveis por um extraordinário impulso de progresso. Mas gerariam uma realidade social chocantemente desigualitária, e, pois, injusta. Contra esta situação levantaram-se – precedendo como sempre as leis – as vozes dos pensadores. Augusto Comte preconizou a necessidade de incorporação do proletariado à sociedade. Vicente Mazzini pregou a necessidade de reconhecer direitos à massa operária. E Karl Marx e Friederich Engels, em um enfoque sistemático, predizem o advento de um novo tipo de sociedade – uma sociedade igualitária – como resultado da dialética dos opostos, de matiz hegeliano, que governaria a história humana. No Brasil as idéias sociais entram na sua história por influência do positivismo político de Augusto Comte, cuja influência nos pais ideológicos da República brasileira, Miguel Lemos e Teixeira Mendes, é sobejamente conhecida. Mas é no meu Estado, no Rio Grande do Sul, que pela vez primeira se insere em um texto constitucional uma norma de natureza social. Trata-se do disposto no art. 74 da Constituição riograndense do sul de 1891, elaborada por Júlio Prates de Castilhos que chamava Augusto Comte de Mestre dos Mestres. O referido art. 74 garantia aos simples jornaleiros que prestassem serviços ao Estado as mesmas garantias e vantagens dos funcionários públicos do quadro. Anteriormente, embora sem maiores repercussões práticas, a prédica social se fez presente na Revolução Farroupilha de 1835, por obra de italianos que participaram naquela revolução, principalmente em artigos escritos pelo jornalista Luigi Rossetti, companheiro do lendário José Garibaldi, publicados no Jornal *O Povo*. Rossetti quis nesses artigos, invocando o pensamento de Mazzini, dar a revolução gaúcha um colorido anti-escravagista e popular, o que foi inadmitido pelos latifundiários que comandavam a inssurreição.

Como decorrência desta nova realidade surgem os chamados direitos humanos da 2.ª geração, visando corrigir as distorções desigualitárias. São os direitos sociais, culturais e econômicos. Os direitos naturais da igualdade. Ao contrário dos direitos da 1.ª geração que exigiam uma atividade abstencionista do Estado, limitadora de seu poder, os direitos humanos da 2.ª geração estão a exigir dos

Estados uma série de práticas materiais para efetivá-los. E isto cria dificuldades, sob os mais variados pretextos, para a concreta implementação desses direitos.

O Direito Penal neste novo contexto caracterizou-se por ampliar a sua área de tutela, incorporando no elenco de suas normas incriminadoras, delitos contra a saúde, contra a organização do trabalho, contra a incolumidade, bem como incrementou, por via de criminalização de condutas omissivas, os deveres individuais de solidariedade familiar, econômica e social. É nesta conjuntura que surge também a idéia de fazer da sanção penal um instrumento de valia social. Procura-se dar à pena uma função ressocializadora. Por muitos tida como mito, mas que algumas experiências, embora raras, permitem crer seja possível. É de meditar-se em torno do acerto do entendimento da penitenciarista gaúcha Maria Tavares, quando sustenta "não existirem criaturas irrecuperáveis, mas métodos inadequados".

No nosso século, principalmente a partir do segundo após guerra se vem presenciando uma fabulosa explosão de progresso, marcado por avanços fantásticos e trepidantes no campo da tecnologia. Avanços que se de um lado trouxeram incontestáveis benefícios, de outro lado, estão a criar situações ameaçadoras da própria sobrevivência da espécie humana. Ao partir o átomo, desvendando segredos íntimos do microcosmos, criou-se um pavoroso instrumento mortífero, que já arrasou cidades e matou, de uma só vez, milhares de seres humanos. A indisciplinada exploração das riquezas naturais vem devastando o meio ambiente, poluindo os mares e os ares e destruindo tecidos vitais do nosso planeta como a camada de ozônio. As descobertas e experiência no campo da genética, se criaram instrumentos de melhoria da saúde, abriram a alarmante perspectiva de criação dos humanóides.

Como conseqüência desse quadro, surgiram os chamados direitos humanos da 3.ª geração. Visam à proteção de bens sociais de relevância para todos os seres humanos. Direitos, como aos de um sadio ambiente natural, ao desenvolvimento equilibrado, à comunicação, à preservação do patrimônio comum da humanidade etc. São os direitos da solidariedade.

Os direitos humanos da 3.ª geração, portanto, não se destinam como lucidamente escreveu Paulo Bonavides, "específica e diretamente a proteção de um indíviduo, de um grupo ou de um Estado, mas tem como destinatário o próprio gênero humano, como momento expressivo de sua formação, como valor supremo em termos de existencialidade concreta".

O Direito Penal vem procurando desempenhar na presente conjuntura o seu papel. Foi chamado a tutelar esses novos direitos, criminalizando os atentados contra o meio ambiente, os abusos graves de recursos tecnológicos, o uso indevido da informática, os perigos e os danos resultantes do uso da energia nuclear, as manipulações possíveis e alarmantes da engenharia genética.

Ao chegarmos ao fim do milênio, faze pouco mais de dois séculos que os direitos humanos se incorporaram ao patrimônio jurídico da humanidade. Mas embora nestas duas centúrias bastante se tenha feito, se olharmos ao nosso redor – como sugere Norberto Bobbio – seremos forçados a concordar com o notável pensador italiano – "que apesar das antecipações iluminadas dos filósofos, das corajosas formulações dos juristas, dos esforços dos políticos de boa vontade, o caminho a percorrer é muito longo". Em verdade, acrescenta Bobbio – teremos ante esta paisagem "a impressão de que a história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que estão diante de nós, talvez tenha apenas começado".

Não é preciso – diga-se *en passant* – olharmos para o universo dos pobres. Olhemos para a velha e vaidosa Albion, a Inglaterra da Carta Magna, onde centenas de meninos de menos de 15 anos cumprem pena junto com adultos e nas mesmas condições. Olhemos para o Alabama, na potência líder do mundo, onde os presos são forçados a trabalhar tendo a fustigá-los o sol escaldante do meio-dia. Lembremos os requintes tecnológicos com que em certos Estados da América do Norte se executa a pena de morte. E registre-se: esses senhores nórdicos aloirados – estado-unidenses e ingleses – se arvoram em paladinos dos direitos humanos.

Mas é de registrar-se um fenômeno menos visível, mas de maior gravidade que vem fazendo com que o Direito Penal ao invés de proteger realmente os direitos humanos, vem se constituindo numa forma de agressão a esses direitos. Refiro-me à dimensão elefantíaca da legislação penal, que, no meu entender, é causa primeira da evidente crise do sistema penal. Já no segundo decênio do século XIX, Carlos José Antão Mittermaier advertia para os males que o uso abusivo da pena estava a causar. E ao longo do século passado, os mais importantes penalistas registraram o desvario criminalizador. Carrara fala em "nomorréia penal". Frank usa para caracterizar o uso indiscriminado da pena, em "hipertrofia do direito penal". E o penalista toscano José Puccioni, escrevendo em 1854, registrava, como podemos fazer agora, que o recurso abusivo e indiscriminado da pena para pequenas infrações havia originado uma massa de processos que entulhavam os pretórios, dificultando a aplicação racional da lei penal, como também uma massa enorme de condenados, criando sérias dificuldades ao Estado que nem sempre dispunha de meios para atender as despesas decorrentes.

No século XX as mesmas advertências partiram dos mais diferentes parâmetros culturais. Herbert Packer e Kadisch, para lembrar alguns, detectaram o fenômeno no mundo anglo-saxão denunciando uma *over criminalization*. O polêmico Francisco Carnelutti em imagem feliz sustentou que a inflação penal era tão grave como a inflação monetária pois aviltava a pena e enfraquecia a sua função intimidadora.

No Brasil, a nomorréia penal já assume proporções alarmantes. Criminaliza-se por atacado. Os crimes de bagatela se contam às centenas. Temos até crimes em que não se previram penas. Basta ter presente as infrações penais do Código de Telecomunicações. E no Parlamento brasileiro tramitam atualmente dezenas de projetos criminalizadores. A continuar neste rumo podemos chegar um dia à surpresa e à estupefação dos penalistas canadenses que ao fazer o levantamento da legislação penal, verificaram, na década de 1970, que existiam naquele País previstos cerca de 41.582 tipos penais. A continuar neste despropósito não estaremos longe do dia em que for condenada uma criança de 5 anos por assédio sexual por ter beijado uma criança da mesma idade, como ocorreu recentemente nos Estados Unidos, que, nesse episódio, escancaram o primitivismo do seu direito penal. E então não serão mais centenas e milhares de Mandados de Prisão como ocorre hoje, que estarão nas ruas, e sem efetiva possibilidade de serem cumpridos. O número será bem maior, atestando não só a falência total do sistema, mas a impotência do Estado na luta contra o crime ou seja, o caos.

Este perverso processo criminalizador traz em seu bojo uma violência aos direitos humanos. De um lado porque cominando pena a pequenas e pouco relevantes infrações, que podem ser enfrentadas, e com mais eficiência, por outras sanções à disposição do ordena-

mento jurídico, se violenta, sem real necessidade, um dos mais relevantes direitos do homem, a sua liberdade. Aliás, a Declaração Francesa de 1789 já proclamara no seu art. 8.º, que por ser a liberdade um direito humano básico, o uso da pena só se legitima quando evidente e estritamente necessário. As criminalizações desnecessárias constituem, sem dúvida uma das formas graves que atentam contra os direitos humanos. E não só importam na privação indevida da liberdade, como também porque a ingente massa de condenados decorrente desta legislação patológica, e a carência de recursos, principalmente nas Nações periféricas, faz com que a execução das penas em primitivos presídios, se faça com total desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Ante este quadro, difícil não é dimensionar a tarefa do penalista autêntico, que por ser tal, está obrigatoriamente comprometido com o direito penal humanitário. Ou seja: o direito penal instrumento de proteção dos direitos humanos. Tarefa, sem dúvida, de proporções gigantescas. Mas isto não dá o direito aos penalistas de recuarem assumindo uma postura de necrofilia jurídica, falando, como alguns, na morte do Direito. Para enfrentamento das graves dificuldades e a superação dos empecilhos basta olhar para o passado recente. Apesar dos pesares avançamos muito nestes dois séculos. E sobretudo temos um objetivo certo e definido a alcançar, como todos os amantes da liberdade, que é o de ajudar na construção de um mundo onde o homem não seja o lobo do homem, mas o irmão, o semelhante, a pessoa portadora de direitos inalienáveis.

E para a construção deste mundo, que evidentemente será obra de gerações, é preciso que acreditemos, embora sem perder de vista suas inelutáveis imperfeições, no homem. E, também, tendo presente suas limitações na sua Justiça. O que implica em se fazer um Direito Penal, respeitoso da dignidade humana.

3. DOUTRINA NACIONAL

JUIZ NATURAL

Comentários sobre a aplicação do princípio em face do parcial deslocamento da competência da Justiça Militar Estadual para a Justiça Comum (Lei 9.299/96)

MARCO ANTONIO DE BARROS

SUMÁRIO: 1. Escorço histórico da Justiça Militar Estadual – 2. Crime militar – 3. Crime doloso contra a vida de civil – 4. Juiz natural – 5. Aspectos de ordem prática.

1. Escorço histórico da Justiça Militar Estadual

Inaugurou-se a Justiça castrense estadual em São Paulo com a instalação, em 1922, da 1.ª Auditoria da Força Pública (havia um auditor e um conselho de oficiais da Força Pública). Funcionava como órgão de 2.ª Instância o Presidente do Estado, por não existir Tribunal, instituição esta fundada posteriormente pela Lei Estadual 2.856, de 08.01.1937, sob a denominação de Superior Tribunal de Justiça Militar, tendo sido instalado na capital do Estado em 25.02.1937.

Sobreveio a Constituição Federal de 24.01.1967, acrescida depois da Emenda Constitucional 1, de 17.10.1969, estabelecendo regra que permitia a criação, por lei, da Justiça Militar Estadual de 1.ª Instância, constituída pelos Conselhos de Justiça, tendo como órgão de 2.ª Instância o próprio Tribunal de Justiça (art. 144, § 1.º, *d*). No entanto, a mesma Carta ressalvou a mantença dos órgãos de 2.ª Instância que já existiam, ou seja, por ela mantinha-se em funcionamento os Tribunais de Justiça Militar dos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais (art. 192). Com o advento da EC 7, de 13.04.1977, ao dispositivo anterior (art. 144, § 1.º, *d*) aplicou-se nova redação constitucional, de sorte a fixar a competência da Justiça Militar para processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os integrantes das Polícias Militares. Esta Emenda deu causa à parcial derrogação da Súm. 297 do STF, que até então ditava a seguinte orientação: "oficiais e praças das milícias dos Estados no exercício de função policial civil não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a Justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles". A própria Suprema Corte do País suprimiu a eficácia de parte do enunciado desta Súmula, conforme expressa o acórdão[1] com a seguinte ementa: "Polícias Militares dos Estados. Pelos crimes militares que praticarem, ainda que no exercício de função policial civil, seus integrantes respondem, agora, perante as Justiças militares estaduais, nos termos da nova

(1) *RT* 582/430.

redação dada ao art. 144, § 1.º, da CF, pela EC 7/77, que prejudicou, em parte, o enunciado da Súm. 297".

Desse modo, a Justiça castrense, que até aquele período conhecia e julgava os crimes militares próprios (deserção, insubordinação etc.), passou a gozar de competência ampla e irrestrita para todas as formas de delitos previstos no Código Penal Militar.

Bem verdade que tal alteração encontrou alguma resistência no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, pois, em alguns de seus julgados, transpareceu a recusa à declinação da competência da Justiça comum nos crimes dolosos contra a vida, por entender-se que nestes casos o julgamento deveria ser feito pelo Tribunal do Júri, por força de competência específica e derivada da Constituição Federal.[2] Mas tal entendimento foi relegado a plano inferior pelo Tribunal Federal de Recursos, a ponto de editar a Súm. 20, com os seguintes dizeres: "compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar os integrantes das polícias militares estaduais nos crimes militares (CPM, art. 9.º).

Apesar das críticas, esse quadro prevaleceu inalterado por duas décadas. Mas jamais se teve notícia de que uma regra constitucional de competência ou da própria fixação da jurisdição tivesse despertado tantos protestos e o próprio interesse da sociedade, na conotação mais pura e autêntica do termo substantivo, do que aquela que aqui é comentada, pois à Justiça castrense atribuiu-se o *munus* de dizer o direito, isto é, de fazer justiça nos milhares de processos que por seus escaninhos tramitaram e ainda tramitam, muitos dos quais de inegável repercussão nacional e internacional pela notória gravidade dos fatos, como ficaram conhecidos os chamados casos "Rota 66", "Cabo Bruno", "Massacre do Carandirú" (para ficarmos somente em São Paulo), dentre outros envolvendo lamentáveis fatos ocorridos nos demais Estados do Brasil, igualmente relevantíssimos, nos quais, invariavelmente, as vítimas eram civis.

Sucede que com o passar dos anos os resultados produzidos pela Justiça castrense, cuja abordagem não cabe aqui esmiuçar em face da limitação do tema, não convenceram a opinião pública, de modo que esta, em esmagadora maioria, passou a interpretar a Justiça castrense como modelo de instituição corporativista. A insatisfação cresceu até assumir os ares de mola propulsora que incentivou alguns parlamentares conhecidos de nossa época a projetar a edição de novas regras objetivando restringir a amplitude dessa competência.

Num primeiro passo, o legislador isto fez cumprir com a promulgação da Lei 9.299, de 07.08.1996. Porém, ainda tramita pelo Congresso outro Projeto de Lei de autoria do Deputado Helio Bicudo, mediante o qual pretende-se que esta Justiça retorne efetivamente às suas origens, conforme já anotamos linhas acima.

2. Crime militar

Analisando o tema, agora sob a luz da Constituição "cidadã", percebe-se que o legislador de 1988 atribuiu à Justiça Militar estadual a competência para processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei (art. 125, § 4.º). Dito isto, cabe indagar: o que é crime militar? A resposta está longe de ser simples. Nos socorremos aqui das lições do saudoso professor Frederico Marques, que anotou constituir "a expressão *crime militar* um conceito fluido, cuja extensão, na prática, está em proporção com a competência da Justiça castrense".

(2) Cf. acórdãos publicados nas *RT* 574/320 e 547/311.

Portanto, a definição é aberta, ou seja, crime militar é todo aquele assim tipificado pelo Código Penal Militar (cf. art. 9.º, incs. I a III e suas alíneas, do Dec.-lei 1.001, de 21.10.1969). Acreditamos ser desnecessário relacioná-los neste trabalho, porquanto ao que nos dispusemos comentar melhor aproveita a análise das conseqüências das alterações produzidas pela nova lei.

Por sinal, a primeira destas condiz com a revogação da alínea *f* do inc. III, do já citado art. 9.º do CPM, que rezava: "considera-se crime militar quando praticado por militar em situação de atividade ou assemelhada que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar para a prática do ato ilegal". A revogação deste dispositivo merece aplausos, pois, na realidade, sua aplicação foi desvirtuada e acabou sendo utilizada como instrumento válido para desfigurar condutas com o fito de atrair o julgamento de policiais militares para a Justiça castrense, abraçando situações destituídas do caráter militar, como na hipótese do crime praticado por militar em momento de folga, fora do recinto dos batalhões ou companhias, à paisana, motivado por questões privadas e desvinculadas da função policial. Bastava apenas invocar-se o argumento de que o acusado tinha utilizado arma pertencente à Corporação para configurar a competência da Auditoria militar. Felizmente isto já não é mais admitido.

3. Crime doloso contra a vida de civil

Outra significativa alteração corresponde à inserção de um parágrafo único ao aludido art. 9.º do CPM (aquele que define os crimes militares em tempo de paz), nos seguintes termos: "os crimes militares de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão de competência da Justiça comum".

Numa redação absolutamente contestável o legislador instaurou séria controvérsia no ambiente doutrinário. Recomenda a prudência que não se faça a interpretação ao pé da letra deste parágrafo único, posto que se assim for feito, a conclusão que se obtém é a de que o homicídio praticado por militar contra civil, a rigor, não deixa de ser crime militar. Como já ficou dito, crime militar é todo aquele assim tipificado no Código Penal Militar, inclusive o homicídio (art. 205). Sem dúvida o texto peca por não excluir este tipo de crime do rol dos considerados militares. Daí é que exsurge o argumento da inconstitucionalidade sustentada por alguns, assim denominados, operadores do Direito.

Fere ainda a boa técnica, pois, ao referir-se à "competência da Justiça comum", o legislador insere uma regra processual no Código Penal Militar. E nem se pode dizer que o legislador olvidou-se da existência do Código de Processo Penal Militar (Dec.-lei 1.002, de 21.10.1969), porque, também por meio da novel lei que ora se estuda, duas modificações nele fez acrescentar, uma para excetuar-se do foro militar especial os crimes dolosos contra a vida praticados contra civil e outra determinando que nestes casos se encaminhe os autos do inquérito policial à Justiça comum.

Apesar das imprecisões terminológicas já apontadas, defendemos a higidez constitucional da regra, pois ao examinar-se a *mens legislatoris* impõe-se não descurar-se das regras básicas de hermenêutica, muito embora há quem delas se afaste para argumentar a inconstitucionalidade.[3] Vem a calhar o ensinamento de Tercio Sampaio[4] ao afirmar que "a

(3) Nesse sentido é o artigo de Antonio Cerqueira, "Competência da Justiça Militar: inconstitucionalidade da Lei 9.299/96", publicado no *Boletim IBCCrim* 51, fev./97.

(4) FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito.* São Paulo : Atlas, 1995.

hermenêutica possibilita uma espécie de neutralização dos conflitos sociais, ao projetá-los numa dimensão harmoniosa – o mundo do legislador racional – na qual, em tese se tornam todos decidíveis. Ela não elimina, assim, as contradições, mas as torna suportáveis".

Incumbe ao jurista proceder a interpretação do dispositivo de forma não literal do enunciado, mas procurando atribuir o verdadeiro significado das palavras utilizadas pelo legislador, sempre com a idéia dos limites fixados pela Lei Maior e sem com esta coflitar. Sob este prisma, ao dispor sobre a nova competência para os crimes dolosos contra a vida cometidos contra civil, sobressai nítida a intenção do legislador em estabelecer que os delitos dessa natureza não são militares.

4. Juiz natural

A doutrina moderna sedimentou firme entendimento no sentido de ser o princípio do juiz natural conseqüência lógica de duas garantias constitucionais, a saber: "não haverá juízo ou tribunal de exceção" e "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (CF, art. 5.º, incs. XXXVII e LIII). Grinover, Scarance e Magalhães, com peculiar sabedoria afirmam que o "juiz natural é condição para o exercício da jurisdição", e que este princípio encerra "um verdadeiro pressuposto de existência do processo".[5]

Feito este brevíssimo preâmbulo, vale questionar: a alteração da competência da Justiça castrense para a Justiça comum violou o princípio do juiz natural? Pensamos que não, embora a resposta não seja tão simples assim.

No que concerne à legalidade do dispositivo não vislumbramos irregularidade capaz de resvalar o princípio do juiz natural, pois é a própria Constituição Federal que estabelece: "a lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar" (parágrafo único do art. 124 da CF de 1988). Em outras palavras, ainda que redigida com defeito, como já foi salientado, o certo é que a nova norma obedece à forma prescrita na Constituição, eis que criada por lei.

Mas é preciso ponderar que uma respeitabilíssima corrente de juristas, da qual são destaques os Professores Rogério Lauria Tucci e Ada Pellegrini Grinover, apresenta séveras restrições ao aspecto retroativo da competência fixada por uma lei nova, não admitindo a sua aplicação aos casos anteriores, aceitando-a somente para os processos instaurados na sua vigência,[6] ou, ainda numa posição mais rígida, assumindo a prevalência das normas de organização judiciária preexistente à prática da infração penal, ou a própria pré-constituição do juiz ao tempo do delito.[7]

Segundo essa corrente doutrinária, conquanto a lei se refira à modificação de competência, o certo é que ela produz reflexos além do esperado e que confrontam as regras constitucionais pré-constitutivas da jurisdição. Daí lançar-se até mesmo a idéia de que para os casos existentes prorroga-se a competência da Justiça castrense, pena do Tribunal de Justiça (comum) aderir à usurpação das competências e atribuições do Tribunal do Júri.

Pese todo respeito que guardamos dos cultores do Direito que abraçam a tese

(5) GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal.* São Paulo : Malheiros, 1992.

(6) Grinover, Scarance e Magalhães, *op. cit.*

(7) TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro.* São Paulo : Saraiva, 1993.

da inconstitucionalidade, com ela não compartilhamos. Acreditamos que nesse côncavo há um perfil pouco explorado, mas que pode contribuir para estagnar a testilha. Frederico Marques,[8] negando a retroação, disse que "não violam o princípio do juiz natural as modificações de competência, imediatamente aplicadas, contidas em leis regularmente promulgadas, visto que naquele princípio não se encerra nenhuma regra de direito intertemporal." Ademais, escorado no pensamento de René Garraud, sempre sustentou que "o réu não tem o direito adquirido de ser julgado segundo as normas processuais que vigiam ao tempo das infrações, não podendo entravar a função legislativa de organizar o processo e aperfeiçoá-lo".

Dias após a vigência da Lei 9.299/96, a 6.ª Turma do STJ,[9] com fulcro no art. 2.º do CPP (comum), o qual expressa o princípio da aplicação imediata da norma processual, confirmou a competência do Tribunal de Justiça para os casos pendentes de julgamento. Por esse julgado chega-se à conclusão que a tendência do STJ é considerar os dispositivos do novel diploma como sendo de natureza processual, aplicável a todos os processos segundo a regra *tempus regit actum*, desconsiderando o resultado oposto que se filia ao entendimento no sentido de ser a norma de natureza penal, o que de seu turno impede a retroação para os casos anteriores. Convém reafirmar, no entanto, que não há falar de retroatividade da lei processual, mas de sua imediata aplicação, pois, como escreveu Tornaghi,[10] "retroatividade haveria se a lei processual nova modificasse ou invalidasse atos processuais praticados antes de sua entrada em vigor".

Obtempera com precisão Cazetta Júnior[11] que a garantia do juiz natural, "que implica a predeterminação do juiz competente, não tem um caráter absoluto, nem se aplica com abstração de sua *ratio*, razão lógica e primeira de sua instituição. Bem por isso, a designação de um juiz *ex post facto* só é inadmissível quando, alternativamente, deriva de critérios subjetivos, implica interferência arbitrária no funcionamento do Poder Judiciário ou frustra o reto e imparcial funcionamento da função jurisdicional".

Das ponderações concordantes com a constitucionalidade da nova lei muito se aproveita, porquanto dão o necessário respaldo jurídico ao que na prática implantou-se desde o advento da lei. Cabe ressaltar que a declinação da competência não encontra resistência nem mesmo junto aos próprios órgãos da Justiça castrense. Ao contrário, com ela afinou-se de pronto, tanto que isto ficou absolutamente evidenciado nos autos de Conflito de Competência 17.665-SP, que teve curso perante o STJ, no qual figurou como suscitante o Juízo de Direito da 2.ª Vara do Júri e como suscitado o Juízo Auditor da 1.ª Auditoria Militar. Pressionado pela opinião pública e pelo noticiário em geral, que não lhe deram trégua, já na fase instrutória do processo (que se constituía de 36 volumes de autos principais e 44 volumes de apensos), depois de haver colhido vários testemunhos, de acusação e defesa, a Justiça Militar Estadual declinou da competência para processar e julgar o processo que ficou conhecido como "chaci-

(8) MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal.*

(9) Cf. acórdão relatado pelo Min. William Patterson, datado de 19.08.1996 (HC 5.660-SP).

(10) TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal.* 2. ed., São Paulo : Saraiva, 1977, v. I.

(11) CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. "Modificações na competência da Justiça Militar e o princípio do juiz natural: apontamentos sobre a Lei 9.299/96". Artigo publicado na *RT* 735, de jan./97.

na do Carandirú", apresentando como uma das justificativas, um argumento especial, no qual concluía que "os crime militares (ocorridos no evento do Carandiru) devem ser concebidos como delitos comuns, posto é direito fundamental do réu submeter-se a julgamento pelo Tribunal do Júri Popular, posto as vítimas são civis e se encontravam sob a proteção da administração civil do Estado". Logo, a própria Justiça especial demonstrou disposição de recusar a competência para julgar os policiais militares que tenham praticado crime doloso contra a vida de civil, pretendendo, ela própria, restabelecer a originária competência do Tribunal do Júri. No curso da tramitação do procedimento de conflito de competência editou-se a Lei 9.299/96, sendo então considerada no julgamento, conforme acórdão relatado pelo Min. José Arnaldo, datado de 27.11.1996, acolhido por unanimidade dos demais componentes da 3.ª Seção do STJ, mediante o qual confirmou-se o entendimento de que prevalece a imediata aplicação da lei para os casos pendentes de julgamento, sem nenhuma ofensa ao princípio constitucional do juiz natural, sendo firmada a competência do Tribunal do Júri.

Outra baliza que aponta para a conformidade desta nova regra com a garantia constitucional do juiz natural está fincada na própria Constituição, visto que esta declara ser o Tribunal do Júri o órgão da Justiça criminal comum competente e exclusivo para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5.º, XXXVIII).

Esta instituição, criada em nosso país pela Lei de 18.06.1822 – consoante nos informa proveitosa pesquisa histórica elaborada pelo Prof. Rogério Lauria Tucci –, todos sabemos, julga os crimes dolosos contra a vida, valendo-se do emprego de um procedimento que lhe é próprio. Comparativamente com aquele outro rito procedimental utilizado pela Justiça castrense, só benefícios produz ao acusado-policial, a começar por sua própria inscrição entre os direitos e garantias fundamentais. Além disso, no Tribunal do Júri a garantia de defesa é maior, confirmada pela possibilidade de utilização da fórmula do "protesto por novo júri". E outra vantagem está na soberania do veredito dos jurados, posto que restringe o reexame meritório da causa em grau de recurso.

Em suma, o Tribunal do Júri e o Tribunal de Justiça devem ser considerados juízos penais naturais para processar e julgar, originariamente e em grau de recurso, os policiais militares acusados de crime doloso contra a vida de civil. E o são porque a lei nova lhes atribuiu a competência, e esta atende aos ditames de outra garantia constitucional no sentido de que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5.º, LIII, CF).

5. Aspectos de ordem prática

Algumas hipóteses concretas têm suscitado outros questionamentos de ordem prática. Vamos ao exame de algumas delas.

Muito claro está que com o advento da lei todos os inquéritos policiais militares instaurados, concluídos ou em andamento, não mais devem tramitar perante a Justiça castrense. Aliás, esta já os remeteu – e os processos não julgados definitivamente também – à Justiça comum.

Quanto aos inquéritos policiais militares, por provocação de pequena parcela de Promotores de Justiça, acenou-se o posicionamento contrário à declinação da competência para o Tribunal do Júri (tese esta não vitoriosa no âmbito da Procuradoria de Justiça), sob o argumento de que a lei, ao determinar o encaminhamento dos autos à Justiça comum, usou a expressão "inquérito policial" e

não "inquérito policial militar" (cf. art. 2.º da Lei 9.299/96, que dá nova redação ao *caput* do art. 82 do CPPM, além de acrescentar o 2.º).

Parece evidente que o legislador referiu-se propositalmente ao inquérito policial, porquanto não há sentido lógico em manter-se as investigações de um crime doloso praticado por policial militar contra a vida de civil, sob a presidência de um Oficial da PM, se a ele não foram conferidas as atribuições de Polícia Judiciária comum, mas sim militar. Mas tal não significa que os IPMs já instaurados não possam ser aceitos na Justiça comum, até porque, em seu bojo, eles encerram atos perfeitos, acabados e válidos. Sobre este tema a entidade de classe dos Delegados de Polícia ingressou com ação direta de inconstitucionalidade perante o STF (ainda não julgada), objetivando preservar a exclusividade das atribuições para apurar os fatos delituosos dessa natureza.

Outros casos práticos aqui destacados referem-se aos processos remetidos ao Tribunal de Justiça para julgar os recursos de apelação, em sentido estrito, embargos ou revisão, que aguardavam julgamento na Justiça castrense (arts. 510 a 562 do CPPM). As hipóteses são variadas. Se o TJ reconhecer a existência de nulidade, ao declará-la também determinará a remessa do processo ao Tribunal do Júri, para ali renovarem-se os atos em consonância com o procedimento específico.

Questão das mais delicadas projeta-se quando o Tribunal de Justiça conclua ser procedente a apelação interposta pela Promotoria de Justiça, mediante a qual pugna-se pela condenação do réu absolvido em instância inferior. O mesmo se dá quando verifique a procedência do apelo defensório que tem por finalidade livrar o réu da condenação imposta por sentença da Auditoria. É sabido que a soberania das decisões do tribunal popular é intocável, o que impede ao TJ manifestar-se sobre o mérito da ação penal, sendo-lhe vedado declarar se absolve ou condena o réu. O máximo que se lhe permite é promover a reparação de injustiça ou erro no tocante à aplicação da pena. Tal não sucede na Justiça Militar Estadual, posto que o seu órgão de 2.ª Instância (Tribunal de Justiça Militar) pode rever livremente as decisões dos Conselhos de Justiça.

Convém comentar algo a respeito da formação desses Conselhos. A Lei de Organização Judiciária Militar (Dec.-lei 1.003/69) criou dois tipos de Conselho de Justiça: o especial e o permanente. O Conselho Especial é competente para processar e julgar os oficiais e é integrado por um juiz auditor (agora concursado) e quatro oficiais, sorteados entre os membros ativos da Corporação, sempre respeitando-se a patente superior ao réu. Este conselho funciona caso a caso, sendo sua presidência conferida ao oficial de maior patente entre os sorteados. Já o Conselho Permanente existe para processar e julgar os praças e graduados até a patente de sargento. Compõe-se do juiz auditor e mais quatro oficiais, sendo um superior (coronel, tenente-coronel ou major) a quem incumbirá a presidência, devendo reunir-se pelo prazo de três meses, dissolvendo-se ao fim deste período. Os conselhos guardam apenas uma tênue semelhança com o Júri, muito mais pela composição colegiada e obrigatoriedade dos debates orais (três horas para cada parte, acusação e defesa, e mais uma hora para réplica e outro tanto para tréplica) do que propriamente pela modalidade dos atos processuais que caracterizam cada rito. No julgamento todos votam, inclusive o auditor, inexistindo o sigilo da votação entre os membros do Conselho.

Traçados os pontos que os distinguem, retornemos à hipótese na qual o

TJ concorde com o apelo do Ministério Público, mediante o qual pede-se a reforma da decisão absolutória de primeiro grau. Constitui regra indeclinável aquela que impõe a todos os órgãos do Judiciário distribuir igualmente a justiça, o que tolhe a possibilidade do TJ de tratar desigualmente os jurisdicionados. Saliente-se, noutro passo, que se a lei estabelece que nos crimes dolosos contra a vida cometidos contra civil, o policial militar se submete à competência da Justiça comum, compreende-se que, implicitamente, a subordinação está condicionada às regras dos Códigos de Direito Penal e Processo Penal comuns.

Nunca é demais ressaltar que ao modificar a competência atendeu o legislador ao incontestável e notório anseio da sociedade, cuja vontade revelou flagrante causa política empenhada no intento de ver o policial militar estadual processado e julgado nos mesmos moldes da pessoa civil, quando contra esta praticar um crime doloso contra a vida.

Incogitável se torna, portanto, o desvirtuamento da garantia do Júri, pois a obediência às suas regras, procedimentais decorre de comando constitucional, erigido ao nível de garantia fundamental da pessoa humana, seja ela civil ou militar. Diz a Lei Maior que "é reconhecida a instituição do Júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a plenitude da defesa; o sigilo das votações; a soberania dos veredictos; a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida" (art. 5.º, XXXVIII, CF).

Tourinho Filho[12] indaga: "que se entende por soberania dos veredictos? Obviamente não significa nem traduz uma onipotência desenfreada e desco-

(12) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 8. ed., São Paulo : Saraiva, 1986, 4.º vol.

medida. A expressão foi empregada no sentido de que nenhum órgão jurisdicional pode sobrepor-se às decisões do júri para exercer, simultaneamente, o *judicium rescindens* e o *judicium rescisorium*". Em síntese, o TJ não está autorizado a modificar o pronunciamento do conselho de sentença.

Entendemos que se o TJ está impossibilitado de reformar a decisão de mérito do Tribunal do Júri, também o está das decisões dos Conselhos de Justiça em face da nova estipulação da competência. A simples circunstância de ser o réu militar e ter sido julgado por um colegiado, em conformidade com as regras estabelecidas no CPPM, não autoriza o TJ a prolatar um julgamento condenatório, alterando completamente a situação do réu – para pior. Se isto não pode legalmente fazer em relação ao civil, também não pode em se tratando de réu militar.

Melhor será então que o TJ se abstenha de enfrentar o mérito das ações penais desse gênero. E o óbice também se aplica ao caso cujo apelante seja o réu, com o fito de reformar a sentença condenatória recorrível. A solução jurídica adaptável à espécie compreende um édito de cunho extensivo e analógico, em consonância com o que estabelece o Código de Processo Penal, na combinação dos seus arts. 3.º e 593, inc. III, *d*, fixando-se o entendimento no sentido de que se a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos, o tribunal dará provimento ao recurso para sujeitar o réu a novo julgamento. É verdade que na Justiça castrense não há jurados, mas a adoção deste dispositivo não agride a forma procedimental especial, pois o art. 3.º do CPPM estabelece que os casos omissos serão supridos pela legislação de processo penal comum.

De sorte que quando o TJ vislumbrar a procedência da impugnação recursal que

objetive modificar totalmente a sentença pronunciada por Conselho de Justiça da Auditoria Militar, de modo a solidificar a mutação da decisão absolutória em condenatória, ou da condenatória em absolutória, deve, em obediência a todos os cânones constitucionais já comentados, remeter o réu a novo julgamento, pelo Tribunal do Júri, por considerar a decisão primitiva manifestamente contrária à prova dos autos.

Aliás, este critério, se for adotado de forma sistemática permitirá ao TJ confirmar a decisão absolutória atacada por recurso da Promotoria de Justiça, sempre que não constatar a contrariedade das provas produzidas. Deste modo, o TJ manterá incólume os princípios básicos que regem a instituição do Júri e paralelamente exercerá o pleno exercício da jurisdição nas hipóteses em que deva corrigir a dosagem da pena.

3. DOUTRINA NACIONAL

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ERRO JUDICIÁRIO

RUI STOCO

SUMÁRIO: 1. O erro judiciário (CPP, art. 630): 1.1 Considerações gerais; 1.2 Acusação privada e erro judiciário (CPP, art. 630, § 2.°, *b*); 1.3 A desconstituição do julgado como condição para a ação de indenização; 1.4 Legitimidade ativa e passiva *ad causam*; 1.5 Ação civil de reparação do dano; 1.6 Liquidação do dano – 2. Outros erros judiciários diversos da previsão constante do art. 630 do CPP – 3. A prisão indevida – 4. Bibliografia.

1. O erro judiciário (CPP, art. 630)

1.1 Considerações gerais

Já observava o inesquecível Mário Moacyr Porto[1] que "a lei não esgota o Direito, como a partitura não exaure a música".

Ademais, o imobilismo das leis é incompatível com o dinamismo da sociedade, na medida em que são as regras apenas amostras teóricas de comportamentos, que traduzem a consciência social de uma era.

Assim se apresenta o erro judiciário: não apenas a má subsunção do comportamento à norma em vigor à época do fato; o erro de perspectiva ou a falsa percepção dos fatos.

Pode decorrer, também, da falsa percepção que o julgador tem do preceito legal *in abstracto*, dando-lhe inadequada exegese no exato instante de aplicá-lo ao caso concreto, como, por exemplo, reconhecer atentado violento ao pudor e aplicar a absurda pena de 6 a 10 anos de reclusão prevista no art. 214 do Código Penal àquele que trocou carícias com a própria namorada, ou aplicou disposição anacrônica, reconhecendo a sedução (CP, art. 217) praticada contra mulher devassa e já prostituída, embora ainda virgem.

O erro judiciário traduz uma situação casuísta e que, portanto, exige que se analise caso a caso.

Mais.

Não se justifica nos dias atuais o estabelecimento de uma regra específica para o erro judiciário, tal como posto no art. 630 do CPP e no art. 5.° da Constituição Federal se já existe uma regra geral, ao nível constitucional, estabelecendo a responsabilidade objetiva do Estado, por danos que seus agentes causarem a terceiros (CF/88, art. 37, § 6.°).

O erro judiciário típico pode ser corrigido por outro julgado superior, através de medida específica e criada para tal – a Revisão Criminal – prevista no art. 621 do Código de Processo Penal[2] e

(1) PORTO, Mário Moacyr. "Os fundamentos estéticos do Direito", *RF* 229/371.

(2) O dispositivo do CPP dispõe: Art. 621. A revisão dos processos findos será admiti-

que no direito imperial tinha o nome de "recurso de revista".

Do que se infere que o *habeas corpus* é meio inadequado e sede indevida para obter o reconhecimento do erro judiciário.[3]

Aliás, embora capitulada entre os recursos, na realidade a Revisão constitui verdadeira ação, de caráter constitutivo-negativo, pois visa desconstituir a decisão anterior transitada em julgado, não havendo prazo para sua interposição.

Mas tenha-se em mente que *corrigir* o erro através da Revisão não é o mesmo que *reparar* o erro, no sentido civilístico da palavra, o que só se consegue no Juízo Cível, após a declaração dessa circunstância.

Dispõe o art. 630 do Código de Processo Penal:

"Art. 630. O Tribunal, se o interessado requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

§ 1.º – Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

§ 2.º – A indenização não será devida:

a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;

b) se a acusação houver sido meramente privada".

Não obstante esse direito já estivesse explicitado no Código de Processo Penal, a Constituição Federal de 1988 alçou o direito à indenização por erro judiciário à condição de garantia fundamental do cidadão, no art. 5.º, inc. LXXV, ao dispor que "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

Lembra João Sento Sé que a reparação do erro judiciário tem uma longa tradição no Direito brasileiro; o Código Penal de 1890, art. 86, já reconhecia o direito do reabilitado a uma justa indenização, a cargo do Poder Público, pelos prejuízos sofridos com a condenação.[4]

Na realidade – escreve Yussef Said Cahali[5] – o preceito do art. 630 do estatuto processual penal, mostra-se extremamente limitativo da responsabilidade indenizatória do Estado pelos danos causados no exercício da jurisdição criminal a seu cargo.

Para Luiz Antonio Soares Hentz[6] "opera com erro o juiz sempre que declara o direito a um caso concreto, sob falsa percepção dos fatos; a decisão ou sentença divergente da realidade conflita com os pressupostos da justiça, entre os quais se insere o conhecimento concreto dos fatos sobre os quais incidirá a norma jurídica".

Segundo escólio de Aguiar Dias[7], "ordinariamente, considera-se erro judi-

da: I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

(3) *RT* 304/454.

(4) SENTO SÉ, João. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais*, Bushatsky, São : Paulo, 1976, p. 57.

(5) CAHALI, Yussef Said. *Dano e Indenização*, São Paulo, Ed. RT, p. 97.

(6) HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização do Erro Judiciário*, São Paulo, 1995 p. 31.

(7) AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*, 6. ed., Rio de Janeiro : Forense, v. II, p. 327.

ciário a sentença criminal de condenação injusta. Em sentido mais amplo, a definição alcança, também, a prisão preventiva injustificada".

Podemos agora acrescentar que esse sentido amplo abrange, também, o excesso de pena ou o cumprimento de pena além do tempo fixado na sentença, por força do preceito constitucional contido no art. 5.º, LXXXV, da CF/88.

Nada justifica – hoje – excluir da possibilidade do erro, no sentido genérico a que se refere a Carta Magna, qualquer tipo de prisão, seja definitiva, decorrente de sentença; seja ela, ainda, preventiva, cautelar ou provisória.

Aqui, nesta quadra, está-se referindo ao erro judicial *in genere* e não apenas ao erro judiciário típico (*in specie*).

Para Luiz Hentz[8] as principais causas do erro judiciário são:

a) o erro ou ignorância; b) o dolo, simulação ou fraude; c) o erro judiciário decorrente da culpa; d) a decisão contrária à prova dos autos; e) o erro provocado não imputável ao julgador; f) a errada interpretação da lei; g) o erro judiciário decorrente da aplicação da lei.

Divergindo, apenas em parte, do ilustre autor, entendemos que apenas o erro substancial e inescusável, o dolo e a culpa poderão empenhar responsabilidade do Estado, por erro judiciário.

O erro judiciário decorrente da aplicação da lei inconstitucional, não obstante alguns trabalhos pioneiros, ainda suscita mais controvérsia do que solução.

É certo que a lei inconstitucional, aplicada à hipótese *sub judice* ou a não aplicação da lei de constitucionalidade indiscutível poderá, apenas em tese, gerar o erro judiciário.

Contudo, o direito à indenização por erro judiciário não poderá decorrer apenas dessa circunstância. A hipótese enquadra-se no critério ou regra geral preconizado no art. 37, § 6.º, da CF/88, de modo que só na análise do caso concreto é que se poderá pender para a solução adequada.

Em resumo, se o erro decorre de causas multifárias, o fato de se entender inconstitucional lei aplicada ou constitucional a lei não aplicada, quando devera ser, não pode – só por si – ser considerado, automaticamente, causa eficiente do dever de reparação. Esse juízo de valor há de ser feito em sede rescindenda, como pressuposto necessário e antecedente lógico, onde fique declarada não só a inconstitucionalidade (ou circunstância outra), como e principalmente o liame entre esta e o erro.

Ademais, a definição do que seja inconstitucional não é seara de suave colheita, de modo que, reitere-se, somente a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo aplicado e de que sua aplicação foi a causa eficiente do erro judiciário, ocorrida na ação revisional (Revisão Criminal) ou na Ação Rescisória é que poderá conduzir à indenização.

1.2 Acusação privada e erro judiciário (CPP, art. 630, § 2.º, b):

Cabe advertir, entretanto, que se a acusação houver sido meramente privada não poderá ser o Estado responsabilizado pelo erro, segundo a dicção do art. 630, § 2.º, *b* do CPP.[9]

A disposição, ademais de equivocada, mostra-se injusta.

Perceba-se a redação do indigitado art. 630: "O Tribunal, se o interessado requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

(8) *Op. cit.*, p. 29-39.

(9) Dispõe o art. 630, § 2.º, *b*, do CPP: § 2.º – A indenização não será devida: b) se a acusação houver sido meramente privada.

A uma, que a indenização, se devida, será sempre justa. A expressão é redundante.

A duas, que o dispositivo não esclareceu quem responderá pela "justa indenização".

Ora, se responsável pelo erro for o Estado-Juiz ou seus auxiliares, será empenhada a responsabilidade do Estado. Mas se responsável for o advogado da própria parte ou da parte contrária, evidentemente que continuará a existir um responsável, ainda que o particular.

A acusação pode ser privada nas ações penais privadas típicas e nas ações penais públicas subsidiárias (CPP, art. 29) mas os atos judiciais e a decisão serão sempre públicas, posto originados do Estado-Juiz.

Se, na ação penal privada ocorrer o chamado erro judiciário, decorrente de ato ou decisão equivocada do julgador, incidirá a regra geral do art. 37, § 6.º, da Constituição Federal e a indenização será devida se preenchidos todos os pressupostos exigidos.

1.3 A desconstituição do julgado como condição para a ação de indenização

Filiamo-nos à corrente doutrinária no sentido de que a cessação dos efeitos do julgado de que não cabe mais recurso, figura como condição para o reconhecimento do erro judiciário e a imputação do dever de indenizar do Estado.

Ou seja: cabe afirmar, como condição à reparabilidade do erro judiciário, a necessidade de revisão ou rescisão do julgado, *id est,* a sua desconstituição pela via própria.

Não há como anuir ao entendimento do citado autor Luiz Antonio Soares Hentz[10] ao expressar: "A sustentação que se faz aqui é no sentido da desnecessidade de desconstituir o julgado cível ou criminal, podendo a indenização ser postulada como ação autônoma, já que a coisa julgada não opera impedimento a considerações sobre eventual desacerto do julgamento".

Ora, a se aceitar a tese acima estaria instalada a incerteza jurídica com a desestabilização dos julgados, tendo-se de fazer *tabula rasa* do instituto garantidor e estabilizador da coisa julgada.

Figure-se a hipótese de um Juiz Substituto que, com apenas alguns dias de carreira, venha reconhecer, na ação civil de indenização, erro judiciário cometido, segundo seu entendimento, pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, confirmando, em sede de recurso extraordinário, decisão proferida em ação penal, invocando como fundamento do erro e razão de decidir a aplicação (ou confirmação da aplicação) de lei inconstitucional pela Suprema Corte!

Estaria se postando como revisor de uma Corte Suprema, à qual a Lei Magna atribuiu a prerrogativa de guardiã da constitucionalidade das leis.

O inusitado e absurdo do exemplo bem demonstra que a revisional (no crime) e a rescisória (no cível) exsurgem como pressuposto lógico indispensável para aventar-se a ação civil de indenização.

Nesse sentido, aliás, escólio de Juary C. Silva[11]: "parece-nos que a desconstituição da sentença transitada em julgado seja pré-condição essencial no atinente à caracterização dessa responsabilidade, em todas as hipóteses em que ela decorrer de sentença de mérito".

Cabem, entretanto, duas ressalvas:

A exigência da desconstituição do julgado como pré-condição, só se refere à decisão de mérito.

(10) *Op. cit.*, p. 43.

(11) SILVA, Juary C. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos*, São Paulo : Saraiva, 1985, p. 174.

O indivíduo, *ad exemplum* que permaneceu preso injustamente, sem motivação aparente; que tenha sido detido pela autoridade policial, com evidente abuso de poder, ou esteve cumprindo pena de outro indivíduo, seu homônimo, poderá, a qualquer tempo, exigir reparação do Estado. Mas aqui não se trata de erro judiciário, mas da má atuação do Estado-Administração.

A permanência na prisão, decorrente de sentença condenatória, além do prazo nela estipulado, poderá até decorrer de erro judiciário, em razão de erro de cálculo ou mesmo de incorreto critério no apuração, *in concreto*, da pena exeqüenda ou na sua unificação. Evidentemente que nessa hipótese a só comprovação do erro e a existência do nexo causal entre este e o dano ensejará a indenização. O erro, na hipótese, não decorre da decisão de mérito, mas localiza-se na execução da pena, fase posterior ao *iudicium causae*.

Por outro lado, a coisa julgada opera entre as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros (CPC, art. 482).

Desse modo, se a decisão judicial transitada em julgado prejudicar terceiro, estranho à lide, poderá este, eventualmente, reclamar reparação pelo dano que a decisão lhe causar, como conseqüência de sua exteriorização e projeção reflexiva ou oblíqua, independentemente de sua desconstituição prévia, o que ressuma óbvio, pois a decisão continuará valendo e irradiando efeitos.

Mas, então, também aqui, não se estará, propriamente, diante de um erro judiciário.

1.4 Legitimidade ativa e passiva ad causam:

Parte legítima (legitimidade ativa *ad causam*) para aviventar a ação cível visando a reparação é a vítima do erro judiciário *in specie* ou do ato judiciário danoso.

Tanto poderá ser a parte no processo onde se originou o erro, como o assistente, o opoente, o denunciado à lide ou o terceiro prejudicado na ação judicial de que não participou.

Contudo, se a vítima do erro judiciário vier a falecer, o direito à indenização se transmite às pessoas a quem ele estava obrigado a prestar alimentos (cf. Espínola Filho[12] e Rogério Lauria Tucci[13]).

Aliás, o art. 1.526 do Código Civil dispõe que "O direito de exigir reparação, e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança, exceto nos casos que este Código excluir".

Sujeito passivo da ação civil de conhecimento ou execução, visando a reparação do dano causado pelo erro judiciário, será o Estado (União, Estados e Municípios), representados em juízo pela Fazenda Pública.

Resta-lhe, contudo, o direito de regresso, nos termos do art. 37, § 6.°, da CF/88, contra o agente causador do dano, caso fique evidenciado que este agiu com dolo ou culpa.

Mas apenas na hipótese de comprovada a culpabilidade do agente público é que se poderá empenhar sua responsabilidade pessoal, pela via regressiva.

Cabe advertir, ainda, que, embora o magistrado possa ser responsabilizado de forma pessoal e direta nos casos de responsabilidade aquiliana, fundada na culpa, a obrigação de reparar o erro judiciário típico, a que se refere o art. 630 do CPP, será sempre do Estado, por força do disposto no seu § 1.°, que atribui esse dever à União e aos Estados federados.

(12) ESPÍNOLA FILHO, *Cód. Proc. Penal Bras. Anotado*, Rio de Janeiro : Borsói, 1955, v. VI, p. 384, n. 1.301;

Fora dessa hipótese, o ato judicial danoso poderá, em tese, possibilitar que se ingresse em juízo diretamente contra o seu causador (Juiz, Promotor, auxiliares da justiça), quando então o autor deverá provar o dolo ou culpa para obter o direito à reparação.

1.5 Ação civil de reparação do dano

Sustentamos anteriormente que a desconstituição do julgado através da Revisão Criminal, onde se desfaz ou rescinde o mérito da decisão judicial e declara a ocorrência do erro judiciário, constitui pressuposto lógico para a obtenção da indenização a que se refere o art. 630 do CPP.

Coerente com esse entendimento, a conseqüência lógica é no sentido de que essa decisão faz coisa julgada no cível, seja porque a declaração do erro conduz à indenização, por força de previsão expressa na Lei Magna, seja, ainda, por força da disposição contida no art. 1.525 do Código Civil, que assim dispõe: "A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime".

Razão pela qual aderimos ao entendimento de Luiz Antonio Soares Hentz[14] ao expor:

"O direito de ação pode ter a natureza de processo de conhecimento (quando necessário provar os fatos constitutivos do direito invocado), assim como pode ser um processo de execução (quando o direito à indenização for previamente reconhecido, como na hipótese de revisão criminal)".

(13) TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*, São Paulo : Saraiva, 1980, p. 288.

(14) *Op. cit.*, p. 137-138.

Ofende a lógica jurídica permitir que o julgador civil ingresse no próprio mérito da causa revisional para decidir de forma contrária ao que ficou assentado na ação criada apenas e tão-somente para a revisão das decisões proferidas no crime e acobertadas pela imutabilidade ordinária, por força da coisa julgada.

Também aqui haveria uma *contraditio in terminis* e a insegurança jurídica.

Mas, reconhecido o erro, em decisão proferida pela Corte rescindenda, forma-se verdadeiro título executivo, bastando, no cível, fixar e apurar o *quantum* da indenização.

Aliás, o § 1.º do art. 630 do CPP não deixa margem a disceptações, ao dispor que essa indenização "será *liquidada* no juízo cível", mostrando, estreme de dúvida, que, nesta sede, se promove apenas a liquidação.

1.6 Liquidação do dano

Não obstante se encontrem decisões em sentido diverso,[15] dúvida não nos assola de que a indenização por erro judiciário típico, previsto no art. 630 do CPP e por prisão indevida, seja por abuso, ou pelo excesso no cumprimento de pena (CF/88, art. 5.º, inc. LXXV), deve ser apurada segundo a regra do art. 1.550 do Código Civil.

Isto porque o art. 1.551 desse Estatuto não deixa dúvida ao esclarecer que "consideram-se ofensivos da liberdade pessoal: I – o cárcere privado; II – a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; III – a prisão ilegal.

Ora, a prisão anterior ou posterior à sentença de mérito que vier, em sede própria, a ser declarada indevida em razão de erro judicial será, sem dúvida, ilegal, subsumindo-se à hipótese previs-

(15) TJSP, Ap. 224.123-1 e TJPR, *RT* 329/744.

ta no dispositivo acima mencionado (inc. III).

Desse modo a indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido (danos emergentes e lucros cessantes), e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1.547 (cf. art. 1.550 do Código Civil). Isto porque este art. 1.550 dispõe que "a indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1.547".

Ora, a ofensa à liberdade pessoal é o gênero de que o erro judiciário civil e criminal, o excesso de prazo no cumprimento de pena privativa da liberdade e a prisão indevida são espécies.

Significa, pois, dizer que o erro judiciário propicia dupla reparação: por dano material efetivamente ocorrido, como eventuais danos emergentes e lucros cessantes, e por dano moral.

Preconiza a lei a cumulação de indenizações: material, consistente nos danos patrimoniais efetivos causados à vítima; nos lucros cessantes, na consideração de que a privação da liberdade poderá tê-lo privado também do exercício de sua atividade profissional, e extrapatrimonial – a título de dano moral – que se presume, dispensando comprovação.

Nesse diapasão o escólio de Yussef Cahali[16]: "a questão não é nova. A se atribuir à reparação do dano moral o caráter exclusivo de pena privada (e nós não o aceitamos), poder-se-ia deduzir que *l'État ne répare pas le dommage moral*, na medida que a ação repressiva dirigida contra o Estado não teria nenhum sentido (Colliard, *Le prejudice dans la responsabilité administrative*, p. 69). Como ressalta Ripert, a aplicação desse princípio deixaria incompleta a reparação do dano (*La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, n. 183, p. 354)".

Atualmente, contudo, a crítica não procede, pois esse valor resultante do critério legal (dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva) não se mostra mais insignificante como obtemperou Carlos Roberto Gonçalves na edição anterior de sua obra.[17]

Pelo contrário.

É que a Lei 7.209/84, que deu nova redação à Parte Geral do Código Penal, estabeleceu novos parâmetros para a fixação da pena de multa.

O parágrafo único do art. 1.547 do Código Civil (aplicável aos casos *sub examine* por expressa disposição legal) estabelece que se na injúria ou calúnia o ofendido não puder provar prejuízo material, "pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva".

Levando-se em consideração os critérios estabelecidos no art. 49 do Código Penal para a fixação da pena de multa, teremos:

Multa no grau máximo: 360 dias-multa, multiplicado pelo valor máximo do dia-multa, que corresponde a 5 vezes o salário mínimo = 1.800.

Dobro da multa no grau máximo: 1.800 x 2 = 3.600 salários mínimos.

Como se vê, o valor é realmente expressivo, pois, hoje, equivaleria a aproximadamente U$ 374.000,00 (trezentos e setenta e quatro mil dólares) o que, contudo, não compromete o raciocínio desenvolvido, nem desautoriza a afirma-

(16) CAHALI, Yussef Said. *Dano e Indenização*, cit., p. 99.

(17) GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 4. ed., São Paulo : Saraiva, p. 38.

ção de que essa indenização tarifada foi prevista com o objetivo de compor o dano moral, sem prejuízo da indenização por danos materiais comprovados.

2. Outros erros judiciários diversos da previsão constante do art. 630 do CPP

Tradicionalmente, quando se fala em *erro judiciário*, sem ulteriores especificações, trata-se de erro judiciário no juízo criminal. Mas existem erros judiciários fora da órbita penal. Esses demais erros estão compreendidos nos atos judiciais, de que aquele é mera especialização.[18]

Edmir Neto Araújo[19] já manifestava o entendimento – correto, aliás – de que se deve entender por erro judiciário a sentença equivocada, quer seja emitida em um processo criminal quer tenha origem em um procedimento não-penal.

O erro judiciário é ato jurisdicional, "vale dizer, ato jurisdicional legítimo (melhor dizer "autêntico"), perfeitamente identificado com as formalidades que lhe são inerentes".[20]

O que se pretende esclarecer é que a indenizabilidade decorrente dos danos causados por força da atividade judiciária como um todo, já encontrava supedâneo na regra geral estabelecida no art. 107 da revogada Constituição Federal de 1967 e o encontra no art. 37, § 6.° da atual.

Ocorre que o legislador ordinário, já nos idos de 1941, quando posto a lume o Código de Processo Penal, preocupou-se em assegurar o direito das vítimas de erros judiciários na esfera penal.

Mas pode-se afirmar, sem disceptação, que o direito à indenização por atos judiciais nocivos, originados de erro, decorre do sistema geral estabelecido na Constituição da República, como atrás afirmado.

Tanto isso é certo que a CF/88 validou e recepcionou o art. 630 do CPP ao estabelecer, desnecessária e casuisticamente, o direito à indenização por erro judiciário no art. 5.°, LXXXV, não obstante a regra geral constante do art. 37, § 6.°.

Aliás, já se acentuava, antes disso, expressiva manifestação da doutrina, com reflexos na jurisprudência, no sentido de reconhecer a responsabilidade do Estado por danos conseqüentes de suas falhas e omissões na prestação jurisdicional.

O sistema processual em vigor reconhece dois tipos de erro: o *error in procedendo*, que se traduz na equivocada condução do procedimento e o *error in judicando*, que expressa o equívoco no julgamento propriamente dito.

Ambos poderão conduzir o Estado à obrigação de indenizar.

Mas cabe acentuar que a responsabilidade do Estado por erro judiciário e prisão indevida encontra previsão específica no art. 5.°, LXXV da CF/88 e no art. 630 do CPP, enquanto que a responsabilidade civil pessoal do Magistrado está fixada no art. 133 do Código de Processo Civil, restringindo-se às hipóteses de dolo (posto que a fraude é uma conduta dolosa) ou culpa, esta sob a modalidade da negligência, ou seja, "recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte", segundo a dicção do art. 133 do Código de Processo Civil e, portanto, com fundamento na responsabilidade aquiliana.

(18) CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, 2. ed., São Paulo : RT, 1985, p. 597).

(19) NETO ARAÚJO, Edmir. *Responsabilidade Civil do Estado por Ato Jurisdicional*, São Paulo : Ed. RT, 1981, p. 113.

(20) HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização do Erro Judiciário*, São Paulo : Eud, 1995, p. 19.

Aliás, disposição idêntica foi reproduzida no art. 49 da Lei Orgânica da magistratura Nacional (LC 35, de 14.03.79).

Nelson Nery Júnior[21] assume posição contrária ao nosso entendimento ao expor que "a responsabilidade pessoal do juiz somente ocorrerá se tiver procedido com dolo ou fraude. A culpa no exercício da atividade jurisdicional não acarreta, para o magistrado, o dever de indenizar. O ato jurisdicional danoso, praticado com culpa, embora não enseje ao juiz o dever de indenizar, pode acarretar, em tese, esse dever para o poder público (CF, art. 37, § 6.º)".

Cabe obtemperar, contudo, que o legislador não foi redundante, nem inseriu no preceito do art. 133 do CPC e do art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional palavras inúteis. Se dispôs que a responsabilidade do juiz é pessoal quando agir: *I) com dolo ou fraude* e quando *II) recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo a prática de ato*, temos que se a culpa em sentido estrito não estivesse incluída na previsão o item II seria dispensável.

Convenha-se que em um tema de extrema importância como este o legislador não terá sido displicente a esse ponto, ao pôr a lume dois estatutos fundamentais.

Ademais, a indolência, a omissão ou a recusa imotivada, como é cediço, são espécies de que a negligência é o gênero.

Comentando o artigo 133 da lei processual codificada Arruda Alvim esclarece: "Se, de uma parte, é bastante restrita a responsabilidade pessoal dos juízes, o que não exclui a responsabilidade civil do Estado, naquelas hipóteses em que se configure a responsabilidade dos juízes, devemos observar, por outro lado, que a responsabilidade do Estado, prescindindo-se da responsabilidade do juiz, de índole pessoal', é algo mais ampla".[22]

Consonante com o entendimento por nós defendido neste seguimento, o eclético jurista Joel Dias Figueira Júnior,[23] destacado magistrado do Estado de Santa Catarina, faz uma distinção dicotômica do erro judiciário, neste incluindo a atuação culposa do magistrado, assim se expressando, *in verbis:*

"Dentro da distinção exposta tradicionalmente, o erro judiciário *stricto sensu* enquadrar-se-ia naquelas figuras descritas no art. 133 do Código Buzaid (procedimento culposo – culpa grave – ou doloso; recusa, omissão ou retardamento sem justo motivo de providências que deveria tomar de ofício ou a requerimento da parte) e naquelas outras do art. 630 do Código de Processo Penal, em sintonia com o estatuído no inc. LXXV da Constituição Federal (direito à indenização pelos prejuízos sofridos decorrentes de sentença condenatória, após a obtenção de decisão judicial determinando a sua cassação – revisão criminal); condenação errada e prisão por tempo superior ao fixado no *decisum*. De outra parte, o erro judiciário *lato sensu* estaria enquadrado nas hipóteses de mau funcionamento da máquina administrativa. Seguindo este entendimento, sinteticamente, poderíamos classificar a responsabilidade do Estado por dolo, fraude ou culpa grave do magistrado, ou por culpa (objetiva) do serviço judiciário verificada não por causa do juiz, mas sim, por inércia, negligência ou desordem na manutenção e funcionamento dos serviços judiciais".

(21) NERY JÚNIOR, Nélson. *CPC e Legislação Processual Civil extravagante em vigor*, São Paulo : Ed. RT, art. 133, ns. 1 e 2, p. 390-391.

(22) ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil Comentado*, v. 5, p. 308.

(23) FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade Civil do Estado-Juiz*, Curitiba : Juruá, 1995, p. 56.

3. A prisão indevida

O art. 5.°, inc. LXXV impõe ao Estado a obrigação de indenizar o condenado que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Essa prisão indevida não decorre do clássico erro judiciário, nem assim se caracteriza, pois ocorre não em razão da sentença de mérito, mas em função da incorreta execução da pena ou da desídia dos agentes públicos.

Nesse sentido o pensamento de Luiz Antonio Soares Hentz[24] ao observar que "o princípio da indenização da prisão além do tempo fixado na sentença foi explicitado no direito constitucional juntamente com a reparação do erro judiciário e, embora haja pontos de contato entre os dois institutos de direito material, afirma-se que o erro judiciário não depende da verificação de prisão, assim como a indevida privação da liberdade física não decorre necessariamente de erro de julgamento".

Perceba-se que a garantia constitucional abroquelada no inciso LXXV do art. 5.° da Magna Carta só se referiu ao erro judiciário e ao excesso de prisão.

Do que se infere que, segundo o *canon* constitucional, pressupõe-se uma prisão legal e legítima, decorrente de sentença hígida e imperante mas que se torna ilegítima após alcançado o termo *ad quem* estabelecido na decisão judicial.

Ocorre, pois, a ilegitimidade do excesso de prisão e não a ilegitimidade da prisão em si.

Poder-se-ia então entender que a regra constitucional asseguradora de garantia fundamental é taxativa, em *numerus clausus*.

Não é o que ocorre, porém.

Como não se desconhece, porque truísmo, a Carta Magna estabelece princípios e não casuísmos, os quais reserva à legislação infraconstitucional.

Desse modo a prisão indevida, seja qual for, ainda que não se subsuma com perfeição à hipótese enunciada naquele inciso, enseja reparação.

Exemplificamos acima alguns casos de prisão indevida, diversos da permanência do condenado na prisão decorrente de sentença condenatória legítima além do prazo nela estipulado, como, *ad exemplum*, o indivíduo mantido preso injustamente, sem motivação aparente, ou que tenha sido detido pela autoridade policial, com evidente abuso de poder, ou, ainda, esteve cumprindo pena de outro indivíduo, seu homônimo.

A prisão temporária (Lei 7.172, de 14.12.83), a prisão em flagrante (CPP, art. 301) efetivada por agente público e a prisão preventiva (CPP, art. 312) sem que ocorra a instauração de ação penal, também podem, conforme o caso e as circunstâncias, converterem-se em erro judicial, ensejador da prisão indevida.

São, portanto, hipóteses de prisão indevida por erro judicial (e não erro judiciário) que também empenham a responsabilidade do Estado, seja por força da garantia insculpida no art. 5.°, inciso 5.° da CF/88, seja em razão da regra geral estabelecida no seu art. 37, § 6.°.

4. Bibliografia:

ARRUDA ALVIM. *Código de Processo Civil comentado*, v. 5.

GONÇALVES, Carlos Roberto. 4. ed., *Responsabilidade Civil*, São Paulo : Saraiva.

NETO ARAÚJO, Edmir. *Responsabilidade Civil do Estado por Ato Jurisdicional*, São Paulo : Ed. RT, 1981.

(24) HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da Prisão Indevida*, São Paulo Leud 1. ed., 1996, p. 129.

ESPÍNOLA FILHO. *Código de. Processo Penal Brasileiro Anotado*, Rio de Janeiro : Borsói, 1955, v. VI.

SENTO SÉ, João. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais*, São Paulo : Bushatsky, 1976.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade Civil do Estado-Juiz*, Curitiba : Juruá, 1995.

AGUIAR DIAS, JOSÉ DE. *Da responsabilidade Civil*, 6. ed., Rio de Janeiro : Forense, v. II.

SILVA. Juary C., *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos*, São Paulo : Saraiva, 1985.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. 1. ed., *Indenização do Erro Judiciário*, São Paulo : Eud, 1995.

——. *Indenização da Prisão Indevida*, 1. ed., São Paulo : Leud, 1996.

PORTO, Mário Moacyr. *Os Fundamentos Estéticos do Direito*, Rio de Janeiro : Forense, jan-mar/70, v. 229, p. 371.

NERY JÚNIOR, Nélson. *CPC e Legislação Processual Civil extravagante em vigor*, São Paulo : Ed. RT.

RT 304/454. Volume 304.

TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*, São Paulo : Saraiva, 1980.

TJSP, ApCiv 224.123-1.

TJPR, *RT* 329/744.

CAHALI, Yussef Said. *Dano e Indenização*, São Paulo : Ed. RT.

——. *Responsabilidade Civil do Estado*, 2. ed., São Paulo : Ed. RT, 1985.

4. DIREITO DE TRÂNSITO

DIREITO DE REUNIÃO E O USO DAS VIAS PÚBLICAS

MARCELO CORTEZ RAMOS

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direito de reunião – Um breve histórico – 3. Direito de reunião – Natureza e elementos: 3.1 Natureza; 3.2 Elementos – 4. Limitações ao direito de reunião.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 ficou conhecida entre nós como "Constituição Cidadã", na medida em que trouxe em seu bojo um repertório imenso de direitos e garantias individuais, muitos deles já consagrados em textos constitucionais anteriores – mas ampliados em seu alcance – outros inovadores do direito pátrio, como o *Habeas Data* e o Mandado de Injunção.

Essa *hipertrofia* de direitos e garantias individuais que caracteriza a Carta Magna vigente não trouxe só vantagens, como seria de se esperar. A despeito da regra de que as disposições referentes aos direitos e garantias têm aplicação plena e imediata (Constituição Federal, art. 5.°, § 1.°), a falta de legislação infraconstitucional adequada à causa, ainda hoje, a ineficácia de determinadas disposições constitucionais que dão fundamento a direitos ou a garantias básicas do cidadão. Assim, convivemos com situações absurdas e contraditórias, para dizer o mínimo, como a do instituto do Mandado de Injunção, cujo objetivo é exatamente o de "conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora de direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação",[1] ele mesmo à espera de regulamentação e, via de conseqüência, de pouca ou nenhuma utilidade.

Por outro lado, direitos há que, seja também por falta de regulamentação, seja por falta de *costume* quanto à sua prática, acabam possuindo limites muito mais abrangentes do que aqueles que inspiraram o legislador a adotá-los. E isso é igualmente danoso, na medida em que todos os direitos, qualquer deles, precisam de limites ao seu exercício, sob pena de causarem a inviabilidade do sistema no qual estão inseridos.

Entre estes últimos podemos, com certeza, incluir o direito de reunião que, apesar de ter estado presente a quase todas as nossas constituições, ganhou contornos novos na recente carta, os quais não foram ainda de todo assimilados por nós, o que tem acarretado abuso no seu exercício, de um lado, e de outro lado, certo despreparo das autoridades constituídas em impedir esse abuso e, assim, em garantir outros direitos que se vêem frustrados pela exagerada expansão daquele.

Por tudo isso, a intenção deste estudo é a de lançar novas luzes sobre o assunto, procurando discutir com mais profundidade aspectos do exercício do direito de reunião geralmente não discutidos pela doutrina e jurisprudência, especialmente o que diz respeito ao uso indiscriminado das vias públicas, pois esta é a faceta do problema que fala mais

(1) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 426 e 427.

de perto ao policiamento de trânsito, área de atuação da Polícia Militar em que exerço minhas funções há quase cinco anos.

Para tanto, inicio traçando um breve histórico desse que é um dos direitos cujo gozo os povos modernos experimentam há mais tempo, cuja origem talvez repouse na origem da própria democracia, obviamente não com o *status* de direito individual (até porque não se tinha ainda esta noção), mas como parte do exercício daquele que viria a ser o regime de governo adotado por quase todos os povos civilizados. Seguindo-se ao histórico, procurarei definir a natureza e os elementos do direito de reunião e, por fim, terá lugar a discussão acerca do problema central que propus deslindar, ou seja, é lícito o uso indiscriminado de vias públicas para o exercício de tal direito?

2. Direito de reunião – um breve histórico

Não é objetivo deste trabalho, como já ressaltei, esgotar o tema *direito de reunião*, o que, por óbvio, não seria possível numa análise que se pretende rápida e voltada apenas a um aspecto do direito de reunião, que é a ocupação das vias públicas quando de seu exercício. Assim, ao fazer uma análise da história do tema, procurei ressaltar apenas os aspectos necessários à análise do enfoque principal do trabalho.

Como anotado retro, a origem remota do direito de reunião guarda relação, certamente, com as origens da própria democracia. É evidente que então não havia falar-se em *direito de reunião* como direito fundamental, mesmo porque inexistente, à época, essa noção. Mas os povos que primeiro experimentaram o regime democrático tiveram também a oportunidade de fruir aquele direito, ainda que de forma inconsciente. A respeito, informa Mozart da Gama que "O Senado Romano era, na antiga Roma, mais uma assembléia consultiva que um poder legislativo. Reunia-se, apenas, quando os cônsules, os pretores ou os tribunos o convocavam. A êle competia, tão sòmente, a aprovação das leis, votadas pelos cidadãos romanos nos comícios. Era êste, assim, o processo de manifestação da opinião do povo de Roma. Eram espécies de assembléias populares, em que os cidadãos da antiga capital do mundo decidiam os problemas de sua vida política e administrativa (...) O significado que, modernamente, se atribui à palavra *comício* deriva do comício por tribos, mas hoje o vocábulo se aplica quase que exclusivamente às reuniões a céu aberto, com fins quase exclusivamente políticos"*(sic)* (grifo do autor).[2]

Já nos tempos atuais, o texto legal que, pela primeira vez, previu expressamente o direito de reunião foi a *Declaração de Pensilvânia*, de 1776, que em seu artigo 16 trazia: "O povo tem o direito de se reunir, de deliberar o bem comum, de dar instruções a seus representantes e de solicitar à legislatura, por meio de mensagens, de petições ou de representações, a emenda dos erros que considere por ela praticados".[3] O texto supra expressa com inegável clareza a importância do direito de reunião para os cidadãos já à época pré-independência americana, abrangendo quase que a totalidade dos atos de sua vida política.

Seguindo-se a ela veio a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,*

(2) GAMA, Mozart da. *Os Direitos do Homem na Constituição*. 1. ed., Rio de Janeiro, Guanabara, 1937, t. I, p. 133-135.

(3) CUNHA, Fernando Whitaker da *et al. Comentários à Constituição*. 1. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 207.

editada na França em 1789, que, embora não de forma explícita, também consagrou o direito de reunião, conforme assevera Deguit em seu *Manual de Direito Constitucional*: "L'art. 11 de la Déclaracion des droits de 1789 consacre implicitemente, mais d'une manière certaine le principe de la liberté de réunion. La libre commuation des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme: tout citoyen peut donc parler...*libremente* sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi" (grifo do autor).[4] e [5]

Ainda na França, a Constituição de 1791 foi mais expressa ao declarar: *"La constituition garantit, comme droits naturels et civils..., la liberté aux citoyens de s'assembler paisiblement et sans armes, en satisfaisant aux lois de police..." (tit. I, § 2).*[6] e [7]

Voltando aos Estados Unidos, após a Emenda Constitucional n. 1, prosperou, em meio à doutrina, a idéia que considerava o direito de reunião um desdobramento do direito de opinião, como ensina Alcino Pinto Falcão: "... tanto assim que a respectiva Corte Suprema, em julgado de 1876, o afirmou: 'A verdadeira idéia de governo na forma republicana implica no direito de se reunirem pacificamente os cidadãos para se consultarem sobre os negócios públicos e requererem reparação de agravos'" (*sic*).[8]

Finalmente, é indispensável ressaltar como contribuição à cristalização do direito de reunião entre os povos, a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948, que, em seu art. XX, consagra expressamente a liberdade de reunião pacífica, assim como a de associação.

No Brasil, embora nossa primeira Constituição fosse omissa a respeito, essa omissão foi, segundo João Barbalho, citado por José Cretella Júnior, "compensada com textos de lei ordinária, reconhecendo o *direito de reunião* com desdobramento natural da *liberdade individual* (Lei de 20 de outubro de 1823, Código Criminal do Império, de 16 de dezembro de 1830, parte IV, cap. II, os Avisos de 3 de outubro de 1831, de 2 de janeiro de 1832 ..." (grifos do autor).[9]

Já a Constituição de 1891 estabeleceu em seu art. 72, § 8.º: "A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a polícia, senão para manter a ordem pública". O texto da Carta de 1934, a par de desvincular, com acerto, o direito de reunião do de associação, introduziu a possibilidade de que a autoridade pudesse estabelecer o local para reunião, *ex vi legis* do art. 113, n. 11: "A todos é lícito se reunirem sem armas, não podendo intervir a autoridade senão para assegurar ou restabelecer a ordem pública. Com esse fim, poderá designar local onde a reunião se deva

(4) DEGUIT, Leon. *Manuel de Droit Constitutionel*, 1. ed., Paris, 1907, p. 556-557.

(5) N.a.: O art. 11 da Declaração de Direitos de 1789 consagra implicitamente, mas com certeza, o princípio da liberdade de reunião. A livre expressão de idéias e de opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode falar livremente, mas responde pelos excessos nos casos previstos em lei.

(6) DEGUIT, Leon. *Op. cit.*, p. 557.

(7) N.a.: A Constituição garante como direitos naturais e civis, entre outros, a liberdade dos cidadãos de se reunirem pacificamente e sem armas, obedecidas as restrições legais.

(8) CUNHA, Fernando Whitaker da, *et al. Op. cit.*, p. 208.

(9) CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, v. 1, p. 289.

realizar, contanto que isso não a impossibilite ou frustre".

Assim, notava-se já uma restrição ao direito de reunião, que iria culminar com a Carta de 1937 que, em pleno Estado Novo, mostrou o significado dos *novos tempos*: "Todos têm direito de reunir-se pacificamente e sem armas. As reuniões a céu aberto podem ser submetidas à formalidade de declaração, podendo ser interditadas em caso de perigo imediato para a segurança". O mesmo texto, em linhas gerais, repetiu-se na Constituição de 1946, exceto pela substituição do termo *segurança pública* por *ordem pública*.

Veio então a Constituição de 1967, que em seu art. 153, § 27 rezava: "Todos podem reunir-se sem armas, não intervindo a autoridade senão para manter a ordem. A lei poderá determinar os casos em que será necessária a comunicação prévia à autoridade , bem como a designação, por esta, do local de reunião".

E, finalmente, chegamos ao texto da atual Constituição, considerado por Alcino Pinto Falcão como o mais liberal quanto ao reconhecimento de direito de reunião. De fato, subtraiu-se a possibilidade de que a autoridade designasse o local para a realização da reunião, bem como retirou-se também do texto a cláusula permissiva segundo a qual a polícia só poderia intervir para manter (assegurar, restabelecer, dependendo do texto das constituições anteriores) a ordem pública (ou a segurança pública ou, simplesmente, a ordem). É obvio que, quanto à intervenção da polícia, não será a falta dessa consideração no texto constitucional que a impedirá de agir em caso de risco à ordem pública, como se verá mais detidamente adiante.

Certo é que, desde a sua não tão distante origem em solo pátrio, até os nossos dias, o direito de reunião, malgrado estivesse sempre garantido constitucionalmente, sofreu contratempos vários, chegando mesmo, durante o período do chamado regime militar, a ser uma distante lembrança na mente do povo brasileiro. Nos dias de hoje podemos dizer que o *direito* não é apenas retórico, mas se verifica na prática do dia-a-dia de qualquer cidade brasileira; ao contrário, assistimos hoje, como já firmei, a uma extrapolação no exercício desse direito, muitas vezes em detrimento de direitos outros alheios.

3. Direito de reunião – natureza e elementos

3.1 Natureza

Definir a natureza de ser de uma coisa é definir sua essência, sua razão de ser. No dizer de De Plácido e Silva, "A natureza da coisa, pois, põe em evidência sua própria essência ou substância, que dela *não se separa*, sem que a modifique ou a mostre diferente ou sem os atributos, que são o seu caráter (...)" (grifos do autor).[10]

No que toca ao direito de reunião, sua natureza já se contém em sua definição. É, pois, um direito; mas não um simples direito, mas um direito fundamental. Ao referir-se a direitos fundamentais, preferindo essa denominação a tantas outras criadas pela doutrina ao longo dos tempos (direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas), José Afonso da Silva observa que "Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para

(10) SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 3.

designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem sobrevive (...)" (grifos do autor).[11]

Prosseguindo na determinação da natureza do direito de reunião, cabe agora estabelecer se se trata de direito individual ou coletivo, respeitando a sistemática imposta pela Constituição, mas que ela mesma não respeita, ao não definir precisamente a qual categoria pertence cada um dos direitos enumerados, tarefa que vem sendo desempenhada pela doutrina que, aliás, não é uniforme a esse respeito.

Celso Ribeiro Bastos considera-o direito individual,[12] assim como José Cretella Júnior.[13] Já para Alcino Pinto Falcão, escudado na doutrina alemã, trata-se de direito coletivo.[14]José Afonso da Silva, de outro lado, entende ser o direito de reunião um *direito individual de expressão coletiva*.[15]

De fato, a razão está com este último. O direito de reunião é sim direito individual, tanto que o não atendimento de um dos requisitos para a sua configuração por um ou por vários dos manifestantes (como, por exemplo, estar portando arma), não elide o direito de todos, mas apenas daqueles que incidiram nas condutas vedadas.[16] Entretanto, não se materializa por intermédio de um indivíduo ou mesmo de poucos; é da sua natureza a expressão coletiva, vale dizer, não se concebe o exercício do direito de reunião por uma só pessoa, por um só indivíduo. Assim, é direito individual de expressão coletiva, como bem definiu José Afonso da Silva.

Cabe assinalar que o legislador constituinte pátrio não estabeleceu critério seguro para a distinção entre direitos individuais e coletivos, até porque se trata de expressões equívocas, que assumiram, ao longo da evolução doutrinária, significados diversos.

Inicialmente, a adoção do termo *individual* pareceu traduzir o antagonismo ao absolutismo que caracterizava o período que antecedeu à consagração desses direitos. Assim, seria uma liberdade contra o Estado, do indivíduo e, por isso, individual. Direito individual, portanto, em contraposição a direito do Estado. Não se pretendeu, assim, de início, denominá-lo individual no sentido de ser direito de uma só pessoa, ou mais propriamente, direito que se frui individualmente, isoladamente.

O termo *coletivo*, por sua vez, surgiu como expressão de uma nova dimensão dos direitos fundamentais: era necessário garantir direitos de cunho social, cuja utilidade não se exaurisse no indivíduo mas, tendo ele como destinatário, transcendesse a sua pessoa e atingisse todo um corpo social. Coletivo, então, não está a significar o direito que se frui em grupo, ou somente pelo grupo.

Assim, quanto ao direito de reunião, pode-se dizer que, do ponto de vista da estrutura constitucional e da evolução dos direitos fundamentais, é um direito

(11) SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 176 e 177.

(12) BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 1988-1989, v. 2, p. 92.

(13) CRETELLA JR., José. *Op. cit.*, p. 289.

(14) CUNHA, Fernando Whitaker da, *et al. Op. cit.*, p. 211.

(15) SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 192.

(16) Cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, 1. ed., Ed. RT, 1968, t. IV, p. 565-566.

coletivo; já do ponto de vista do titular do direito, é individual, vale dizer, seu gozo é divisível, sobre só conceber-se numa coletividade.

Assente que se trata de direito individual de expressão coletiva, impõe-se questionar: qual é o seu destinatário?

Embora a sua origem e natureza conduzam ao entendimento de que se trata de um direito de índole política – em que pese não pertencer ao capítulo a eles reservados em nossa estrutura constitucional – e, assim, só acessível aos cidadãos, aos eleitores, isso não é verdadeiro. Destinatário dele são todos os indivíduos. Nesse sentido, assim manifestou-se Thomas McIntyre Cooley em sua obra *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte, ipsis litteres:* "(...) Na verdade, por estas e por outras funcções semelhantes, os eleitores, ainda que em pequena minoria, comparados a immensa massa de communhão, comtudo procedem por todos, e como que no momento, são os representantes da soberania, considerados e fallados como povo soberano. Mas em todas as enumerações e em todas as garantias dos direitos, entende-se extensivas ao povo inteiro, porque os direitos de todos são iguaes, devendo todos serem igualmente protegidos. N'este caso, portanto, o direito de reunião certamente reserva-se a todo o mundo, e não somente aos eleitores, ou a uma só ou a varias classes do povo" *(sic).*[17]

A despeito de tratar-se de posicionamento resultante de sistema diverso do nosso, não se discute a sua adequação ao direito constitucional pátrio vigente. Aliás, diferente não poderia ser, porquanto é direito enquadrado no capítulo *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, que inicia proclamando a igualdade de todos perante a lei e a garantia, a brasileiros e a estrangeiros residentes no país, da inviolabilidade do direito à vida, à *liberdade*, à igualdade, à segurança e à propriedade. E o direito de reunião nada mais é do que uma forma de expressão do direito à liberdade.

3.2 Elementos

Quanto aos elementos do direito de reunião destaca-se, na doutrina, a enumeração de Celso Ribeiro Bastos, reportando-se a Jean Rivero.[18]

O primeiro elemento é a pluralidade de participantes. Com efeito, não há falar-se em reunião de uma pessoa. Segundo Pontes de Miranda, reunião "é a aproximação – *especialmente* considerada – de algumas ou muitas pessoas, com o fim de informar-se, de esclarecer e de adotar opinião (deliberar, ainda que só no foro íntimo)" (grifo do autor).[19]

Outro elemento é o tempo. A reunião é temporária, sua duração é limitada, distinguindo-se, nesse ponto, de maneira marcante, da associação, que é permanente.

A finalidade é o seu terceiro elemento. De fato, a reunião caracteriza-se também por existir entre os seus participantes um objetivo comum, que é, por assim dizer, a sua finalidade. Ainda que não se possa dizer, no rigor do termo, que se trata de uma organização, pois para tanto exige-se acerto prévio entre os membros, o que nem sempre se verifica, a reunião também não se confunde, de outro lado, com os agrupamentos instantâneos e ocasionais, que se formam tão-

(17) COOLEY, Thomas McIntyre. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte.* Trad. de Alcides Cruz, 2. ed., São Paulo: Ed. RT, 1982, p. 233.

(18) BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.,* p. 91.

(19) MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.* p. 557 e 558.

só em razão de motivos que não têm o condão de estabelecer o grau de integração que caracteriza a reunião, como, por exemplo, a mera curiosidade em torno de um fato qualquer[20] ou a intenção de alimentar-se ou divertir-se, num bar ou restaurante.[21]

A propósito, descabida a tentativa, de alguns, de buscar albergar espetáculos públicos, ou até privados, mas que têm lugar em áreas públicas, tais como *shows*, desfiles de blocos carnavalescos, *micaretas* etc., sob o manto protetor do direito de reunião, pois neles o propósito é diverso daquele que orienta e no qual se fundamenta o direito de reunião, qual seja a liberdade de expressão e a participação na determinação dos rumos políticos de uma nação, essências de qualquer regime democrático e pluralista. Ainda mais quando essa tentativa esconde objetivos escusos, como o de se eximir das responsabilidades que tocam aos promotores de espetáculos públicos. Recorro novamente a Thomas McIntyre Cooley, para quem "é certamente importante o direito de reunião, porque se póde usar d'elle para fins religiosos, sociaes, industriaes e politicos; mas sem duvida, o que se tem em vista, ao adoptar-se a emenda, foi o seu valor político"*(sic)*.[22]

Celso Ribeiro Bastos cita ainda o elemento lugar, ocasião em que afirma não ser possível o exercício do direito de reunião no meio de via pública. Por tratar-se essa questão do cerne deste trabalho, reservarei sua análise para mais adiante, no próximo tópico, num contexto mais amplo.

(20) Cf. SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 256.

(21) Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, p. 91.

(22) COOLEY, Thomas McIntyre. *Op. cit.*, p. 233 e 234.

4. Limitações ao direito de reunião

Como já anotado retro, a doutrina hoje em dia é bastante cuidadosa ao tratar deste assunto, o que faz com um certo *temor reverencial*, muito provavelmente em face das circunstâncias todas que cercaram o processo de elaboração e discussão da nova Carta e, especialmente, em razão de tratar-se de uma constituição elaborada após um longo período de restrição aos direitos fundamentais. De fato, o teor do inc. XVI do art. 5.º da CF de 88, dada à sua objetividade e principalmente, dada à explicitação de que o exercício do direito de reunião *independe* de autorização, parecem dar ares de intangibilidade ao referido direito fundamental. José Afonso da Silva chega mesmo a afirmar que "(...) Nem se autoriza mais a autoridade intervir para manter a ordem, o que era utilizado para dificultar o exercício da liberdade de reunião e até para o exercício do arbítrio de autoridade (sic) (...) Há, agora, apenas uma limitação: que a reunião seja *sem armas*; (...) (grifo do autor).[23]

Sem embargo da compreensão que tenho a respeito das intenções do legislador constituinte, no sentido de dar aos direitos fundamentais uma dimensão mais ampla, intenção essa coroada de êxito, uma análise mais detida da questão, não apenas de maneira isolada, mas, principalmente, levando-se em conta os vários aspectos que a permeiam, demonstra o desacerto de afirmações como as supra-reproduzidas. Diria que expressam com acentuada eloqüência o excesso de *deslumbre* a que me referi no início deste texto, emprestando a determinados dispositivos constitucionais dimensão mais ampla do que se pretendeu ao inscrevê-los em nossa ordem jurídica, sem se aperceber que, com isso, direitos e garantias outros são atropelados.

(23) SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 257.

Pois bem, quais são, então, os limites ao direito de reunião? A resposta à questão passa, necessariamente, pela análise do dispositivo constitucional que o garante. Impõe-se, sobretudo, determinar as exigências que o legislador constitucional inscreveu como condicionantes ao exercício do direito de reunião. Cretella, para quem o direito de reunião é direito público subjetivo, usa o termo genérico *proibições* quando trata dessas exigências. Pontes de Miranda fala em *pressupostos objetivos e subjetivos*; Alcino Pinto Falcão usa simplesmente *limitações*; Pinto Ferreira, *requisitos*. Como se vê, a doutrina não é unânime nem ao denominar as exigências para o legítimo exercício do direito de reunião, nem tampouco ao enumerá-las.

Creio importar mais definir o rol dessas exigências do que aqui discutir qual melhor termo expressa, com exatidão, a sua natureza. Apenas para sistematizar a enumeração, adoto o termo *requisito*.

Dispõe o texto constitucional vigente:

"XVI – todos podem reunir-se *pacificamente, sem armas*, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que *não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local*, sendo apenas exigido *prévio aviso* à autoridade competente".

O primeiro requisito é que seja a reunião pacífica. O vocábulo *pacífico*, no dizer de De Plácido e Silva, "Quer exprimir a *ausência* de qualquer perturbação ou intranqüilidade (grifo do autor),[24] e foi também usado pelo legislador constituinte de 1937 ao estabelecer o direito de reunião. Assim, embora o texto atual tenha abandonado as remissões expressas à ordem pública, ou ainda à segurança pública, incorre em erro quem afirma que nenhuma menção, ainda que implícita, foi feita à ordem pública. Isso porque o vocábulo *pacífico*, cujo significado, já vimos, é tranqüilo, mantém estreita ligação com o termo ordem pública.

Segundo Luis Rolland, Professor de Direito Público Geral da Universidade de Paris, citado pelo eminente Desembargador e Professor Álvaro Lazzarini, "a polícia tem por objeto assegurar a boa ordem, isto é, a *tranqüilidade pública*, a segurança pública, a salubridade pública (...). Ainda recorrendo a Álvaro Lazzarini, encontra-se a lição de Vedel, que afirma: "A noção de ordem pública é básica em direito administrativo, sendo constituída por um mínimo de condições essenciais a uma vida social conveniente. A segurança dos bens e das pessoas, a salubridade e a *tranqüilidade* formam-lhe o fundamento (...) (grifei).[25]

Esse posicionamento encontra eco em boa parte dos doutrinadores pátrios. Senão, vejamos. Na obra *Breves Anotações à Constituição de 1988*, da Fundação Prefeito Faria Lima – Centro de Estudos em Administração Municipal (CEPAM), encontra-se *in verbis*: "Importante frisar que não basta seja a reunião levada a efeito sem o uso de armas; deverá também ter fins pacíficos, *de modo a não perturbar a ordem pública* nem ferir o interesse coletivo" (grifei).[26]

Outro não foi o posicionamento do Departamento de Assessoria Tributária e Empresarial da Price Waterhouse, segundo o qual "Para atender à norma supra, não basta a reunião sem armas. Essa deve ser, ainda, feita com fins

(24) SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, verbete "pacífico", v. III, p. 299.

(25) LAZZARINI, Álvaro *et alli*. *Direito Administrativo da Ordem Pública*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 10 e 11.

(26) Fundação Prefeito Faria Lima – Centro de Estudos e Pesquisas em Administração Municipal. *Breves Anotações à Constituição de 1988*. São Paulo, Atlas, 1990, p. 36.

pacíficos, de forma a não perturbar a *ordem pública* e a não ferir o interesse coletivo (...) (grifei).[27]

Esse também é o sentir de José Cretella Júnior, para quem "Mesmo 'sem armas', a reunião com intuitos *não pacíficos* constitui ameaça à ordem pública, sendo, pois, ilegítima" (grifo do autor).[28]

Destarte, creio não haver dúvida quanto ao significado do termo *pacífico* que, em última análise, expressa *sob o domínio da tranqüilidade*, que, viu-se, é elemento da ordem pública. Desse modo, pode-se concluir que pacífico é o estado em que a ordem pública encontra-se intocada, mormente em seu aspecto tranqüilidade.

A ausência de armas é o segundo requisito. Constitui arma qualquer objeto capaz de aumentar a potencialidade ofensiva ou defensiva de alguém. Entretanto, conforme nos assevera Celso Ribeiro Bastos, "A doutrina parece ver com certa tolerância a utilização de armas meramente defensivas, como escudos e máscaras (...) e prossegue, estabelecendo um liame entre a inexistência de armas e o caráter pacífico da reunião: "(...) É lógico que o caráter destas armas, insuscetíveis de, por si mesmas, produzirem agressão, não pode, em conseqüência, criar a ruptura daquele clima pacífico que a Constituição exige.[29]

Claro está que o legislador, ao proibir a existência de armas em reuniões, quis reforçar o caráter pacífico que deve ser o seu traço. Daí a propriedade da relação estabelecida. Destarte, a presença de armas meramente defensivas, bem como de objetos que só acidentalmente constituem-se armas, como guarda-chuvas, bengalas, muletas e outros objetos mais, só estaria a contrariar o texto constitucional se associada a situações outras que provoquem a quebra do estado pacífico da reunião.

Outra observação se impõe quanto a esse requisito. Firmado que o direito de reunião é direito individual de expressão coletiva, o porte de arma por um ou alguns indivíduos que se reúnem não afasta o direito de todos os demais, senão o de cada um dos que portam armas. Essa é a exegese mais justa e que melhor se adapta ao espírito do dispositivo, que é, fundamentalmente, o de resguardar a liberdade de expressão. Se, de forma indistinta, o direito de reunião de todos se visse frustrado em face do não atendimento de determinado requisito por alguns poucos, evidente seria o abuso, por ausência de justa causa. Estar-se-ia estendendo conseqüências jurídicas gravosas a quem a elas não deu causa.

Porém, se as circunstâncias evidenciassem que, a despeito de haver armas nas mãos apenas de alguns poucos, o *animus belli* estivesse presente no espírito de todos, ou mais propriamente, no espírito da coletividade, impor-se-ia a dissolução da reunião. Nesse caso, é como se todos portassem armas. Ademais, caracterizada já estaria a inexistência de clima pacífico para a reunião, o que, por si só, já autoriza a sua dissolução.

O terceiro requisito é *não frustrar outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local*, por razões muito claras: visa estabelecer um mínimo de ordem e organização, essenciais para a própria subsistência do direito. Nesse sentido, Alcino Pinto Falcão afirma "A ressalva da parte final do inciso corresponde a uma evidente exigência da *ordem pública*, evitando conflitos com opositores e

(27) Price Waterhouse – Departamento de Assessoria Tributária e Empresarial. *A Constituição do Brasil de 1988 comparada coma a Constituição de 1967 e comentada.* São Paulo: Price Waterhouse, 1989.

(28) CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 289.

(29) BASTOS, Celso Ribeiro *et alli*. *Op. cit.*, p. 92.

garantindo o direito de quem primeiro quis exercitar o direito".[30]

Por fim, o dispositivo constitucional garantidor do direito de reunião refere-se ainda ao *prévio aviso à autoridade competente*. Estaria fixando mais um requisito, vale dizer, a ausência de prévio aviso, por si só, afastaria o direito de reunião? Entendo que não. Enquanto as situações anteriores (reunião sem armas, pacífica e de forma a não frustrar outra marcada antes para o mesmo local) dizem respeito à própria natureza do direito, constituindo mesmo a sua essência, o prévio aviso à autoridade competente é exigência secundária, cuja inobservância não ataca frontalmente os fundamentos do direito, que se mantém intacto.

A exigência do prévio aviso tem por escopo marcar o momento em que nasce, para aquele que primeiro avisou à autoridade, o direito de preferência para a realização da reunião; destina-se também a permitir que a autoridade competente promova as medidas necessárias ao bom andamento da reunião (regularizar o trânsito, prevenir manifestações em sentido contrário etc.).[31] Assim, a despeito de não se ter observado a exigência de prévio aviso, se a reunião estiver a ocorrer pacificamente, sem prejuízo a outra marcada antecipadamente para aquele local, de nenhuma utilidade o prévio aviso à autoridade competente, do que se infere não se tratar de exigência fundamental, vale dizer, de requisito. Assim entende também Canotilho, citado por Celso Ribeiro Bastos.[32]

Pois bem, não há mais nenhum requisito, nenhuma exigência, nenhuma limitação? Impõe-se responder negativamente. Para tanto recorro à lição de Canotilho acerca do âmbito de proteção dos direitos, para quem "Só deve falar-se de restrição de direitos, liberdades e garantias depois de conhecermos o âmbito de protecção das normas constitucionais consagradoras desses direitos. (...) Exs.: (i) perante uma lei eventualmente restritiva da liberdade de profissão (cfr. art. 47.º) é necessário delimitar o âmbito de protecção da norma consagradora desta liberdade, e, através deste procedimento delimitador, concluir que os bens protegidos por essa norma abrangem apenas as actividades lícitas (mesmo se elas forem económica, social e culturalmente neutras ou irrelevantes), ficando fora do âmbito de protecção as actividades ilícitas ('passador de droga', 'prostituição', 'contrabandista'); (ii) o procedimento determinador do âmbito de protecção do direito de reunião (cfr. art. 45.º) deve ter em conta a existência de limites estabelecidos pela própria lei fundamental ('reunião pacífica e sem armas'). Conseqüentemente, uma lei proibitiva do 'contrabando' ou da prostituição não é uma verdadeira lei restritiva da liberdade de profissão, pois o âmbito desta não se estende a actividades criminosas ou ilícitas; do mesmo modo, uma lei proibitiva de reuniões armadas não é, em rigor, uma lei restritiva do direito de reunião, pois é a constituição a estabelecer expressamente como elemento constitutivo do *'Tatbeständ'* [33] do direito de reunião a sua natureza pacífica"(grifo do autor).[34]

Prosseguindo em sua doutrina, o ilustre constitucionalista português afirma que há três tipos de restrições, quais sejam aquelas estabelecidas pela própria norma constitucional consagradora do direito, aquelas estabelecidas por lei, mediante autorização expressa da cons-

(30) FALCÃO, Alcino Pinto, *Op. cit.*, p. 207.

(31) Cf. BASTOS, Celso Ribeiro, *et alli. Op. cit.*, p. 92.

(32) *Idem, ibidem.*

(33) N.a.: Pressupostos de fato.

(34) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 602 e 603.

tituição e aquelas decorrentes do que chama de "limites imanentes ou implícitos", que são limites constitucionais não escritos, cuja existência é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos.[35]

Mas o que seriam estes *limites imanentes ou implícitos*? Nada mais são que as fronteiras do âmbito de eficácia de uma norma consagradora de um direito, resultado de uma interpretação sistêmica do texto constitucional, em que esse direito seja analisado em confronto com todos os demais direitos e garantias fixados pela constituição, de molde a harmonizá-los e evitar que o âmbito de proteção de um não invada o âmbito de proteção de um outro ou de vários, muitas vezes até implicando a ineficácia de um em detrimento da extra-eficácia de outro.

É na exemplificação da atuação dos chamados *limites imanentes*, que percebemos efetivamente a importância desta teoria para os fins deste estudo; que sentimos e testemunhamos a concreta eficácia dos limites não escritos. No dizer de Canotilho, "O direito garantido por uma norma constitucional como direito, liberdade ou garantia 'insusceptível de restrições' é mesmo, *prima facie*, um direito sem reserva de restrições. Todavia, *a posteriori*, através do jogo de 'argumento e contra-argumento', da ponderação de princípios jurídico-constitucionais, pode chegar-se à necessidade de uma *optimização* racional, controlável, adequada e contextual, de várias constelações de princípios jurídico-constitucionais. (...) O pintor que coloca o seu cavalete de pintura num cruzamento de trânsito particularmente intenso tem, *prima facie*, o direito de criação artística, mas, *a posteriori*, a ponderação de outros bens, a começar pela vida e integridade física do próprio pintor e a acabar noutros direitos como o exercício da actividade profissional dos outros cidadãos, do abastecimento de bens necessários à 'existência' dos indivíduos, levará a impedir que aquele direito se transforme, naquelas circunstâncias, num direito definitivo".[36]

Assim também quanto ao direito de reunião. Como já se viu, o texto constitucional vigente *pareceu* dar a esse direito caráter de intocabilidade, causando a impressão de que seria ele insuscetível de sofrer qualquer tipo de limitação, impressão essa que influenciou a todos, inclusive grande parte da doutrina.

O resultado disso traduziu-se em toda sorte de ofensas à ordem pública por parte de pessoas que estavam distantes de exercer aquilo que aqui foi caracterizado como direito de reunião, pois reunião, no sentido amplo que o texto constitucional emprega, não havia, senão uma falsa idéia, determinada pela existência de um mero aglomerado de pessoas.

E, escondidos pelo falso escudo que acreditavam oferecer o *pseudo* exercício do direito de reunião que invocavam, muitas pessoas praticaram – e praticam até hoje – abusos, vandalismos, crimes diversos, sem que, no mais das vezes, as autoridades, bem como a sociedade como um todo, se dêem conta de que os limites legais, constitucionais, foram ultrapassados.

Assim é que – e agora direciono este trabalho para os limites do tema escolhido – sem qualquer aviso prévio, sem qualquer intenção democrática, muitas vezes embuídos só do propósito de provocar confusões, grupos de pessoas vários vêm tomando as ruas de São Paulo, assim como as de todas as grandes cidades do país, paralisando o trânsito e, via

(35) Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 604.

(36) Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 609-610.

de conseqüência, a vida da urbe, escudando-se no pretenso exercício do direito de reunião. Milhares de pessoas se vêem reféns desses grupos que prejudicam o direito de ir e vir dos demais cidadãos, os serviços sociais de emergência, como ambulâncias, bombeiros e polícia, os serviços de transportes, enfim, como enfatizado, a vida de uma cidade.

Parece lógico que assim seja? Parece legítimo, parece legal? Não, não e não. O exercício do direito de reunião não dá, em absoluto, aos cidadãos que dele se arvoram, *superdireitos* que se sobrepõem aos dos demais cidadãos; não permite que dele se faça uso como uma arma apontada para a cabeça de um governo, num autêntico assalto em que são reféns a população de uma cidade. Os que assim agem estão, na verdade, ferindo de morte o espírito do direito de reunião, que é, antes de mais nada, uma ferramenta a serviço da democracia, e não um instrumento de pressão ilegítima, que se faz atuar pela força, pelo terror.

Aqueles que entendem que não há nada de ilegal nisso afirmam que a Constituição não estabeleceu limites ao exercício do direito de reunião. Ledo engano, no qual só incorrem aqueles que fazem uma leitura incompleta do texto constitucional ou, ainda, tendenciosa.

O só fato de não haver, no dispositivo consagrador do direito de reunião, nenhuma outra limitação explícita que não a de ser a reunião pacífica e sem armas, bem como precedida de prévio aviso à autoridade e realizada em local que não frustre outra marcada com antecedência, não significa, como já afirmei alhures, que não haja outros limites. Admitir o contrário é admitir que não possuímos um *sistema* constitucional, mas sim um amontoado de normas estanques, porém em constante choque; é admitir que a constituição não deva ser interpretada de forma a conciliar todos os direitos e garantias que consagrou, não sobrepondo um aos demais senão quando assim restar claro que deva ser.

Assim, o exercício do direito de reunião não poderá significar impedimento absoluto ao exercício do direito de ir e vir dos demais cidadãos, inclusive os que se utilizam das vias públicas para tanto; não poderá significar obstáculo ao exercício do direito ao trabalho, à liberdade de expressão de pensamento (desde que não signifique a existência de outra reunião que venha a frustrar a que fora anteriormente marcada e comunicada à autoridade), enfim, não poderá importar restrição grave, vale dizer, inviabilização, de qualquer outro direito, liberdade ou garantia constitucional.

Quando, porém, verifica-se – para citar um exemplo recente – grupos de condutores de *lotações* clandestinas, os chamados *perueiros*, interrompem o trânsito de uma via importante como é a Marginal do Tietê durante várias horas, não é ao exercício do direito de reunião que se assiste, não é a democracia que impera; o que se vê é a *antidemocracia*, a ditadura das minorias que, valendo-se de força e terror pretendem extrair a *forceps* as medidas que entendem adequadas unicamente aos seus interesses, sem perquerir se são convenientes à sociedade.

Quando afirmo que o exercício do direito de reunião não poderá importar restrição grave a qualquer outro direito, é por entender que, indubitavelmente, no convívio social, o exercício simultâneo de vários direitos pelos cidadãos implica a existência de inúmeras zonas de conflito; se pretendêssemos eliminar todas, por certo estaríamos também a abolir o modelo social tal como conhecemos. Isso porque o âmbito de proteção de um direito – para usar o termo consagrado por Canotilho – contém elementos essenciais e elementos acidentais, dos quais apenas os primeiros são fundamentais. Daí porque mostra-se capaz de retrair-se e amoldar-se a determinadas restrições

ao seu gozo, sem que perca a sua essência, ou seja, sem que isso esteja a significar obstáculo ao seu exercício, sem que isso esteja a impedir que o seu titular dele extraia a utilidade que nele se contém.

Exemplificando, quanto ao direito de reunião, pode-se impedir que seja exercido num ou noutro lugar, como, *v.g.*, templos religiosos, sem que isso, *de per si*, implique torná-lo inviável, pois, indubitavelmente, poderá ser exercido em outros tantos locais sem que haja prejuízo significativo ao seu objeto. Noutras palavras, pode-se dizer que o prejuízo, quando há, é infinitamente inferior ao que resultaria da sua realização no local proibido, uma vez que estaria a obstar o gozo de vários outros bens jurídicos, muitas vezes mais relevantes do que a própria liberdade de expressão.

Oportuno citar aqui as palavras de Abe Fortas que, em 1968, então Ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos, um dos baluartes da liberdade, sobretudo a liberdade de opinião, publicou o livro *Do Direito de Discordar e da Desobediência Civil – 'Temos uma alternativa para a violência'*, o qual, sobre ser sucinto, lança importantes luzes sobre a questão dos limites ao exercício das liberdades, que procurou destacar já no capítulo 1.º, ao reproduzir um provérbio popular: "A obediência à lei é o único caminho para chegar à Liberdade."

Pois bem, dizia na ocasião Abe Fortas: "Digo, com convicção, que em nenhum outro lugar dêste mundo – e em nenhum momento da história – as liberdades de discordar e de se opor à ação governamental foram mais protegidas do que são hoje nos Estados Unidos da América. E o digo embora reconhecendo que ocasionalmente nossos funcionários se afastam do caminho da liberdade (...) Existem, contudo, limitações até mesmo à liberdade de palavra (...) O homem angustiado pela inadequacidade das regulamentações (...) pode discursar em praça pública; pode imprimir e distribuir folhetos; pode organizar grandes concentrações populares e *pickets* (...) E, finalmente, êle e outros podem, pelo voto, trocar de govêrno.

Mas – e aqui se coloca a questão – não pode empregar meios para levar avante suas opiniões que, nas devidas circunstâncias, venham a causar a outros danos físicos ou venham a interferir irracionalmente (ou injustamente) com êsses outros. (...)

Assim, por exemplo, se os participantes ilegalmente impedem o movimento do tráfego, o fato de seus discursos serem constitucionalmente protegidos não servirá necessàriamente de escudo para protegê-los contra a punição pela violação ou transgressão dos regulamentos de tráfego" (sic) (grifo do autor).[37]

Diante disso tudo, posso dizer, sem medo de ser tachado de reacionário, que o exercício do direito de reunião não envolve a possibilidade de ocupar vias públicas de molde a impedir nelas o tráfego normal. Trata-se de anomalia que caiu em uso e tem afastado a razão da mente de nossos doutrinadores, talvez receosos de serem confundidos com membros de facções políticas direitistas. Mas não há razão para preocupação: não se trata de posicionamento fascista; trata-se apenas de interpretar a Constituição de forma a impedir que o exercício de uma liberdade além de seus limites implique negação de tantas outras ou – permitindo-me dizer coloquialmente como, com a devida *venia*, expressa-se o ex-ministro da Justiça Saulo Ramos – sem desvestir um Santo para vestir outro.

(37) FORTAS, Abe. *[Concerning Dissent and Civil Disobedience] Do Direito de Discordar e da Desobediência Civil – 'Temos uma alternativa para a violência'*. Trad. Norah Levy, *O Cruzeiro*, Rio de Janeiro, 1968, p. 11-14.

5. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

PRISIONIZAÇÃO: UM DILEMA PARA O CÁRCERE E UM DESAFIO PARA A COMUNIDADE*

ALVINO AUGUSTO DE SÁ

SUMÁRIO: 1. O fenômeno da prisionização e alguns de seus efeitos – 2. A participação da sociedade no processo de reintegração social do preso: 2.1 Empenho das Comissões Técnicas de Classificação na promoção de uma integração cárcere-sociedade; 2.2 Implantação e dinamização dos Conselhos de Comunidade; 2.3 Programas de informações e debates; 2.4 Programas de reencontro e reconciliação preso-vítima-sociedade; 2.5 Participação do preso na prestação de serviços à comunidade – 3. Bibliografia.

Dizer hoje que a pena de prisão e o cárcere, por si mesmos, não recuperam ninguém é dizer algo que já é um consenso geral. O discurso de que a prisão, no lugar de promover a recuperação, promove a degradação, não é exclusivo da Criminologia Crítica. Em muitos trabalhos e eventos científicos a tese defendida tem sido essa (Bittencourt, 1993; Neuman, 1994; Varela, 1997; Aniyar de Castro, 1990). O objetivo deste trabalho não é repisar este assunto. Mesmo porque continuar simplesmente dizendo que "a pena de prisão está falida", que "o sistema penitenciário está falido", que "a ressocialização é um mito" não traz proveito algum para o sistema penitenciário e, muito menos, para os presos que ali estão purgando suas penas. Pretende-se especificar alguns aspectos, sob a ótica psicológica, dessa degradação da pessoa do preso, decorrente da vida carcerária (efeitos de prisionização) para, em seguida, tratar da questão da responsabilidade da sociedade no complexo problema da reintegração social do preso.

De início, cabe ressaltar um aspecto, que nos parece crucial, e particularmente dramático, do caráter perverso da pena de prisão. O Estado, ao decretar, através da sentença do juiz, a pena de prisão, explicita, formaliza e consagra uma relação de antagonismo entre o condenado e a sociedade. É bom repetir e frisar: é um aspecto realmente dramático do caráter perverso da pena de prisão, cujas conseqüências podem chegar a ser profundamente drásticas para a mente e para a vida do condenado e, conseqüentemente, para o convívio social em geral, ainda que se processem latentemente, em doses homeopáticas, sem que necessariamente o preso e a sociedade delas se apercebam. A conduta criminosa, como é sabido, não raras vezes é o resultado natural de uma vida socialmente marginalizada, marcada por sentimentos de rejeição e hostilidade. Não há se negar a existência de indivíduos criminosos que enveredam pela senda do crime por força de traços de personalidade e de caráter. Entretanto,

(*) Trabalho apresentado no II Fórum Penitenciário do Mercosul, em Mendoza, Argentina (13.11.97).

o que importa hoje não é mais uma compreensão centrada numa ótica médico-psicológica, e sim uma compreensão ampla do problema da criminalidade, centrada numa análise em formas de intervenção que tenham como foco a relação preso-sociedade. Ao delinqüir, o indivíduo concretiza um confronto com a sociedade. Ao penalizá-lo com prisão, o Estado concretiza o antagonismo entre ele e a sociedade. Sua "recuperação" será uma recuperação para a sociedade, ou seja, será uma reintegração social, e só será possível mediante a resolução desse antagonismo e a superação desse confronto. Por um lado, portanto, a pena de prisão traz, como conseqüência, o recrudescimento do confronto e do antagonismo entre preso e sociedade, através dos efeitos da prisionização. Por outro lado, a reintegração social do preso só será viável mediante a participação efetiva, tecnicamente planejada e assistida, da sociedade, da comunidade. Existem, sem dúvida, os casos que estariam a demandar um atendimento propriamente clínico, sob forma do que comumente se chama tratamento. Entretanto, tal tipo de assistência não deve servir como marco de referência para definir metas de uma política penitenciária. O tratamento até deveria existir, não como uma imposição, e sim como um direito, como diria Barata (1990), de que o preso pode usufruir, conforme seu interesse. Mas, existindo, deverá inserir-se dentro do plano maior de tratamento da questão carcerária, qual seja, o da relação preso-sociedade.

1. O fenômeno da prisionização e alguns de seus efeitos

Dizer que a pena de prisão e o cárcere não recuperam ninguém, mas, pelo contrário, provocam a degradação do ser humano, é dizer uma verdade hoje incontestável. Aliás, tornou-se um discurso por demais repetitivo e, por parte de alguns, um discurso meramente de impacto, acomodatício, que não traz proposta alguma. Pode-se classificar os graves problemas carcerários em dois grandes grupos, conforme segue.

O primeiro grupo são os problemas decorrentes da má gestão da coisa pública, falta de interesse político, inabilidade administrativa e técnica. Entre os incontáveis e sobejamente conhecidos problemas deste grupo, citam-se os seguintes: presídios sem a infra-estrutura mínima necessária, material e humana, para o cumprimento de pena; falta de condições materiais e humanas para o incremento dos regimes progressivos de cumprimento de pena, conforme prevê o texto legal; superpopulação carcerária, com todas as suas inúmeras conseqüências; descumprimento da lei, etc. Poder-se-ía mencionar ainda a falta de pessoal administrativo, de segurança e disciplina e pessoal técnico formado e habilitado para a função. Entretanto, o problema nos parece situar-se mais em baixo. O que existe é a falta de pessoal realmente vocacionado. Schneider (1991) aborda bem essa questão. E a falta de pessoal vocacionado deve-se ao profundo desprestígio dessa área profissional e desprestígio do cárcere. Desprestígio fomentado, seja por parte dos órgãos oficiais, seja por parte da sociedade. E esses discursos unicamente destrutivos, que a única coisa que sabem pregar são as famigeradas falências, justamente colaboram com esse desprestígio e, portanto, para agravar ainda mais a situação.

O segundo grupo são os problemas inerentes à própria natureza da pena privativa de liberdade, sobretudo quando cumprida em regime fechado, e os inerentes à própria natureza do cárcere. Entre eles, citam-se: o isolamento do preso em relação à sua família, a sua segregação em relação à sociedade, a convivência forçada no meio delinqüen-

te, o sistema de poder (controlando todos os atos do indivíduo), relações contraditórias e ambivalentes entre o pessoal penitenciário e os presos (o pessoal oferece-lhes apoio e assistência, ao mesmo tempo que os contém, os reprime e os pune), etc.

A grande diferença do segundo grupo em relação ao primeiro é que seus problemas são praticamente inevitáveis. Assim como é impossível demonstrar afeto para um filho através da surra, ou motivar um aluno a estudar através simplesmente da reprovação (pois são medidas e objetivos que se excluem), também é impossível desenvolver em alguém a maturidade para o convívio em sociedade, segregando-o da sociedade. Diz Aniyar de Castro (1990): "Ninguém aprende a viver em liberdade, sem liberdade". Entretanto, se essa grande verdade se impõe, também se impõe esta outra grande verdade: a sociedade não pode continuar convivendo, sem que se tome nenhuma providência, com indivíduos que, embora dela façam parte, tornam-se focos de graves ameaças à integridade física e moral dos cidadãos. Assim, enquanto a criatividade humana não encontrar outra solução, a pena de prisão continua sendo a única alternativa para autores de crimes mais graves. No lugar de se pregar pura e simplesmente a falência do sistema prisional, há que se exigir e buscar o encaminhamento de soluções dos problemas do primeiro grupo, de um lado e, de outro lado, buscar formas de se minorarem os problemas do segundo grupo.

Ora, no cerne dos problemas do segundo grupo, isto é, daqueles que são inerentes à própria natureza do ambiente carcerário, está a questão da prisionização, cujo conceito foi inicialmente proposto e desenvolvido por Donald e Clemmer. Thompson, em sua obra "A questão Penitenciária" (1980), no capítulo III, aprofunda-se no assunto, a partir das idéias de Donald e Clemmer. O autor deste trabalho teve a oportunidade de abordar questões relacionadas à prisionização, em mesa redonda sobre Vitimização no Sistema Penitenciário, no II Congresso Brasileiro de Vitimologia, realizado em Porto Alegre, de 23 a 26.04.1996. Prisionização é um processo de aculturação. É a "adoção em maior ou menor grau dos usos, costumes, hábitos e cultura geral da prisão" (Donald e Clemmer, citado por Daher, 1990; v. tb. Thompson, 1980, p. 23). Entretanto, inerente à própria natureza da convivência carcerária, é um processo inevitável. Segundo Thompson, todo encarcerado sofre, em alguma medida, o processo de prisionização, a começar pela perda de *status*, ao se transformar, de um momento para outro, "numa figura anônima de um grupo subordinado" (*id.*, p. 23) . Todo encarcerado sucumbe, de alguma maneira, à cultura da prisão. Mesmo porque a cadeia é um sistema de poder totalitário formal, pelo qual o detento é controlado 24 horas por dia, sem alternativa de escape. Extramuros, o princípio é considerar lícito tudo não expressamente interdito, enquanto, na cadeia, a lei é considerar proibido tudo que não expressamente autorizado (Thompson, 1980, p. 43).

Nenhum ser humano normal aceita naturalmente um poder totalitário que o controla 24 horas por dia. Daí, emergem entre os presos um poder informal e uma cultura paralela, definindo regras, costumes, uma ética própria e até mesmo critérios e condições de felicidade e sobrevivência. Não é descabido conjecturar-se sobre um pacto latente (não verbalizado) entre esses dois sistemas de poder, a fim de se garantir a tranqüilidade, ainda que aparente, perante a sociedade e a opinião pública, da instituição prisional. Constitui-se pois, assim, um ambiente artificial, do qual ninguém gosta, num primeiro momento, mas ao qual todos, com o tempo, acabam ade-

rindo, de uma forma ou de outra. Desta adesão, surge a prisionização, a qual pode atingir, não só os presos, como a Direção, os Agentes de Segurança, e, quem sabe, até os próprios técnicos. A partir do momento em que o técnico se deixa levar pela rotina e passa a exercer indiscriminadamente seu poder de opinar, esquecendo-se de que o preso é uma pessoa, esse técnico já está se prisionizando. E o Diretor? O Diretor, segundo Thompson (1980), dá seu primeiro passo rumo à prisionização, quando, em que pese todo seu idealismo inicial, deixa-se levar, perante o eterno conflito regeneração x segurança, pelo princípio latente (não verbalizado) de que a regeneração pode falhar, mas a segurança ... essa jamais.

A vida carcerária é uma vida em massa. Sobretudo para os presos, evidentemente. Como conseqüência, ela lhes acarreta, dependendo do tempo de duração da pena, uma verdadeira desorganização da personalidade, ingrediente central do processo de prisionização. Entre os efeitos da prisionização, que marcam profundamente essa desorganização da personalidade, cumpre destacar: perda da identidade e aquisição de nova identidade; sentimento de inferioridade; empobrecimento psíquico; infantilização, regressão. O empobrecimento psíquico acarreta, entre outras coisas: estreitamento do horizonte psicológico, pobreza de experiências, dificuldades de elaboração de planos a médio e longo prazo. A infantilização e regressão manifestam-se, entre outras coisas, através de: dependência, busca de proteção (religião), busca de soluções fáceis, projeção da culpa no outro e dificuldade de elaboração de planos.

2. A participação da sociedade no processo de reintegração social do preso

Conforme já se disse acima, a prisionização, enquanto inerente à própria natureza da vida carcerária, é praticamente inevitável. Daí ser ela um grande problema para o cárcere. No entanto, isso não justifica nenhuma atitude de acomodação. Há que se lutar por minorar os seus efeitos. Ora, uma das características básicas, essenciais da pena de prisão é o infligir ao condenado o isolamento, a segregação em relação à sociedade. Vale lembrar aqui o aspecto dramático do caráter perverso da pena de prisão, ressaltado no início: através dela, o Estado explicita, formaliza e consagra uma relação de antagonismo entre o condenado e a sociedade. Entre as conseqüências drásticas desse caráter perverso, situa-se o processo de prisionização. Portanto, a prisionização assenta suas bases, suas raízes, exatamente no processo de segregação social. Conseqüentemente, não há como minorar seus efeitos e melhor preparar o preso para sua reintegração social, a não ser com a participação efetiva da própria sociedade. Daí que a prisionização, além de um dilema para o cárcere, é um grande desafio para a sociedade.

Alessandro Baratta, em seu trabalho "Ressocialização ou Controle Social", apresentado no "Fórum Internacional de Criminologia Crítica" (Belém, 1990), aborda com muita propriedade essa questão da segregação social do preso. Ele já sofrera anteriormente, ao longo de sua vida, a marginalização que Barata chama de primária. Quando preso, passou a sofrer a marginalização secundária. Cabe à sociedade preocupar-se diretamente para minorar os efeitos da marginalização secundária e para evitar o retorno do ex-presidiário à marginalização primária, pois, caso contrário, a marginalização secundária facilitará o retorno à primária, daí, à prática de novos crimes e, por fim, o retorno ao cárcere.

À primeira vista, parece que a sociedade está alheia aos problemas do cárcere. A sociedade não quer, isto sim, é envolver-se com a solução dos mesmos.

No entanto, é notório e significativo o fato de que as notícias de crime e as relativas a prisões, fugas, rebeliões, etc. têm espaço garantido na mídia e atraem a atenção do grande público, provocam discussões e sobre tais assuntos quase todos têm suas opiniões a dar. Por que motivo teria a sociedade tanto interesse em saber das questões carcerárias, opinar sobre elas, cobrar soluções, sem que, porém, queira envolver-se na busca de soluções? O motivo parece claro, ainda que sob uma ótica psicanalítica: os criminosos são membros da sociedade, representam um segmento seu e, portanto, atuam de acordo com conflitos e impulsos muito profundos dessa mesma sociedade, pelo que provocam na mesma interesse e sedução, ao mesmo tempo que rejeição e repulsa. Diz Barata: "Os muros do cárcere representam uma violenta barreira que separa a sociedade de uma parte de seus próprios problemas e conflitos" (1990, p. 145).

Por conseguinte, a reintegração social do preso se viabilizará na medida em que se promover uma aproximação entre ele e a sociedade, ou seja, na medida em que o cárcere se abrir para a sociedade e esta se abrir para o cárcere. Segundo Baratta, "O conceito de reintegração social requer a abertura de um processo de interações entre o cárcere e a sociedade, no qual os cidadãos recolhidos no cárcere se reconheçam na sociedade externa e a sociedade externa se reconheça no cárcere" (p.145).

Pois bem, o que se fazer concretamente para prevenir e combater os efeitos da prisionização e promover a reintegração social do preso, na linha da integração preso-sociedade, na busca, pois, de um comprometimento da sociedade nesse processo? Entre muitas medidas que se poderiam tomar, providenciadas pela criatividade e força vocacional dos que querem investir nessa causa, vejamos algumas.

2.1 Empenho das Comissões Técnicas de Classificação na promoção de uma integração cárcere-sociedade

Os técnicos (psicólogos, psiquiátras, assistentes sociais) deveriam tentar desenvolver uma experiência de como que se desvestir de seu "aparato técnico" e se transformar numa espécie de planejadores, coordenadores e facilitadores da interação preso-sociedade. Poderiam começar trabalhando com os agentes de segurança, no sentido de torná-los verdadeiros mediadores, não mais simplesmente entre os presos e a direção, mas entre os presos e a sociedade. Aliás, todo pessoal penitenciário deveria se incumbir deste papel, o de mediação entre o cárcere e a sociedade, e buscar formas criativas de implementá-lo. Baratta (1990) fala em "destecnificação" da questão carcerária. Aliás, a própria composição das Comissões Técnicas de Classificação, determinada pela Lei de Execução Penal Brasileira (art. 7.º) já prevê a presença de pessoas não técnicas.

2.2 Implantação e Dinamização dos Conselhos de Comunidade

A Lei de Execução Penal Brasileira prevê, em seu art. 80, a criação, em cada comarca, do Conselho de Comunidade, composto, no mínimo, por um representante da associação comercial ou industrial, um advogado e um assistente social, estes escolhidos pelos respectivos órgãos de classe. O art. 81 define as atribuições do Conselho, que são: visitas periódicas aos presídios, entrevistas com presos, apresentação de relatórios, colaboração na busca de recursos materiais e humanos para os presos. Pois bem, nada impede que a Comissão Técnica de Classificação (CTC), com o apoio do Poder Judiciário, Ministério Público e de órgãos representativos da sociedade, procure ampliar e dinamizar o Conselho de Comunidade. Assim, a CTC, órgão oficial do presídio, teria no Conse-

lho de Comunidade, órgão oficial da sociedade, o seu grande co-partícipe nesse amplo programa de interações preso-sociedade, com vistas à reintegração social do preso. Sobre a Implantação de Conselhos de Comunidade e sua atuação, é de interesse a leitura do trabalho de Edna Del Pommo Araújo (1995), que relata a experiência nesse sentido no Estado do Rio de Janeiro.

3. Programas de informações e debates

A sociedade tem em geral uma visão deturpada do que seja o cárcere e, sobretudo, de quem sejam os presos. É necessário que se desfaçam muitos preconceitos, inclusive como condição para se melhorar o prestígio e a auto-estima do pessoal penitenciário, o que seria um passo importante para se ter pessoal vocacionado trabalhando nas prisões. Para tanto, contando-se com a colaboração do Conselho de Comunidade e ainda com a coordenação geral da CTC, poderiam ser promovidos programas de informações, palestras e debates, junto a segmentos da sociedade, sobre a questão carcerária. Tais programas poderiam incluir até mesmo visitas aos presídios e, quem sabe, sessões de debates com os presos.

4. Programas de reencontro e reconciliação preso-vítima-sociedade

Schneider (1991) propõe e defende programas que ele chama de "recompensa", nos quais se planejam encontros dos autores de crimes com as vítimas. Reconhece o aspecto profundamente delicado dessa providência, seja da parte do autor, seja da parte da vítima. Entretanto, adianta-se a dizer Schneider, não é estritamente necessário que o autor se encontre com sua vítima. O importante é que a sociedade abra seu "espírito" para que pessoas que foram vítimas se encontrem, para debates construtivos, com autores de crimes. De qualquer forma, isto supõe um grande esforço de ambas as partes e, evidentemente, um trabalho de preparação, onde intervêm mais uma vez a CTC e o Conselho de Comunidade. Através desses encontros e debates, poder-se-ia levar o autor, conforme o reconhece Schneider, a descobrir emocionalmente as conseqüências profundamente danosas que seus crimes trouxeram para as vítimas, promover nele uma verdadeira confissão e, nos termos do autor citado, um "luto psíquico". Tudo isso, porém, dentro de um contexto sadio de discussão, evitando-se o agravamento do sentimento de rejeição e de inutilidade por parte do preso, mas, pelo contrário, procurando-se mostrar-lhe que ele tem qualidade e condições para ser aceito e ser útil no seio da sociedade. Tais programas poderiam colaborar para a transformação e amadurecimento do autor, vítima e sociedade.

Temos que caminhar do tratamento penitenciário "centrado no autor" (Schneider, 1991, p. 218) para um tratamento centrado na relação preso-sociedade, incluída aí a própria vítima. Deve-se trabalhar sobre a interação entre autor, vítima e sociedade, através do que o autor acima citado chama de "recompensa", buscando-se restabelecer a paz. Romano, Professor de Filosofia Política da Unicamp (Universidade de Campinas – São Paulo), em suas reflexões sobre o problema da violência (1996), analisa o pensamento de Platão, e o cita, a partir do diálogo "O Político", nos seguintes termos: "Qual será o melhor Juiz? O que faria morrer todos os injustos e prescreveria aos justos comandar a si mesmos? Ou o juiz que, dando autoridade aos justos e deixando viver os injustos, tornaria estes últimos submissos, voluntariamente, a esta autoridade?" Platão, comenta Romano, não segue esta pista enganosa. Há um terceiro juiz, diz ele (Platão), "supondo-se que ele exista, é claro", "o que tomando na mão uma parcela única onde reina a divisão, não faria nenhum dos membros perecer mas, após tê-los recon-

ciliado para o futuro, dando-lhes leis, seria capaz de vigiar para que eles fossem amigos uns dos outros" (Romano, 1996, p. 157). Podemos vislumbrar aqui fundamentos ético-filosóficos para a transação penal prevista na Lei Federal Brasileira 9099.

5. Participação do preso na prestação de serviços à comunidade

A CTC e o Conselho de Comunidade, além de, evidentemente, outros segmentos, pessoas ou órgãos da sociedade, poderiam empenhar-se no sentido de desenvolver na sociedade em geral e em seus segmentos uma atitude favorável à aceitação dos presos na prestação de serviços úteis à comunidade. Tudo de forma muito bem planejada e assistida. O regime semi-aberto facilita as coisas nesse sentido. É por demais importante proporcionar ao detento oportunidade e condição de se redescobrir, se auto-valorizar e se reconhecer útil.

Estas são algumas propostas, na busca da interação preso-sociedade, entre muitas outras que vão depender da criatividade das pessoas envolvidas e interessadas. A pena de prisão não tem efeito intimidatório, consoante comumente se pensa. Na linha do pensamento de Schneider (1991), ela não intimida aqueles que fracassaram no contexto social, porque eles não têm nada a perder. Intimida, isto sim, os que têm seu espaço na sociedade e seu grau de sucesso social, pois eles têm o que perder. Portanto, a sociedade deveria ser a primeira interessada em providenciar espaço e êxito sociais para os presos, a fim de que eles tenham muito o que perder, com a prática de novos delitos.

Para deixar claro que esta fala não é solitária, é oportuno concluí-la e fechá-la com o que diz a Lei de Execução Penal, em seu art. 4.º: "O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade na atividade de execução da pena e da medida de segurança".

6. Bibliografia

ANIYAR DE CASTRO, Lolita. "Notas para um Sistema Penitenciário Alternativo", *in* OLIVEIRA, E. (Coord.), Criminologia Crítica (Fórum Internacional de Criminologia Crítica), Belém: Cejup, 1990, p. 108-121.

ARAÚJO, Edna del Pomo de. "Conselho da Comunidade: A Participação da Comunidade na Execução da Pena", *in* Rauter, C.M.B. *et al* (coord.), Execução Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p. 95-113.

BARATTA, Alessandro. "Por un Concepto Critico de "Reintegración Social" del Condenado", *in* OLIVEIRA, E. (Coord.), Criminologia Crítica (Fórum Internacional de Criminologia Crítica), Belém: Cejup, 1990, p. 141-157.

BITTENCOURT, Cézar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas.* São Paulo: Ed. RT, 1993.

DAHER, Suraia. "Funções da Equipe Interprofissional Criminológica" *in Revista da Escola do Serviço Penitenciário do Rio Grande do Sul*, Ano I, n. 3, abril-junho de 1990, p. 53-55.

NEUMAN, Elias. *Victimologia y Control Social. Las Victimas del Sistema Penal.* Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

ROMANO, Roberto. "Sob a Sombra do Trasímaco. Reflexões à Margem da Violência", *in Justiça e Democracia* (Publicação Oficial da Associação Juízes para a Democracia – SP), ano I, n. 2, julho-dezembro/1996, p. 152-197.

SCHNEIDER, Hans Joachim. "Recompensación en Lugar de Sanción. Restablecimento de la Paz entre el Autor, la Victima e la Sociedad", *in* KOSOVSKI, E. (org. e ed.), Vitimologia, Rio de Janeiro : Reproarte, 1993.

THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*, 2. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1980.

VARELA, Osvaldo Héctor. "Ensayo sobre Problematicas y Alternativas de las Instictuciones Carcelarias", trabalho apresentado no II Congresso Iberoamericano de Psicologia Jurídica, em Havana, Cuba, abril/1997.

5. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

APORTACIONES PROFESIONALES DEL CRIMINOLOGO A LA SOCIEDAD POSTMODERNA

ANTONIO BERISTAIN

SUMARIO: 1. La profesión del Criminólogo – 2. El humanismo policial – 3. La Administración de la Justicia penal – 4. El informe criminológico en el Proyecto del Código penal de 1994 y en el nuevo Código penal de 1995 – 5. Posibilidades en el laberinto penitenciario. Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996 – 6. Docencia e investigación – 7. ¿Para qué sirve la Criminología?

RESUMEN. El(la) Criminólogo(a), inmerso en la actual cultura de la paz y solidaridad, además de procurar la inteligente prevención, disminución y sanción de la criminalidad, debe trabajar multi – e interdisciplinarmente en la docencia, la investigación y la acción – *praxis* – que cubren, más o menos intensamente, todos los campos sociales. Aquí se reflexiona sobre el policial, el judicial, el penitenciario y el docente-investigador.

1. La profesión del Criminólogo

"No hay espejo; todo es fuente" – MACHADO.

En muchos países tiene ya carta de ciudadanía una profesión nueva y fontal, la del Criminólogo, con amplios campos de información y de acción: misión educativa, investigadora y profesional. Desde distintos puntos de vista se ha tratado el tema en diversos congresos nacionales e internacionales. Por ejemplo, en el de la Asociación Francesa de Criminología, celebrado en Pau, bajo la dirección de los profesores Ottenhof, Cario y Favard.[1]

El criminólogo (tanto el hombre como la mujer) en España, no menos que en otros países, puede enriquecer notablemente amplios espacios de la vida privada y pública. Y, desde luego, la política criminal del Gobierno. Con razón afirma Garcia-Pablos de Molina que la actividad criminológica, tanto la investigación como la *praxis* "no es funcionalmente neutra para el sistema social".[2] Posteriormente insiste G. Kellens, desde otra perspectiva.[3]

Ante la cada día más compleja situación nacional e internacional, emerge la figura del Criminólogo y la Criminóloga

(1) CARIO, R., FAVARD, A.-M., OTTENHOF, R., 1994: *Profession criminologue. Spécialisation ou professionnalisation*?, Actes du XVIIIème Congrès de l'Association Française de Criminologie, Erès, Toulouse; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A., 1988: *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Espasa-Calpe, Madrid, 127 ss.

(2) GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A., 1988: Manual de Criminología, 133.

(3) KELLENS, G., 1993: "Entre théorie et pratiques, la Criminologie appliqué constitue-t-elle une discipline susceptible de professionnalisation?", *Journal des procès*, 236 (2 avril 1993), 14 s., y 237 (16 avril 1993), 16 s.

como una clave para injertar nuevas dimensiones humanitarias y humanistas en la convivencia de los individuos y de los pueblos. Clave enriquecedora en múltiples campos, como indicaremos a continuación.

Las mujeres y los hombres especializados en la ciencia multi – e interdisciplinar de la Criminología tienen algo importante que enseñar a las personas que laboran en el campo policial, a quienes trabajan en la administración de la justicia penal, como también a las dedicadas a la pedagogía y a quienes "consagran" su vida al mundo enigmático de las cárceles. Decimos *consagran* porque el penitenciarista, como el Criminólogo, tiene no poco de sacerdote, en el mejor sentido de la palabra.

Esta nota se limita a unas someras indicaciones respecto a la policia, la administración de la justicia penal, las instituciones Penitenciarias y, finalmente, la docencia-investigación.

No olvidemos que la Criminología posee innovadora capacidad de ver y comprender, desde diversas perspectivas, todas las conductas personales, tanto la humanitaria como la criminal como la simplemente irregular, "llamativa" o *auffallendes, abweichendes, Verhalten*, de las que hablan con acierto Günther KAISER, MÜLLER-DIETZ y otros.[4]

2. El humanismo policial

> "El perverso y el débil no pueden caer más abajo de lo que hay de más bajo en vosotros... una sola hoja no puede ponerse amarilla sin el silencioso consentimiento de todo el árbol, así el malhechor no podrá hacer el mal sin el silencioso consentimiento de todos vosotros" – GIBRAN KHALIL GIBRAN.[5]

En la sociedad postmoderna el criminólogo aporta amplias perspectivas multi – e interdisciplinares que rompen el pequeño marco endogámico tradicional y, por ello, permiten reflexionar y discutir acerca de las soluciones técnicas de problemas antes insolubles o casi insolubles, acerca de los valores éticos que la policía debe respetar y desarrollar, y acerca de las cada día más intensas relaciones de la policía con la comunidad a nivel nacional, regional y local.

Pueden servir de ejemplo teórico-práctico las experiencias que se están llevando a cabo, desde 1992, en el *Huntssville Police Department*.[6] Se subraya la importancia de que el policía: 1.° sienta y muestre sensibilidad respetuosa hacia las preocupaciones de los ciudadanos; 2.° se ofrezca a colaborar en la prevención y solución (más que en la represión) de los conflictos públicos, con preferencial atención a las víctimas, especialmente niños y mujeres; 3.° aprecie y cumpla las normas y las costumbres propias de cada comunidad, apoyado en la fuerza de la ley y no en la ley de la fuerza; 4.° coloque como alfa y omega de su trabajo los valores éticos y los principios del Código de conducta, de las Naciones Unidas, para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.[7]

(4) KAISER, G., 1993: *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*, 9.ª edición, Heidelberg, 182 ss. MÜLLER-DIETZ, H., 1994: "Kriminologie in Europa", en Albrecht y Kürzinger (Comps.), *Kriminologie in Europa-Europäische Kriminologie?*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 28 s.

(5) KHALIL GIBRAN, G., 1978: *El Profeta*, Pomaire, Barcelona, 53.

(6) JONES, T.R., OWENS C., SMITH, M.A., 1995: "Police Ethics Training. A Three-Tiered Approach", *FBI Law Enforcement Bulletin*, June, 22 ss.

(7) BERISTAIN, A., 1985: Ciencia penal y Criminología, Tecnos, Madrid, 209 ss.

En los umbrales del tercer milenio se avizora una mayor intervención de la ciencia y *praxis* criminológica para la formación, para la logística, para la misión y para la labor cotidiana de la policía. Como explica L. W. Sherman, Presidente del *Crime Control Institute*, en Washington, los compromisos policiales han de orientar su brújula a problemas ciudadanos concretos más que a observar la ley en abstracto; han de programar y cumplir planes de "salud" o de prevención de las "enfermedades" más que paradigmas "hospitalarios de urgencia". Sus metas y sus estrategias deben ser humanitarias; pero, sobre todo, humanas. Para lograr este talante y esta sensibilidad ayudan sobre manera los métodos virtuales para la construcción pedagógica policial, tal como analiza J. S. Hormann.[8]

Las funciones y las finalidades de la policía moderna no pueden permanecer de espaldas a las investigaciones criminológicas que se están llevando a cabo, especialmente desde finales de los años 80, como comenta el Presidente honorario de la Asociación Francesa de Criminología, Jean Susini, en su estudio "La recherche sur la police".[9]

Actualmente, en los Centros docentes donde se forman los policías resulta indispensable la presencia activa de los Criminólogos. Por los mismos motivos, en sus concursos y en sus pruebas de ascenso e ingreso, deben puntuar notablemente la formación y los conocimientos en Criminología de los aspirantes.

3. La Administración de la Justicia penal

> "Préférence pour les solutions inclusives, de manière à éviter de transformer la question en un choix binaire, avec des gagnants et aussi de perdants" – A. SNARE.[10]

Si pasamos al cada día más complejo ámbito de la administración de la justicia penal, vemos que también conviene dar mayor entrada en ella a los profesionales de la Criminología. Ya el año 1952, en la conferencia de Organizaciones Internacionales no gubernamentales, celebrada en Ginebra bajo los auspicios de las Naciones Unidas, se recomendó que las Universidades organicen la enseñanza de la Criminología y de las materias criminológicas en función de las tradiciones, de las posibilidades y de las competencias locales, y que esta docencia sea obligatoria para las personas que se dedican a la legislatura profesional y a las funciones parajudiciales.

Para lograr una eficaz prevención y superación de la criminalidad, así como para la repersonalización de las personas delincuentes, hoy en día, resulta necesario auscultar los progresos de la Criminología.

Ya no se puede continuar aplicando un Derecho penal tradicional que es ciego. Ya no se puede prescindir de los informes criminológicos en los Tribunales, ni de los trabajadores sociales, ni de los Psicólogos forenses. A este respecto han escrito atinadamente, en España, Miguel

(8) HORMANN, J.S., 1995: "Virtual Reality. The future of Law Enforcement Training", *FBI Law Enforcement Bulletin*, July, 7-12.

(9) SUSINI, J., 1988: *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1988, 851 ss.

(10) SNARE, A., 1995: "Interventions psychosociales visant à résoudre le conflit entre le délinquant et la victime, par exemple dans le cadre de programmes de médiation et de réparation", en Conseil de l'Europe, *Les interventions psychosociales dans le système de justice pénale*, 74 s.

CLEMENTE, Enrique ECHEBURUA, Vicente GARRIDO, Javier URRA, etc.[11]

Ya no se puede conducir la sociedad, ni formar a los Policías y a los Magistrados, ni tipificar los comportamientos delictivos, con dogmas deducidos con metodología fanática o únicamente filosófica. Resulta indispensable la pupila multi – e interdisciplinar, tan peculiar de la Criminología.

Gracias a los Criminólogos, se va superando el tan probado anatema de JESCHECK y KAISER cuando detectan cómo muchos jueces y muchos políticos actúan en temas penales como verdaderos invidentes, guiados por axiomas teóricos sin raíces y sin contactos con la realidad social cotidiana.[12]

Importantes investigaciones criminológicas van disipando las tinieblas del fundamentalismo violador de tantos derechos humanos (principalmente contra la mujer) y van introduciendo la luz de la realidad constatada científicamente con toda su complejidad y toda su riqueza (aunque a veces parezca o sea contradictoria). Van dando acogida a las aportaciones empíricas. Y, en concreto, a los informes de los profesionales de las ciencias de la conducta.

Urge que los Jueces fundamenten sus sentencias – y especialmente sus sanciones reparadoras y recreadoras[13] – en estudios de los expertos en Victimología, en Medicina Forense, en Psicología, en Sociología, en Criminología, etc. Esta urgencia se patentiza de manera irrefutable hoy, ante la inmediata entrada en vigor, el 23 de noviembre de este año 1995, de la Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado, publicada en el Boletín Oficial del Estado del 23 de mayo.

Especialmente nos interesa aquí el tema del informe criminológico y su posible exigencia, formulada en el nuevo Código penal.

4. El informe criminológico en el Proyecto del Código penal de 1994 y en el nuevo Código penal de 1995[14]

Dentro del amplio espacio de la administración de la justicia penal, los criminólogos juegan un papel cada día

(11) CLEMENTE, M., 1995: "Marcos explicativos del delito", en M. Clemente (coordinador), *Fundamentos de la Psicología jurídica*, Pirámide, Madrid, 297-310; ECHEBURUA, E., 1994: "Delitos sexuales: reacciones psicológicas de las víctimas de violación, y tratamiento de los ofensores sexuales", en Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho judicial. Aportaciones de la Psicología al ambito jurídico*, Madrid, 207-226; CARPINTERO, H., RECHEA, C., 1995: "La Psicología Jurídica en España: su evolución", en M. Clemente (Coordinador), *Fundamentos de la Psicología jurídica*, 65-98; URRA, J., 1995: *Menores, de la transformación a la realidad. Ley Orgánica 4/1992*, con selecta bibliografía.

(12) JESCHECK, H.-H., KAISER, G., (compiladores), 1980: *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*, Berlin, 2; KAISER, G., 1985: "Kriminologie im Verbund gesamter Strafrechtswissenschaft", *en Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1036 s.

(13) PETERS, T., AERTSEN, I., 1995: "Restorative justice: in search of new avenues in judicial dealing with crime. The presentation of a project of mediation for reparation", en FIJNAUT, C., GOETHALS, J., PETERS, T., WALGRAVE, L., (editors), *Changes in Society, Crime and Criminal Justice in Europe: A challenge for criminological education and research*, Kluwer Law, The Hague, I, 313 s.

(14) El texto del nuevo Código penal se aprobó por el Pleno del Congreso de los Diputados el 8 de noviembre de 1995 y se publicó

más importante en un punto particular: elaborar el *informe criminológico* acerca de las personas acusadas y de sus víctimas para que se tenga en cuenta tanto en lo relativo a la *conviction*, autoría y culpabilidad, como en lo relativo a la *sentencing*, la individualización y determinación de las respuestas que, en justicia, deben aplicarse (mejor diríamos *crearse*, conforme a la ley, sin prescindir de la imaginación) a los(as) delincuentes y sus víctimas (que suelen ser los sujetos pasivos del crimen y otras personas afectadas indirectamente).[15]

Ni el Código penal español vigente ni los anteriores hacen referencia alguna a este informe. Por primera y única vez se habla de él en la *Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983*, preparada por la Comisión integrada por Cobo del Rosal, Gimbernat Ordeig, Luzón Peña, Muñoz Conde y Quintero Olivares, con el Magistrado García de Miguel.

Esta Propuesta de Anteproyecto introduce, mejor dicho pretende introducir, una importante innovación para los profesionales de la Criminología pues establece la emisión de un informe criminológico como requisito indispensable para: – algunos supuestos de la suspensión del fallo (artículo 75), – la remisión condicional de la pena (art. 84), – la aplicación de las medidas de seguridad (art. 88), e internamiento en centros de terapia (art. 100).

Por desgracia, la Propuesta de Anteproyecto no prosperó, y los posteriores trabajos para elaborar el nuevo Código penal de la Democracia, que todos deseamos, tampoco han mantenido la propuesta del Informe criminológico.

El 22 de julio de 1994 se aprueba el Proyecto de Código penal 1994, sin elaboración de previo Anteproyecto. El 26 de septiembre de ese año, se publica este *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*, que, tras las correspondientes discusiones en las Cortes, ha llegado a convertirse en Ley, más rápidamente de lo acostumbrado, antes de que finalizase la Legislatura.[16]

Aquí y ahora, merece especial atención la postura que el Proyecto de Código penal de 1992 (que, por razones de urgencia, sirve de orientación básica [pero sin recibir el nombre de "Anteproyecto"] para el de 1994) y el de 1944 y el nuevo Código penal de 1995 adoptan respecto al "informe criminológico".

En ambos Proyectos no se habla del "Informe criminológico", lo cual parece lamentable, como indiqué públicamente el día 29 de mayo de 1992, en la reunión internacional celebrada en Collado Villalba (Madrid), en la que también participaba el catedrático de Derecho penal y Coordinador General de la COMISION encargada de preparar el texto inicial, mi amigo Carlos García Valdés.

Este respondió amablemente lo siguiente: "El Informe criminológico: La verdad es que no ha sido una supresión; ha sido una ampliación. El Anteproyecto dice *los Informes que crea oportunos*, y en consecuencia hemos pensado que no era una supresión sino que era una posibilidad de ampliar. Se ha visto que del 1983 al 1992 hay una serie de pro-

en el Boletín Oficial del Estado el día 24 del mismo mes, como Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Entrará en vigor el 25 de mayo de 1996.

(15) BERISTAIN, A., 1993: "¿La sociedad/Judicatura atiende a 'sus' víctimas/testigos?", en Consejo General del Poder judicial, *La Victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993, 163-222.

(16) Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. V Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 26 de septiembre de 1994. Núm. 77-1.

fesionales de las ciencias de la conducta que están trabajando correctamente en Juzgados de Familia, que están trabajando correctamente ayudando a la Administración de Justicia y que, a lo mejor, poner el Informe criminológico limitaba. Por eso se entendió, tal vez con acierto o tal vez sin él, que "informes que crean oportunos" era másamplio.Y no limitaba al criminológico".[17]

Veamos ahora los preceptos concretos del *Proyecto de 1992*, que, repito, puede considerarse como "Anteproyecto" (*de facto*, pero no *de iure*) del Proyecto de 1994. En dos artículos hace referencia a informes de profesionales concretos. Del médico, en el art. 92 (también podrán ser propuestos para la concesión de la libertad condicional algunos enfermos muy graves, con padecimientos incurables, "según informe médico"), y en el 103,2. En este artículo se refiere a "los informes de los facultativos que asistan al enajenado y a los emitidos por el Juez de Vigilancia" para poder "sustituir el internamiento por la observancia de las reglas de conducta previstas en el artículo 108".

En otros cuatro artículos habla simplemente de "informes de expertos" (sin concretar más) o de "informes que estimare conveniente" el Juez o el Tribunal. Son los siguientes artículos:

– 81,2: "informes que estimare convenientes" el Juez o Tribunal, para dejar en suspenso la ejecución de la pena.

– 90,3: para merecer el beneficio de la libertad condicional se requiere, entre otras circunstancias, "haber observado buena conducta, y haya razones para suponer que no volverá a delinquir, fundadas en los informes de expertos que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estimare convenientes".

– 96: Las medidas de seguridad se aplicarán a las personas que se encuentren en los supuestos que previene el Código siempre que concurran determinadas circunstancias, entre otras, "Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revela la probabilidad de comisión de nuevos delitos.

El pronóstico será emitido por el Juez o Tribunal, previos los informes que estimare convenientes."

– 97: "El Juez o Tribunal decretará el cese de las medidas en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto, previos los informes que estimare convenientes".

Como se ve, el Proyecto de 1992 no es más amplio que el Anteproyecto de 1983 en cuanto al informe criminológico, sino todo lo contrario, pues mientras que la Propuesta de 1983 exigía el informe criminológico como condición indispensable, el Proyecto del 92, en algunos supuestos, deja al criterio del Juez o Tribunal que los "estimare convenientes". Pocos Jueces los considerarán oportunos y menos aún los apreciarán necesarios.

Además, el Proyecto de 1992 no habla de *informe criminológico*; habla, sí, de *informes de expertos*, de *pronóstico emitido por los expertos*, de *informes emitidos por los facultativos y profesionales*, de *las demás actuaciones* que el Juez de Vigilancia ordene... sin especificar, ni detallar más. Por lo tanto, pueden ser informes médicos, psicológicos, pedagógicos, de los asistentes sociales, de cualquier otro profesional de las ciencias de la conducta, en el sentido más amplio de la palabra.

(17) CUADERNOS DE LA FUNDACION ENCUENTRO, 1993: *Posibles alternativas al sistema carcelario actual. ¿Son viables hoy las cárceles?*, Simposio internacional organizado por la Fundación Encuentro y la Asociación Horizontes Abiertos, Areces, Madrid, 203 s.

Pasemos ya al *Proyecto de 1994* que, en este punto (como en tantos otros), mantiene, con ligeras variantes, la misma línea que el anterior, de 1992. Su artículo 82, 2.ª conserva el texto del art. 81, 2 del Proyecto de 1992; su artículo 91 (que pasa inalterado -excepto una superficial corrección de estilo en el verbo *estime* convenientes- al texto definitivo del Código de 1995, en el artículo 90) establece la libertad condicional en las penas privativas de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurran, entre otras, la circunstancia "3.ª. Que hayan observado buena conducta, y exista respecto de los mismos un *pronóstico* (subrayo) individualizado y favorable de reinserción social, emitido por los expertos (subrayo) que el Juez de Vigilancia estimare conveniente". (Antes de las postreras enmiendas introducidas en el Congreso de los Diputados, esta circunstancia decía prácticamente lo mismo, en el artículo 90: "3.ª. Que hayan observado buena conducta, y haya razones para suponer que no volverán a delinquir, fundadas en los *informes de expertos* [subrayo] que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estimare convenientes").[18]

Su artículo 96 mantiene, aunque no al pie de la letra, la exigencia del mismo artículo del Proyecto de 1992 acerca de "previos los informes que estimare convenientes". También, los articulos 97 a) y 98 de Proyecto de 1994 se hacen eco de la similar exigencia del artículo 97 del Proyecto de 1992.

Según el artículo 98, que introduce el Proyecto de 1994 (y continúa en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal y en el texto definitivo del nuevo Código penal de 1995), el Juez de Vigilancia Penitenciaria,[19] para formular su propuesta al Juez o Tribunal sentenciador pidiendo el cese de cualquier medida de seguridad impuesta, o su sustitución por otra, o que se deje en suspenso su ejecución, "deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad"... (En el Congreso de Diputados y en el Senado se mantuvo la misma formulación, que pasa inalterada al texto último del Código: art. 98).[20] Por desgracia, puede suceder que no existan tales informes, o no sean suficientes. En tal supuesto, el Juez de Vigilancia puede ordenar más información, pero no está obligado a hacerlo.

Por fin, digamos, brevemente, que el nuevo Código penal de 1995 no menciona el "informe criminológico" de que hablaba la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983. Pero se refiere a "los informes correspondientes" (art. 87, 2.ª, 5); el "pronóstico individualizado... emitido por los expertos" (art. 90, 3.ª; los "previos lo informes que estime conveniente" el Juez o Tribunal (art. 95, 1); y los "informes emitidos por los funcionarios y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad" (art. 98).

Muchos penalistas, procesalistas y criminólogos pensamos que hoy en día el Código penal debe exigir en no pocos supuestos que el Juez o el Tribunal fundamente su sentencia en un informe CRIMINOLOGICO. Es decir, preparado por una persona que ha obtenido una Diplomatura o un Master o una Licenciatura o un Doctorado en Criminología. (Entre paréntesis, conviene recordar que

(18) Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. V Legislatura. Proyectos de Leyes. 19 de julio de 1995. Núm. 77-13.

(19) Preferible hubiera sido que el legislador español, siguiendo la propuesta de algunos especialistas, les hubiera denominado *Jueces de ejecución de penas y medidas penales.*

(20) Vide nota 18.

actualmente, no sólo en Canadá, sino que tambien en Bélgica, en Inglaterra, etc., se puede obtener Títulos universitarios de Licenciatura y Doctorado en Criminología que, en virtud del "espacio europeo" académico, serán pronto reconocidos también en España. Estos extranjeros titulados podrán ocupar los puestos de trabajo correspondientes, con preferencia a nosotros los españoles, pues nuestra Universidad carece de esos títulos).

Hoy en día, mucho más que en 1976, "es indispensable la clínica criminológica", como escribió Nelson Pizzotti Méndes al comentar *La función criminológica en la ejecución de las sanciones y tratamiento del delincuente*.[21]

5. Posibilidades en el laberinto penitenciario. Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996[22]

> "Sans doute, en prison ces changements intérieurs sont possibles, et à en degré de profondeur qui ne laisse de surprendre l'observateur extérieur" – J. SOLS.[23]

Abolir o reducir al mínimo la cárcel es, sin duda, la principal y más urgente posibilidad en el laberinto penitenciario, pero aquí y ahora reflexionamos sobre otra posibilidad que también merece nuestra atención.

Vengamos, pues, a la labor penitenciaria y la posible aportación criminológica en este campo tan olvidado y menospreciado por algunos sectores de la sociedad contemporánea.

Afortunadamente, la legislación penitenciaria española, en concreto el Reglamento Penitenciario de 1981 y el nuevo de 1996[24] tienen en cuenta la importancia del Criminólogo. Especial consideración merece el *Reglamento de 1981* porque le dedica directa y exclusivamente un amplio artículo, el 281, cosa que no hace el nuevo Reglamento de 1996. Este se refiere al Jurista-Criminólogo (con la simple y criticable denominación de Jurista, omitiendo la palabra Criminólogo) en los artículos 274 y 275, junto con los demas posibles componentes del Equipo Técnico, sin especificar las funciones propias del Jurista-Criminologo. Le nombra en primer lugar. A continuación cita al Psicólogo, Pedagogo, Sociólogo, Médico, Ayudante Técnico Sanitario/ Diplomado universitario en Enfermería, Profesor de la Unidad Docente, Maestro o Encargado de Taller, Educador, Trabajador Social y Encargado de Departamento.

Entre las funciones que el articulo 275, del nuevo Reglamento de 1996, asigna al Equipo Técnico, y en su tanto al Criminólogo, destacan la ejecución de los programas de tratamiento, el conocimiento directo de los problemas y de las demandas que formulen los internos y la evaluación de los objetivos alcanzados e informar a la Junta de Tratamiento.

El Reglamento de 1981, en su Título VIII, al tratar de los órganos penitenciarios colegiados y unipersonales, dedicaba el art. 281 exclusivamente, como hemos señalado, a los juristas-criminólogos, que antes no existían.

(21) PIZZOTTI MÉNDES, N., 1976: "La función de la Criminología en la ejecución de las sanciones y tratamiento del delincuente", en *Revista Mexicana de Criminología*, Diciembre, 115.

(22) Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE núm. 40, jueves 15 febrero 1996, pp. 5.380-5.435). Entrará en vigor el 25 de mayo de 1996.

(23) SOLS, J., 1995: "Lumière dans la prison", en Christus, Octubre, Paris, 506.

(24) Vide nota 23.

Pero, hoy resultan imprescindibles. Y cada día más.[25]

Para el legislador hispano de 1981, el Criminólogo es una persona vidente, intelectual, con sólida formación universitaria. Es un HOMO SAPIENS, estudioso. Se puede decir que lo exige el art. 281 al proclamar que le corresponde, entre otras, la función, de "(1.ª) *estudiar* (subrayo) toda la información penal, procesal y penitenciaria recibida sobre cada interno".

El Criminólogo penitenciario busca la luz. Como Goethe, siempre está pidiendo y buscando "mehr Licht", más luz. Se compromete a quitar la obscuridad, la ignorancia, en el régimen y en el tratamiento penitenciario, que respeten y desarrollen los valores esenciales de los hombres y de las mujeres y de los niños.[26] Que fundamenten de manera científica la supremacía de la "acción comunicativa" (Habermas) sobre la acción técnica para el logro de precepto constitucional de la resocialización del delincuente (Constitución española, artículo 25).

En este sentido se manifiesta, como fruto de su experiencia, el Magistrado y Jefe de servicios de la Inspección en la Administración penitenciaria, del Ministerio de Justicia, en París, Jean Pierre LABORDE, cuando pide al criminólogo penitenciario, entre otras tareas, la elaboración de reflexiones y planes permanentes de política penitenciaria, a nivel local y nacional.[27]

(25) Por desgracia, la burocracia oficial está incumpliendo el artículo 281 pues tiene en cuenta únicamente a los juristas y prescinde de los criminólogos. Ojalá pronto la autoridad competente corrija esta infracción que viola derechos importantes de los criminólogos/as. Lamentablemente, el BOE, en las convocatorias a oposiciones para ingreso en el Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias omite la palabra criminólogo; y, al especificar cada especialidad, emplea la fórmula "Especialidad de jurista", cuando debía utilizar "Especialidad de jurista-criminólogo". Sin embargo, incluye en el temario diecinueve temas de Criminología. (Cfr. BOE, núm. 155, 30 junio 1994, pp. 20.944 s.).

El número de personas que trabajan en España en el Cuerpo Técnico de psicólogos y juristas-criminólogos en los años 1987, 1988, 1989, 1990 y 1991, según las últimas estadísticas publicadas (SECRETARIA GENERAL DE ASUNTOS PENITENCIARIOS, MINISTERIO DE JUSTICIA, *Informe General 1991*, Madrid, 1993, p. 119; los *Informes* de años posteriores no ofrecen datos concretos al respecto), son los siguientes:

	Jur. Crim. y Psicol.	
	F. Carrera	*F. Interino*
1987	189	15
1988	230	12
1989	263	10
1990	279	8
1991	298	7

(26) CUESTA, J. L. de la, 1989: "La necesidad de una Declaración Internacional de Derechos de las personas privadas de libertad", en A. Beristain, J.L. de la Cuesta (Comps.), *Cárcel de mujeres*, Mensajero, Bilbao, 35-46; GIMENEZ-SALINAS, E., 1989: "¿Condena o privilegio?", en J.L. de la Cuesta, I. Dendaluce, E. Echeburúa (Comps.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1153-1168; NEUMAN, E., 1994: *Victimología y control social. Las víctimas del sistema penal*, Universidad, Buenos Aires, 277 s.; PETERS. T., 1993: "El futuro de las prisiones: los valores esenciales", en A. Beristain, J.L. de la Cuesta (Comps.), *Cárceles de mañana. Reforma penitenciaria en el tercer milenio*, Inst. Vasco de Criminología, San Sebastián, 101-109.

(27) LABORDE, J.P., 1994: "Les besoins en Criminologie de l'Administration pénitentiaire", en C. Robert, A.-M. Favard, R. Ottenhof, *Profession Criminologue. Spécialisation ou professionalisation?*, Erès, Toulouse, 123 s.

Muy especialmente al Criminólogo le competen funciones de pontífice, creador de puentes, de encuentros, de diálogos, de conciliación, pues se le asignan, entre otras, las funciones de:

– enlace con los Equipos de Observación y de Tratamiento, pues él ha de "hacer la propuesta global del diagnóstico criminológico y, en su caso, de programación del tratamiento" (art. 281.1.2.ª).

– enlace con las autoridades judiciales, el Ministerio Fiscal y el Centro Directivo, pues a él se le encarga "(3.ª) Redactar, previa discusión y acuerdo correspondiente del Equipo, los informes solicitados" por dichas autoridades.

– enlace entre los reclusos y el Director del Centro, pues él informa a aquéllos y a éste. A los internos les asesora "acerca de su situación penal, procesal y penitenciaria...".[28] Al Director le tiene al corriente "de las instancias y recursos cursados o interpuestos" por aquéllos respecto a "sus derechos y situaciones jurídicas" (art. 281. 5.ª y 6.ª).

A tenor de este mismo artículo 281, el Criminólogo ha de ser también HOMO FABER, artífice de la repersonalización, pues ha de "(4.ª) Colaborar en la medida posible y del modo que el Equipo determine a la *ejecución* (subrayo) de los métodos de tratamiento".

Ha de ser el catalizador que fomenta la no-dualidad, la unidad, en las diversas técnicas didácticas, y que facilita la integración de la educación (que incluye los estudios y la formación profesional) con la psicoterapia y con la acción social individual. Puede expresarse su labor gráficamente en el esquema B.

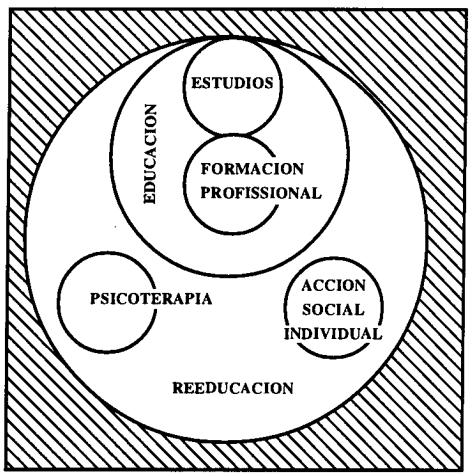


GRÁFICO A

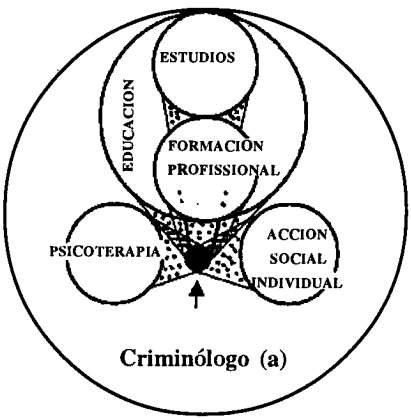


GRÁFICO B

Este esquema B corrige y supera el esquema A, que reproduce el plan tradicional propuesto por las Naciones Unidas, que trata de la reeducación sin mencionar lo más eficiente: el reeducador, el repersonalizador, el criminólogo. El manantial que da vida a todas las "piezas".

Desde otro punto de vista, además de las tareas que el artículo 281 atribuye al

(28) Este asesoramiento del criminólogo al interno/a, desde muchos puntos de vista de la moderna ciencia penitenciaria, debe primar por encima del que deben prestarle

Criminólogo, él puede prestar su colaboración bienhechora en muchos otros campos concretos, dentro del mundo carcelario, por ejemplo en las Capellanías penitenciarias y en el voluntariado que ellas tanto fomentan porque tanto necesitan.[29]

El criminólogo puede contribuir positivamente en el quehacer de las capellanías penitenciarias, en la relación mutua enriquecedora que debe establecerse entre la ciencia criminológica y las convicciones-creencias religiosas de las personas internas y de su respectiva sociedad, sin olvidar las de los Funcionarios. También en la intensificación de la formación intelectual, técnica y humana de las personas que laboran en las instituciones carcelarias. También en la Escuela *ad hoc*, en su especializada revista periódica, en la celebración de cursillos y congresos regionales, nacionales e internacionales, etc.

El, antes citado, Simposio Internacional organizado por la Fundación *Encuentro* y la Asociación *Horizontes Abiertos*, que se celebró en Collado Villalba (Madrid), los días 28, 29 y 30 de mayo de 1992, reconoció la urgencia de intensificar la participación y la actividad de los Criminólogos en las instituciones penitenciarias.

A la luz de lo hasta aquí indicado, conviene insistir sobre la necesidad de que la Diplomatura y el Master en Criminología puntúen más en las pruebas selectivas para el ingreso (y/o para los ascensos) en los Cuerpos Especiales Masculino y Femenino de Instituciones penitenciarias.

6. Docencia e investigación

> "McClintock was, emphatically, not one of those social scientists who have forgotten how to be human" – A. BOTTOMS.[30]

Llegamos, por fin, al campo didáctico, en el que también puede y debe laborar el Criminólogo. A él le competen dos misiones distintas y complementarias: 1.ª investigar los problemas de su ciencia multi – e interdisciplinar e impartir docencia sobre esos temas a los futuros criminólogos, 2.ª llamar a la puerta de las personas e instituciones docentes en general para mostrar a todas las personas enseñantes por qué y cómo su labor debe impregnarse, en grado mayor o menor, de la pupila criminológica.

Empecemos por la primera parte. La profesión del Criminólogo, y/o de la Criminóloga, destaca por su nueva e innovadora capacidad de ver, observar y comprender las complejas conductas de las personas y de las instituciones (públi-

los abogados. Sin embargo, lo olvidan los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en su VII Reunión. Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 1994: *Vigilancia Penitenciaria*, Madrid, 317 s.

(29) Como progresista se ha de calificar la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado (BOE del 17).

Acerca del voluntariado en general y del voluntariado penitenciario en particular, puede servir de modelo lo que hace actualmente en Italia la *Fondazione Italiana per il Voluntariato*. Sus numerosos *Documenti*, como el de Luciano TAVAZZA, "Il volontariato e la solidarità in Europa", y sus decenas de libros ofrecen amplísima información. Véase, por ejemplo, su *Yearbook of Italian social voluntary service*, Roma, 1994, con sus mil cuatrocientas sesenta y siete densas páginas de datos concretos. A pesar de la paradigmática amplitud y diversidad del voluntariado en Italia, echo de menos la atención a las víctimas de la criminalidad.

(30) BOTTOMS, A., 1994: "In Memoriam: Professor F. H. McCLINTOCK", en *International annals of Criminology*, XXXII, 10.

cas y privadas), especialmente en lo que se refiere a las prevenciones y respuestas pertinentes de la criminalidad, de la criminalización (con frecuencia mal entendida e ignorada), de la victimación y de las frecuentes situaciones "llamativas" que no llegan a la gravedad del delito, pero, sin embargo, perturban la paz y la convivencia.

El Criminólogo está capacitado para investigar yanalizar, con propia metodología multi – e interdisciplinar, sin olvidar la transdisciplinariedad,[31] los comportamientos de las personas, los colectivos y las instituciones, desde una perspectiva nueva: con esperanza y "apego" fraternal, sin prejuicios, ni preconceptos, ni presentimientos.

Es decir, puede lograr una fundamental ruptura epistemológica en el conocimiento de la mayoría de los ciudadanos acerca de los factores etiológicos y los remedios de la criminalidad.[32] Puede superar el conocimiento cotidiano y el praxeológico (de la vida y *praxis* cotidiana). Puede llegar, con frecuencia, hasta el conocimiento científico, sin quedarse en lo puramente técnico, objetivo y cosificado. Para ello, acude a las ciencias y a las investigaciones empíricas multi- e interdisciplinares, que incluyen, entre otras, la ética de la alteridad (Lain Entralgo, Heidegger, Levinas), la antropología de la benevolencia[33] y la filosofía e historia de las religiones (Mircea Eliade).

Observemos que, según documentadas encuestas recientes acerca de cómo desean los hombres y las mujeres que se sancione a los delincuentes, un alto porcentaje se manifiesta en favor de más severidad y dureza en las penas. Este porcentaje es mayor aún cuando los medios de información dan a conocer algún delito especialmente reprochable y que produce mayor alarma social, en cierto sentido, por ejemplo, violación y asesinato de alguna niña o joven, en circunstancias que hieren las sensibilidad pública. Recuérdense las reacciones vindicativas exageradas, en toda España, en octubre de este año 1995, al conocerse que Anabel Segura, de 22 años, había sido asesinada veintinueve meses antes, el mismo día del secuestro, el doce de abril de 1993.

En concreto, la investigación financiada por la Universidad del País Vasco y dirigida por el Profesor José Luis dela cuesta (*"Contribución al conocimiento de las representaciones sociales de los jóvenes sobre la criminalidad"*) Que el Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutoa ha realizado, acerca de cómo perciben la delincuencia y la sanción los jóvenes de San Sebastián y de Bayona (Francia) muestra

(31) La transdisciplinariedad, como explica Miguel Fernandez Perez, 1994: *Las tareas de la profesión de enseñar. Práctica de la racionalidad curricular. Didáctica aplicable*, Siglo XXI, Madrid, 647 ss., "puede estar originada bien en una metodología científica compartida por las disciplinas consideradas, bien por compartir algún principio o verdad fundamental común a todas ellas, bien por un cambio de plano dentro del mismo espacio multidimensional, por ejemplo, cuando varias disciplinas son convocadas (y redefinidas en) una finalidad pragmática que las transciende (las "telegoliza") a toda ellas, adjetivándolas a todas ellas sustancialmente". Así sucede con la Psicología criminológica, la Sociologia criminológica, la Biología criminológica...

(32) CASTAIGNEDE, J., 1995: "Introducción general sobre los métodos de investigación en ciencias sociales y en Criminología", en Sociedad de Estudios Vascos, *Cuadernos de Sección. Derecho 9*. 55-62.

(33) DIAZ, S.V., 1995: "Benevolencia y conducta racional", Madrid; GONZALEZ, M.D., 1992: *Conducta prosocial: Evaluación e Intervención*, Madrid.

que el 20% de los donostiarras y el 15% de los franceses piden que, entre las medidas para que disminuya la delincuencia, se establezcan leyes y tribunales más duros (Tabla VI, 7).[34]

Ante la constatación de esta lamentable opinión pública, desconocedora de los fines y los límites humanos de la Justicia penal, y ante la evidencia de que la criminalidad y la victimación son y continuarán siendo problemas gravísimos en la sociedad de hoy y de un mañana próximo, parece oportuno insistir en que los especialistas en Criminología tengan más abierta la puerta de los Tribunales de Justicia (sobre todo cuando empiecen a celebrarse juicios con Jurados) y de los centros docentes donde se forma la juventud. La doctrina criminológica humanista y humanitaria puede corregir ese talante vindicativo, maniqueo y, a veces, sádico.

Esperamos que a la Criminología se le abran más las puertas en el mundo de la enseñanza y de la investigación. Que los docentes y los intelectuales se interroguen y caigan en la cuenta de cuánto espacio deben conceder al novedoso tema criminológico dentro del recinto académico.[35]

Así como se ha introducido en los centros docentes de la juventud la educación sexual obligatoria, de modo semejante urge que se introduzca también la didáctica criminológica. De esta manera mejorará la cosmovisión y el talante de los ciudadanos, especialmente de los jóvenes, en favor de una justicia más humanitaria y, sobre todo, más humana y fraternal.

7. ¿Para qué sirve la Criminología?

> "Por 'actos creativos' entiendo cosas tales como el descubrimiento de nuevos problemas o el descubrimiento de nuevas soluciones a nuestros problemas" – K. R. POPPER.[36]

A la luz de lo hasta aquí indicado y sugerido, ante la pregunta frecuente de los alumnos que estudian Criminología: "¿Para qué sirve la Criminología? ¿Qué salidas tienen nuestros estudios?", caben muchas respuestas.

La Criminología sirve para algo parecido – más y mejor – que los estudios de un idioma extranjero importante: puedes dedicarte a la docencia y/o la investigación de esa "lengua", y también puedes utilizarla como instrumento para otros trabajos (para traducir documentos en esa lengua, por ejemplo), y también puedes aprovecharla para enriquecerte tú en tu profesión particular y en tu cultura y maduración humana...

El saber criminolóico ayuda también, y mucho, en la formación de identidades personales, proporcionando a las

(34) Esta investigación ha aparecido publicada bajo el título "Representaciones sociales de los jóvenes sobre la criminalidad. Investigación transfronteriza", en la *Revista de Derecho penal y Criminología* núm. 5, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 1995, pp. 335-490. Ha sido realizada por M. González Audícana, J. Castaignède, I. Dendaluze y P. Larrañaga. La redacción definita ha corrido a cargo de J.L. de la Cuesta, A. Maeso, A. Beristain y J.C. Héraut.

(35) CUSSON, M., 1995: "Problèmes fondamentaux dans l'enseignement de la criminologie", en FIJNAUT, C., GOETHALS, J., PETERS, T., WALGRAVE, L., (editors), *Changes in Society, Crime and Criminal Justice in Europe: A challenge for criminological education and research*, Kluwer Law, The Hague, II, 267-278.

(36) POPPER, K.R., en K.R. Popper y J.C. Eccles, 1993: *El yo y su cerebro*, trad. C. Solís, Labor, Barcelona, 604.

personas las competencias que las convierten en sujetos capaces de conocer y de hacer, capaces de participar en procesos de entendimiento comunicativo y de afirmar en sí mismos su propia identidad, según terminología de J. Habermas.[37]

La criminología teórica no puede desentenderse de la Criminología práctica en general (no sólo de la Criminología clínica, tan fomentada por Jean Pinatel) pues se convertiría en una ciencia sin contenido.[38]

En resumen, nuestra sociedad necesita cada día más del Criminólogo teórico, y no menos del práctico, del profesional, que trabaja, con herramientas y metodologías nuevas, al servicio de la convivencia pacífica y solidaria.

Nota. Estas páginas amplían, con notables modificaciones, el texto de mi conferencia sobre "Una profesión nueva: el Criminólogo (Sus aportaciones a la sociedad de hoy y de mañana)". Cfr. Asociación Vasca de Criminólogos-Kriminologoen Euskal Elkartea, "Una profesión nueva: El Criminólogo. (Sus aportraciones a la sociedad de hoy y de mañana)", *Criminólogo. Kriminologoa*, Boletín Informativo, Vitoria-Gasteiz, 1996, n.º 0, p. 5-10.

(37) HABERMAS, J., 1987: *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, II, 208 s.

(38) GASSIN, J., 1994: *Criminologie*, 3.ª edición, Dalloz, París, 28.

5. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

UM CASO DE VIOLÊNCIA FAMILIAR

CLAUDIA ANAF

Este pequeno artigo se origina de um caso por mim atendido, enquanto psicóloga atuando em Vara de Infância e Juventude. A fim de não haver identificação das pessoas atendidas, os nomes e datas foram alterados.

O caso teve início através de uma denúncia, feita por diretora de escola pública ao SOS Criança, de que uma aluna do colégio contando com 14 anos de idade, vinha sofrendo abuso sexual por parte do genitor desde seus 7 anos.

O SOS de imediato enviou a jovem para uma Instituição de Abrigo, além de para avaliação psicológica e encaminhou o caso à Vara, tendo sido aberto processo.

O histórico do caso trazia os seguintes dados:

A adolescente provém de uma família constituída por pai, mãe e onze filhos, sendo que três vivem na rua. Trata-se de família de baixa renda. A casa onde moravam, um mês após o abrigamento de Talita, fora demolida.

Dois meses após o abrigamento o caso chegou à Psicologia, tendo passado anteriormente pelo Serviço Social da Vara. Foi então que começou a minha intervenção, ou quiçá não.

Chamei a jovem para entrevista, quando pude constatar o quanto a mesma aspirava pelo abrigamento, sentindo-se terrivelmente vitimizada. Havia uma forte sensação de alívio, de estar a salvo. Todavia havia um intenso sentimento de culpa vinculado à demolição da casa. Era como se ela houvesse causado toda a destruição de sua própria família, o que certamente é um fardo demasiado pesado para se carregar.

Em situação de entrevista Talita mostrou-se consciente de sua problemática, disponível para relatar os fatos, desejosa de ser ajudada e receptiva às orientações.

Avaliou-se que a jovem, naquele momento, se sentia amparada pela Instituição em que fora abrigada. No entanto, ponderou-se com Talita que seria necessária sua transferência, uma vez que o abrigo deixara claro que não teria condições de levá-la para tratamento psicológico. A mesma imediatamente concordou, solicitando apenas que tal ocorresse após o Natal, pois desejava passar a festa lá, e não em um lugar onde fosse uma estranha. Vale esclarecer que a Instituição onde a mesma se encontrava era de caráter religioso.

Em 7 de janeiro, telefonei à Obra para a qual a jovem seria transferida, quando fui informada de que esta ainda não chegara lá.

Em 14 de janeiro, telefonei novamente, recebendo a mesma informação. Estranhando o ocorrido, entrei em contato com a Obra onde a adolescente ainda permanecia e fui informada por uma freira de que Talita decidira permanecer ali.

Ante esta abrupta mudança de posição da jovem, solicitei uma entrevista com a mesma.

Em 28 do mesmo mês, a adolescente compareceu, e quando lhe perguntei a respeito dos acontecimentos, esta respondeu sem titubear que estava sendo forçada pela obra a lá permanecer, a fim de que seguisse carreira religiosa. Relatou também que os pais foram visitá-la, não tendo sido permitida pela Irmã a entrada dos mesmos. Talita emocionou-se ao falar dos pais, dizendo sentir a falta destes.

Entrei mais uma vez em contato com a Obra para onde ela seria transferida, para verificar se ainda havia vaga. Fui informada de que não havia mais lugares. Expliquei a gravidade do caso, e então o responsável, disse que faria um arranjo para receber Talita, necessitando de algum tempo para tal. A Obra dispôs-se de abrigar a jovem, desde que esta chegasse em 3 de fevereiro.

Expliquei tudo à adolescente e a tranqüilizei, dizendo que acompanharia de perto a transferência. Além do mais, relatei em processo todo o ocorrido.

Neste ínterim, em 30 de janeiro a genitora ante o impedimento de visitar a filha, compareceu no Serviço Social da Vara, em companhia da sogra, solicitando autorização de visita.

Faz-se necessário esclarecer, ter a assistente social relatado, ao encaminhar a dupla ao Serviço de Psicologia, que a sogra fez questão de estar ao lado da genitora, durante todo o tempo de entrevista, tendo sido notado que a genitora a temia, e que a avó paterna de Talita defendia o tempo todo seu filho e exercia pressão sobre a nora. O serviço social não conseguiu obter o endereço da família, tendo sido fornecidos os mais variados tipos de desculpa pela avó.

Chamei a genitora para entrevista individual, quando esta verbalizou que seu marido estava extremamente agressivo. Mostrando-se muito fragilizada, relatou que o relacionamento conjugal era péssimo, sendo ela e seus filhos maltratados. Narrou que o companheiro havia tentado matá-la com uma faca. Aditou que convivera com o mesmo harmoniosamente durante 39 anos, e que apenas no último ano este começara a apresentar um comportamento inadequado. Perguntada quanto a seu endereço disse não saber, por ser muito recente. Indagada quanto ao comparecimento do marido, disse que este negava-se terminantemente a comparecer. Era notório o pavor da genitora, quanto a dar maiores informações.

Foi marcado um retorno para aprofundamento da avaliação, tendo sido a parte avisada de que ante qualquer dificuldade, telefonasse para a psicóloga. Antes da data marcada, porém, a genitora veio sem telefonar, ao Serviço de Psicologia, relatar nervosamente que seu filho de dez anos roubara 250 reais. Acabou contando que seus outros filhos também possuíam o mesmo hábito. Em face do exposto, solicitei que comparecesse na companhia de todos os seus filhos. A genitora chorou muito durante a entrevista, porém não mais retornou à Psicologia.

Na data da esperada transferência de Talita, liguei para a Obra para onde iria e fiquei sabendo que a mesma não ocorrera.

Imediatamente fui ao Comissariado que ficara encarregado de efetuar a transferência. Os comissários disseram que ao chegar à Obra foram recepcionados pela Irmã que os informou de que a jovem não queria ser transferida, e nem desejava conversar com eles. Ante este fato, os mesmos se retiraram do local, acreditando que se forçassem Talita estariam desacatando o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O cartório da Vara havia também recebido um fax, emitido pela Instituição, quando da chegada dos comissários, informando o pedido da jovem de permanência no Abrigo.

Percebendo a mentira, falei com os comissários, explicando tudo que, em verdade, estava ocorrendo e combinou-se de efetuar a transferência no dia seguinte.

Os comissários cumpriram o combinado e Talita foi finalmente transferida para uma Casa de Convivência.

Em 25 de fevereiro recebi um telefonema da Coordenação da Casa, avisando que a genitora estava telefonando para a filha em demasia solicitando que parasse de ligar para a avó, sem dar nenhuma referência de onde se encontrava, e informando que a avó paterna reclamava com a Obra telefonemas que Talita fazia de madrugada ameaçando-a.

A Coordenação explicou que a jovem não tinha como sair da Casa à noite para fazer as ligações, e que lá dentro ela não telefonava. A Obra pediu ao Serviço de Psicologia que interviesse de modo a fazer para a enxurrada de ligações para lá, as quais desestabilizavam a jovem, explicitando um temor de que a família colocasse a adolescente no lugar de "louca" encobrindo todos os conflitos restantes.

No processo só havia um número de telefone, da avó paterna. Não havia mais indícios que pudessem facilitar a localização da família. Houve várias tentativas de localização, todas sem efeito.

Tentou-se vários contatos telefônicos com a avó, a qual dizia não ter notícias de seu filho. Destarte, não havia como intimar a figura principal da trama, e nem os outros elementos envolvidos.

Prossegui meu trabalho, chamando Talita para um retorno, com o fito de verificar sua adaptação à Obra e saber se estava sendo atendida em suas necessidades.

No referido encontro que deu-se no mês de março, a jovem disse ainda não ter iniciado tratamento psicoterápico, estando em fila de espera para tal. Talita deixou explícito que gostava do local onde estava, aspirando ficar lá até a maioridade, não desejando em hipótese alguma um retorno ao lar. Verbalizou que almejava ver a mãe e aos irmãos, porém não seu pai.

No que tange à Obra, vale informar que estava fazendo todos os esforços possíveis para inserir a adolescente num tratamento psicoterápico.

No início de julho, chegou aos autos um relatório, informando que a jovem havia apresentado episódios delirantes, nos quais dizia ver e ouvir a voz de seu pai. Em decorrência do fato foi levada ao psiquiatra, que lhe receitou Amplictil. Talita ainda estava aguardando vaga para iniciar psicoterapia. Quanto a seu relacionamento, a Obra narrava ser excelente.

O que me leva a relatar este caso? O forte impacto causado por este. Senti-me violentada pela tragédia que presenciei, assistindo a tudo sem nada poder fazer, com forte sentimento de impotência.

Pergunto-me: Se é assim para mim, como o será para Talita?

Esta foi violentada desde criança, porém encontrou forças para contar à professora, a qual tentou salvá-la através da denúncia. A jovem foi abrigada, mas logo em seguida o lar foi demolido, o que certamente foi mais uma violência.

Posteriormente, a Obra não a levou ao tratamento pelo qual ansiava e, pior a forçou a lá permanecer dirigindo-a para a carreira religiosa. Verifica-se aí outro ataque à integridade de Talita, que ainda teve forças de pedir ajuda ao Serviço de Psicologia da Vara. Depois já na Casa de Convivência, os sucessivos telefonemas da mãe e avó trazendo uma acusação infundada sobre a mesma, colocando-a como bode expiatório da família. Há ainda a longa espera por um tratamento, do qual Talita tem necessidade preemente. A cidadania da jovem é negada seguidamente, a violência permanece em sua

vida. Parece constelar-se uma situação sem saída, não é possível a vida sem que a jovem permaneça sendo vitimizada. De que adianta escapar de um pai agressor, se a violência continua das mais diferentes formas? Sendo assim, não há que culminar em uma crise psicótica?

É espantosa a força de ego de uma menina que abusada desde os sete anos possui para pedir ajuda, para suportar tantas esperas, para desejar ser ajudada, para poder se relacionar bem na Instituição sendo advinda de um lar onde as relações são permeadas pela agressividade e pela desestrutura. Talita quando atendida pela Psicologia da Vara, sempre se mostrou consciente de sua problemática e de seus direitos, adequada, reflexiva e receptiva às orientações. No entanto, após tanto padecimento, a jovem sucumbiu, sendo tomada por uma crise psicótica.

Como podemos entender essa crise, não será um pedido desesperado de ajuda? Escutar a voz do pai, não estaria representando que a violência, a negação de sua cidadania, está sempre a sua espreita? Haja vista que após a separação da família, Talita continuou sendo vitimizada das mais diferentes formas. A jovem foi abrigada, mas perdeu a família, sendo acusada pela mesma de telefonemas que jamais fizera. E a culpa de que foi acometida, ao saber que após seu abrigamento seu lar foi demolido? Tudo pelo que passou, não estaria confirmando que o único destino possível para si é o da violência? Sendo assim, efetivamente seu pai, agressor, não está a acompanhando onde quer que vá?

Se os Serviços Técnicos da Vara se vêem absurdamente restringidos em sua ação, sem poder levar a efeito a sua tarefa num caso de maus-tratos, como pode-se esperar que a jovem vitimizada não tenha sua saúde mental intensamente afetada?

Quão terrível deve ser para a jovem perceber que aqueles que se propõem a ajudá-la, que se implicam com seu pedido, pouco ou nada por ela podem fazer?

No que tange à família, parece tratar-se de um sistema fechado, que vinha funcionando dentro de um equilíbrio doentio, há muitos anos. O pai parece ser a figura detentora de todo poder, ficando todos subservientes a sua vontade. Durante anos, ninguém ousou enfrentar seu poder inquestionável. Sem dúvida, Talita é o membro mais saudável da família que, corajosamente, rompeu a homeostase do grupo. Seu ato foi vivenciado como quebra de tabu, e por isto a mesma teve de ser castigada.

A demolição do lar impingiu à Talita uma culpa que, na verdade, não lhe cabia. Os telefonemas acusatórios à Obra cumpriam o mesmo papel.

Frente à quebra da homeostase familiar, o grupo buscou um rearranjo para que tudo voltasse à forma anteriormente conhecida. Assim a casa foi demolida com o intuito de não deixar pistas, e a família mudou-se para algum lugar onde pudesse permanecer vivendo como um sistema fechado. A dificuldade dos técnicos em conseguir dados denota o quanto o grupo permanece se auto-regulando sem trocas com o meio exterior.

Também os telefonemas acusatórios da mãe e avó paterna atestam o vigor da família em permanecer em seu equilíbrio precário. Culpar o membro que saiu é uma maneira de mostrar o intenso desejo de manutenção da estrutura familiar, como vinha sendo até aquele momento.

É fato digno de admiração que uma família com filhos ainda crianças, que cometem roubos, não haja chegado antes à Vara. Isto corrobora a intensidade do fechamento familiar, impeditivo de intervenções.

Faz-se necessário esclarecer que a família somente buscou a Vara, em função

do impedimento de entrar na Obra para visitar Talita, e não para solicitar ajuda. Na entrevista com a genitora, esta relatou que o marido só se tornara agressivo no último ano, negando-se a ver o que de fato estava acontecendo. Ver significaria romper a homeostase do grupo. Foi em função disto que a genitora compareceu à Psicologia, queixando-se de seu filho de dez anos, quando possuía outros filhos fazendo o mesmo e há mais tempo. Foi por esta razão também, que não mais retornou ao Serviço de Psicologia.

O abrigamento de Talita, era apenas a ponta do *iceberg*. Pai e filhos cometiam delitos, e provavelmente cientes disto, mudaram-se rapidamente, temendo a lei.

Destarte conclui-se que não era apenas o genitor que se negava a comparecer em Juízo. O seu comportamento refletia o de todo um grupo, extremamente simbiotizado.

Após esta breve análise do caso, gostaria ainda de apontar através do Estatuto da Criança e do Adolescente, a situação da jovem vitimizada.

Art. 4.° – É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 15 – A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 16 – O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I – ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II – opinião e expressão;

III – crença e culto religioso;

IV – brincar, praticar esportes e divertir-se;

V – participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

VI – participar da vida política na forma da lei;

VII – buscar refúgio, auxílio e orientação.

Art. 17 – O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 19 – Toda criança ou adolescente tem o direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Art. 22 – Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Quanto às entidades de atendimento:

Art. 94 – As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:

I – preservar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes;

II – não restringir nenhum direito que não tenha sido objeto de restrição na decisão de internação;

III – oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos reduzidos;

IV – preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente;

V – diligenciar no sentido de restabelecimento e da preservação dos vínculos familiares;

VI – comunicar à autoridade judiciária, periodicamente, os casos em que se mostre inviável ou impossível o reatamento dos vínculos familiares;

VII – oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal;

VIII – oferecer vestuário e alimentação suficientes e adequados à faixa etária dos adolescentes atendidos;

IX – oferecer cuidados médicos, psicológicos, odontológicos e farmacêuticos;

X – propiciar escolarização e profissionalização;

XI – propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer;

XII – propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças;

XIII – proceder a estudo social e pessoal de cada caso;

XIV – reavaliar periodicamente cada caso, com intervalo máximo de seis meses, dando ciência dos resultados à autoridade competente;

XV – informar, periodicamente, o adolescente internado sobre sua situação processual;

XVI – comunicar às autoridades competentes todos os casos de adolescentes portadores de moléstias infecto-contagiosas;

XVII – fornecer comprovante de depósito de pertences dos adolescentes;

XVIII – manter programas dedicados ao apoio e acompanhamento de egressos;

XIX – providenciar os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles que não o tiverem;

XX – manter arquivo de anotações onde constem data e circunstâncias do atendimento, nome do adolescente, seus pais ou responsável, parentes, endereços, sexo, idade, acompanhamento da sua formação, relação de seus pertences e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento.

§ 1.º – Aplicam-se, no que couber, as obrigações constantes deste artigo às entidades que mantêm programa de abrigo.

Cabe aqui esclarecer que as entidades de abrigo distinguem-se das de internação, na medida em que as últimas atendem adolescentes infratores.

No concernente às medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

Art. 129 – São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

I – encaminhamento a programa oficial ou comunitário de promoção à família;

II – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

III – encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

IV – encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

V – obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua freqüência e aproveitamento escolar.

VI – obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;

VII – advertência;

VIII – perda da guarda;

IX – destituição da tutela;

X – suspensão ou destituição do pátrio poder.

Parágrafo único – Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 23 e 24.

Art. 130 – Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.

Todos os artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente aqui transcritos ou foram desobedecidos, ou houve impedimento em seu cumprimento.

O art. 4.° foi ferido pelo ataque do direito da adolescente a dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar. Considero que ferido duplamente, pelo pai agressor e pela Obra de caráter religioso.

O mesmo se deu com relação aos arts. 15 e 16. Adito que a Obra impediu a liberdade de opinião, ao forçar a permanência da jovem lá e o direito a buscar auxílio e orientação, impedindo-a de fazer o tratamento psicológico almejado.

O art. 17 atenta para a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança que vinha sendo atacada desde os sete anos de idade, devido aos maus-tratos. Alerta também para a importância dos espaços pessoais e idéias e crenças. Talita ao clamar pelo abrigamento, perdeu seu espaço no seio familiar, e na primeira Obra onde esteve não teve respeitado nem seu espaço, nem suas crenças, sendo coagida a fazer carreira religiosa.

O art. 19 aponta para o direito da criança ou adolescente ser criado na família, mas Talita foi afastada do lar e o agressor lá permaneceu, vitimizando a todos que com ele convivem.

O art. 22 fala sobre o dever dos pais de educar os filhos, e da obrigação dos mesmos de cumprir as determinações judiciais. Obviamente ambos os direitos foram atacados pelo genitor.

O art. 94 trata da necessidade da Obra fornecer cuidados psicológicos, propiciar assistência religiosa àqueles que o desejarem, da não restrição de direitos, da preservação da identidade e do oferecimento de ambiente de respeito e dignidade para o adolescente. Nenhum destes itens foram obedecidos pela primeira Obra que abrigou Talita. Houve uma tentativa de torná-la noviça, de impedi-la de ser transferida e de freqüentar psicoterapia. Tais atitudes desrespeitaram sobremaneira sua identidade e golpearam o respeito e dignidade para com a atendida.

O art. 129, concernente às medidas aplicáveis aos pais, não pode ser atendido, uma vez que não foi possível localizar o pai.

O art. 130 prevê o afastamento do agressor da moradia em caso de maus-tratos, mas no caso de Talita não houve tal possibilidade.

Finalizando, não posso me furtar a comentar a forte sensação de frustração e impotência ante a inviabilidade do cumprimento de tantos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, ante aos seus vários artigos desrespeitados e desconsiderados, e ante a tão pouca possibilidade de ação buscando uma solução para o caso.

A história de Talita é trágica, não seria trágico também ter havido tanto desrespeito às leis? Seria apenas um ataque à cidadania de jovem e de seus irmãos, ou o caso elucida também um ataque à cidadania dos técnicos implicados que nada puderam fazer, e um ataque às leis, ao Direito; não significaria também uma afronta à cidadania no Brasil?

São várias indagações, para mim ainda sem resposta...

Apesar destas adversidades, considero que o esforço no atendimento do caso foi válido. Foi possível junto com a Casa de Convivência assegurar a transferência da adolescente, bem como os tratamentos necessários. Talita finalmente está em tra-

tamento psicoterápico. Ainda que a duras penas recebeu os tratamentos, e esquecer essas pequenas vitórias seria acreditar que nada valeu a pena, o que nos levaria a uma paralisação de nossa ação.

A família buscou colocar Talita no lugar de paciente identificada. No entanto, o abrigamento e a obtenção dos tratamentos necessários conferem à jovem a possibilidade de sair deste lugar, de elaborar seus conflitos, de alterar o prognóstico, podendo vir a integrar-se à sociedade e ter uma vida saudável.

6. POLÍCIA E DIREITO

A POLÍCIA MILITAR E AS DEMAIS INSTÂNCIAS DE CONTROLE SOCIAL*

ANA SOFIA SCHMIDT DE OLIVEIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Instâncias formais – 3. Controle social – 4. Conclusão.

1. Introdução

Pretendo dividir a abordagem do tema em três partes. Inicialmente, vou tratar das instâncias formais. O que são, para que servem, o que se espera delas, de que forma estão cumprindo esta expectativa. Em seguida, vou falar sobre o controle social e, dentro deste tópico, vai merecer especial enfoque a questão da criminalidade. Em seguida, já anunciando a conclusão, vem a síntese destes dois pontos, mais dirigida ao papel da polícia. A intenção não é fazer uma exposição acadêmica, mas sim dividir com vocês a minha leitura pessoal do assunto.

Trabalho com o sistema penal desde o segundo ano da faculdade. Fiz esta opção quando fui, com um grupo de alunos, visitar a Casa de Detenção. Parece que aderir à visita valia um ponto na disciplina Direito Penal, mas foi uma curiosidade muito grande que me levou lá. Lembro de estar andando por um daqueles corredores, as celas fechadas, uma fileira de olhos naquelas pequenas aberturas das portas de ferro. Foi uma sensação estranha que nunca deixou de me acompanhar, um certo mal-estar, quase um constrangimento. Já estive perto de me acostumar, mas quando isto acontece, eu me esforço para cultivar mais uma vez aquela estranha sensação. Há pouco tempo atrás, levei um grupo de alunos da faculdade de Direito à Penitenciária do Estado e encontrei, na expressão de alguns deles, aquela mesma sensação. Disse a eles: "Quando vocês se tornarem policiais, advogados, promotores, juizes, não esqueçam deste sentimento e nem tentem se acostumar a ele". Eu sabia que era um conselho difícil, principalmente para os homens. Estamos no limiar do terceiro milênio, mas emotividade ainda é encarada como "coisa de mulher".

Às vezes, é incômodo sentir. Quando trabalhamos em certas áreas onde o sofrimento humano é grande, existe sempre a tentação de deixar a sensibilidade de lado. Mas, a opção por não sentir é a opção por ser robô, por ser não-gente. Não dá para considerá-la seriamente. Tem muita gente que diz: "eu sou profissional, não me envolvo". É evidente que um certo distanciamento é importante. Nenhum médico, nenhum professor, nenhum policial, nenhum juiz, conseguiria trabalhar sem um certo distanciamento. Mas é preciso muita coragem, em

(*) Palestra proferida ao corpo docente da Academia de Polícia Militar do Barro Branco dentro do Seminário "O Papel da Polícia Militar no Estado Democrático de Direito" promovido pela Ouvidoria da Polícia de São Paulo.

certas áreas de atuação, para não separar a pessoa física da pessoa jurídica; o profissional do ser humano. E como é bom encontrar pessoas que conseguem atingir esta síntese.

2. Instâncias Formais

Passo agora à abordagem das instâncias formais.

Todo manual de Direito Penal ou de criminologia diz: são instâncias formais de controle social a Polícia, o Ministério Público, o Poder Judiciário, o sistema penitenciário. São instâncias informais a família, a escola, a igreja, o clube, a comunidade de bairro, etc.

As instâncias formais são também chamadas instâncias oficiais e é comum dizer que estas, as formais, atuam quando as informais falham. A idéia é a seguinte: o garoto era rebelde em casa, não respeitava o pai nem a mãe. Foi expulso da escola. Parou de freqüentar a igreja. Juntou-se a um grupo que aterrorizava a vizinhança. Começou a usar drogas e logo a vender. Caiu nas mãos da polícia e foi parar na cadeia. O que aconteceu? Falharam as instâncias informais. Falhou o controle exercido pela família, pela escola, pela igreja, pela vizinhança e as instâncias formais tiveram que atuar.

Os penalistas modernos costumam dizer que o Direito Penal é a *ultima ratio*, é a última instância de controle social. Ou seja: sua intervenção só é legítima quando todas as demais instâncias falharam. Só intervém quando não existe outra alternativa. Este pensamento é progressista e é importante. Vai contra aquela concepção segundo a qual todos os problemas, até os sociais, se resolvem com Direito Penal. Pena, prisão, de acordo com esta visão equivocada, é a panacéia para todos os males. O problema é inflação? Cadeia para quem aumentar os preços! O problema é a poluição? Cadeia para os poluidores! O problema é o desemprego? Cadeia para quem estiver desempregado! O problema é a violência? Cadeia para os violentos! Se já existe previsão de cadeia, aumentem as penas, cortem os benefícios.

Estamos vivendo um período ambíguo. Os teóricos, os meios acadêmicos, os pesquisadores dizem: menos Direito Penal. A opinião pública (ou a opinião publicada, nunca se sabe bem a diferença) diz: mais Direito Penal!

De qualquer forma, em que pese a ambigüidade, o princípio continua valendo: as instâncias formais atuam quando as demais fracassam e o limite entre elas é o cometimento do crime. O problema, o grande problema, surge no momento em que estas diversas instâncias são tratadas como compartimentos estanques, incomunicáveis.

Aqui, vale fazer uma pequena pausa para analisar o que está por trás do apartamento das diversas instâncias.

Durante muito tempo, o pensamento ocidental foi dominado pela lógica científica. O método para o descobrimento da verdade é o método racional, científico. A predominância do método racional é sintetizada pela conhecida frase de Descartes: "*Cogito, ergo sum*". Penso, logo existo. Gerações aprenderam que ser é ser racional. O método cartesiano influenciou não só as ciências mas diversas outras áreas. E o que nos ensina este método? Este método diz que para compreender a verdade é preciso medir e analisar o objeto que está sendo investigado. Este método diz que para conhecer a verdade é preciso dissecá-la em partes. O conhecimento das partes permitirá o conhecimento do todo. Se você quer conhecer uma borboleta, corte-a em pedaços. Separe as patas da cabeça, o corpo das asas e você entenderá a borboleta. Isto é o que nos ensinou a lógica cientificista. Constatar que a asa separada do corpo não voa, era só um detalhe.

É importante, sem dúvida, conhecer as partes, mas não perceberam os cientistas cartesianos que a borboleta está mais no vôo do que na asa. Fritjof Capra, em um livro instigador chamado *O Ponto de Mutação,* trata disso. O que teria acontecido na história se Descartes houvesse dito "Sinto, logo existo"?

Enfim, em razão desta herança, o homem moderno tornou-se um especialista em partes, mas tornou-se cego em relação ao todo. Graves problemas sociais e até ecológicos surgem daí. O que é que explica o fato de serem gastos bilhões de dólares no lançamento de uma nave que permanecerá anos em órbita até atingir Saturno, enquanto no planeta Terra milhões de pessoas morrem de fome todo ano? O que é que explica a devastação ambiental que deteriora a qualidade de vida, quando a poluição é causada por indústrias que produzem bens de consumo supostamente criados para melhorar a qualidade de vida? Falta ao homem moderno a capacidade de enxergar o todo.

Aos poucos, parece que as pessoas vão-se apercebendo disso. As respostas de sempre já não satisfazem e, na busca de novas soluções, o homem vai conseguir enxergar a floresta onde só via a árvore. Veja-se o que acontece no campo da medicina. Tantas especialidades apareceram que o mercado ressentia-se do clínico geral. Surgiu assim a proposta de criação de um sistema de atendimento na rede pública municipal que restauraria a figura do médico de família. E o que é o médico de família? É o médico que conhece não só a parte, mas o todo. O fenômeno surge nos campos da política e da economia. Vivemos em tempos de globalização. O todo ressurge. A globalização econômica, analisada sob o enfoque da lógica do mercado, é sempre motivo de crítica porque esta lógica de mercado é cruel, egoísta, é regida pela ganância e não pela solidariedade. Mas a globalização, como tendência de aproximação entre povos e pessoas capazes de manter sua individualidade, pode ser uma coisa extremamente positiva.

O que fica destas colocações é a certeza de que trabalhar com partes da realidade como se fossem todos não tem dado certo e nos mais diversos campos vem surgindo um fenômeno que se chama mudança de paradigma. Ocorre uma mudança de paradigma sempre que um modelo de pensamento torna-se obsoleto e é substituído por outro, mais eficiente.

Como eu dizia antes, o problema existente na forma como as instâncias de controle social vêm sendo tratadas é, e este me parece não o único, mas o mais grave problema, o fato de serem vistas como compartimentos estanques, isoladas umas das outras. E este isolamento acontece não só na relação das instâncias formais com as informais mas também entre as diversas instâncias formais. Entre a Polícia, o Ministério Público, o Poder Judiciário, o sistema penitenciário. O Poder Legislativo também entra porque produz as leis que colocam todo o sistema em marcha. Existe um distanciamento entre estas diversas instâncias como se cada uma delas tratasse de uma coisa diferente, como se cada uma delas tivesse um objetivo diverso.

Na verdade, o objetivo é só um: tornar melhor a vida em comunidade.

E é isso que nós, instâncias formais, estamos fazendo? Estamos fazendo justiça? Ou estamos também dissecando o conceito de justiça e enxergando só pequenas partes de um todo maior? O cientista que disseca uma borboleta deve saber que a asa não é a borboleta. Mas nós, será que temos esta consciência? Houve um caso, muito noticiado na imprensa, referente a uma mulher que foi presa em flagrante ao tentar furtar remédio para seu filho. Vamos analisar este caso. Falo deste caso porque foi bastante divulgado e não porque seja

excepcional. Enfim, houve uma situação de flagrante, legitimando a prisão. Houve ofensa a um bem jurídico e o fato podia ser tipificado – art. 155 do Código Penal. O Ministério Público podia oferecer denúncia, o juiz podia proferir uma sentença condenatória. Ela poderia faltar à audiência admonitória, se fosse concedido o *sursis*, e poderia, finalmente, ser presa. Não seria nem a primeira nem a última pessoa presa nestas circunstâncias. Cada um no seu papel, cada qual cumprindo sua parte. Foi feita justiça? Não. O conceito de justiça foi dissecado em tantas partes quantas foram as atuações individuais. O cientista sabe que a asa não é a borboleta. Nós, às vezes, confundimos as coisas.

Mas, e então? O caso é de flagrante delito. Não dá para agir de outra forma, Não dá para questionar. É preciso desempenhar um papel. Sobre isso, sobre o "tenho que desempenhar meu papel", vai uma pequena história. Estive visitando uma prisão norte-americana localizada em Estado cuja legislação prevê a pena de morte e ouvi de um dos diretores a descrição do procedimento de execução dos condenados. A execução é tão burocratizada, a divisão de papéis é tão bem feita que acontece uma coisa incrível: o condenado morre mas ninguém o mata.

Em razão deste processo de burocratização, de automação, acontece, é claro, uma dessensibilização. O funcionário da prisão americana que aperta o botão que vai gerar a descarga elétrica ou a injeção letal não pensa, na hora H: "eu estou matando um ser humano". Ele vai pensar: "estou apertando um botão" ou "estou cumprindo o meu dever" ou ainda "estou fazendo o que me pagam para eu fazer". Quem mata é o sistema. Um juiz, na hora em que assina um mandado de prisão, sabe que os presídios estão superlotados; sabe que aquele condenado será submetido a condições degradantes; sabe que o Estado não pode garantir sua integridade física, sexual, moral, mas assina, porque acha que está cumprindo seu dever. Acha que está fazendo justiça. Isto é dissecar o conceito de justiça. É olhar a parte e confundi-la com o todo.

E o todo, o que é? Uma pesquisa feita em uma favela do Rio de Janeiro constatou que a grande maioria da população só acredita na justiça de Deus. Uma parcela acredita na justiça do mais forte. Uma mínima parte acredita na justiça feita pelas chamadas instâncias formais. As mesmas indagações dirigidas aos integrantes das instâncias formais e o resultado foi exatamente o inverso.

Como é que pode? Se cada integrante destas instâncias formais acredita e age acreditando que está fazendo justiça, por que este ceticismo de quem está do lado de fora? Por que a descrença? Porque, a resposta é simples, estes integrantes do sistema, estes protagonistas das instâncias sociais enxergam, cada qual, a parte em que atua. Os entrevistados da favela enxergam o todo.

É preciso perceber o todo. É preciso encontrar na realidade a fundamentação, a legitimação das práticas das instâncias formais. Se a finalidade é criar segurança, mas se cria o medo, alguma coisa está errada. Se a finalidade é ressocializar o delinqüente, mas ele sai da cadeia pior do que quando entrou, alguma coisa está errada. Se a finalidade é reprimir a violência, mas se reproduz violência, alguma coisa está errada. E não adianta se esconder atrás de pilhas de papéis, atrás de artigos de lei, atrás das obrigações funcionais, atrás de uma rotina burocratizada. A realidade, mais cedo ou mais tarde, fala mais alto.

É possível comparar o sistema penal a uma linha de montagem. Imagine-se uma esteira rolante. Lá na ponta, o suspeito, colocado na esteira pela polícia. Afinal de contas, é a polícia que recolhe,

no universo da população, aquelas pessoas que entrarão na linha de montagem. O suspeito, posto na esteira, passa pela Delegacia de Polícia, passa pelo Ministério Público, pelo Poder Judiciário, pelo sistema penitenciário e lá na outra ponta, sai o egresso. Nesta linha de montagem, a matéria-prima é o suspeito e o produto acabado o egresso. Figueiredo Dias, tratando da organização da justiça penal, fala de um conflito entre a lógica de produção e a lógica de justiça. Uma fábrica é mais eficiente quando produz mais. E o grande drama, diz Figueiredo Dias, citando Rosset e Cressey, é que o sistema penal é orientado pela lógica da produção e não pela lógica da justiça. Justiça não se mede, não se pesa, não se quantifica. Não dá para provar que o dinheiro dos contribuintes está sendo bem gasto. Mas dá para provar estatisticamente que "x" casos foram julgados, que "x" condenados foram produzidos. O problema é que sendo a matéria-prima um ser humano, esta "eficiência" não é sinal de bom resultado.

Com estas colocações, passo para a análise do controle social. Voltarei a elas na síntese final.

3. Controle social

Controle social é a expressão utilizada para descrever as formas de contenção de impulsos e tendências prejudiciais ao bem comum.

O homem, já dizia Aristóteles, é um animal político, possui uma vocação natural para a vida em comunidade. O não estar só já significa a existência de um limite representado pela presença do outro. Toda criança aprende a importância das regras, dos limites. A vocação para a vida em comunidade é natural no homem. Mas a forma como esta vocação é orientada é cultural.

Toda criança pequena sente-se dona do universo. O mundo gira ao seu redor e as pessoas existem para satisfazer seus desejos, suas necessidades. À medida que a criança vai crescendo, vai descobrindo que o outro não é só um provedor de suas necessidades, mas alguém que também tem suas necessidades. Todo processo de amadurecimento, de crescimento, que é um processo lindo e doloroso, deve culminar da descoberta do outro. Se esta descoberta culminasse no encontro de um outro igual a mim, titular dos mesmos direitos, se desta descoberta surgisse como conseqüência lógica o respeito ao outro, se este respeito surgisse não como uma imposição, mas como uma decorrência natural do fato de sermos todos iguais, não seria necessário que se falasse de controle social. Não estaríamos aqui hoje, não haveria Polícia e eu também estaria desempregada.

Vejam só. Se nós estamos aqui hoje reunidos é porque aquela descoberta do outro não culminou na descoberta do meu igual. Às diferenças sensivelmente detectadas – o outro mais forte e outro mais fraco, o branco e o preto, o mais rico e o mais pobre, o outro culto e o outro ignorante – foi sendo agregado um valor: o mais rico é melhor, o mais forte é melhor, o branco é melhor, o culto vale mais. O outro que eu quero ser, o outro que eu desprezo. O outro que vale e o que não vale. Diante da multiplicidade de outros, diante dos valores atribuídos, aquela descoberta do outro meu igual fica perdida. O confronto das diferenças acaba gerando conflitos e... estamos empregados.

O controle social não é uma invenção das sociedades atuais. Todo grupo formado tem regras. A criança aprende regras dentro de casa. Os alunos aprendem regras nas escolas. Os fiéis aprendem regras na igreja. Um grupo de amigos aprende as regras da convivência. Todas estas regras que surgem quase que espontaneamente são regras de controle social. Buscam equilibrar os impulsos individuais com os interesses do grupo.

Na verdade, o controle social não é nem sequer um privilégio da raça humana.

Na semana retrasada saiu uma matéria muito interessante na revista *Veja*. Tratava de um grupo de elefantes de um determinado parque africano que estava se tornando muito violento. Estes elefantes começaram a matar rinocerontes, sendo que sempre haviam convivido, naquele parque, elefantes e rinocerontes em perfeita harmonia. Descobriu-se que, há algum tempo atrás, para evitar uma superpopulação de elefantes, os animais adultos foram retirados do grupo que passou a ser constituído essencialmente de elefantes jovens. Estes jovens cresceram sem os adultos para impor limites e tornaram-se violentos. A solução foi trazer fêmeas adultas de outras manadas porque elas poderiam conter os elefantes jovens. Ainda não se sabe se a experiência deu certo. Vejam que ninguém pensou em matar ou prender os jovens elefantes delinqüentes: a solução foi encontrada em uma instância informal de controle social.

Desde sempre, o fenômeno da criminalidade fascina e amedronta o ser humano. Nada dá mais ibope, não existe tema mais explorado em Hollywood. Há um certo mistério neste lado escuro da natureza humana. Em nosso mundo, em nossa cultura maniqueísta, o bem é visível, o mal é oculto. Nada desperta tanta curiosidade.

O crime sempre acompanhou o homem e não há sociedade sem ele. Adão e Eva foram expulsos do Paraíso porque cometeram o crime de desobediência. Os filhos deles, Abel e Caim, um morto, o outro assassino. As tragédias gregas, o teatro de Shakespeare, grandes romances, o que seria da arte sem o crime? Talvez, só o amor ofereça comparável inspiração.

Apesar desta incontestável normalidade do crime, por influência das escolas clássica e positivista que dominaram o cenário jurídico-penal nos séculos XVIII e XIX ainda hoje se encontra disseminado o conceito de que o crime é algo anormal.

De acordo com conceitos primários de Direito Penal, o crime é a ofensa ou ameaça de ofensa a um bem jurídico relevante. Todo ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados – a vida, a propriedade, a integridade física e moral, etc. Para demonstrar como são importantes estes bens jurídicos, existe a previsão de uma pena. Esta previsão tem um caráter genérico dissuasório e educativo. Ou seja: pelo temor inspirado por uma possível punição, espera-se que as pessoas não cometam delitos. E tem um caráter educativo porque reforça alguns valores básicos: a vida é um bem jurídico importante. Tanto é assim que a ofensa a ela é um crime. Mas se este efeito dissuasório falha, a ofensa a um bem jurídico protegido pelo Direito faz nascer, é o que aprendem os estudantes de Direito, o *jus puniendi* estatal. Ou seja, o direito de punir. O aparato repressivo do Estado está legitimado para agir: O cometimento do crime é o farol verde. A ordem social foi maculada e é preciso a intervenção do Direito Penal para restabelecer a ordem. Vamos examinar a validade destes conceitos.

A idéia da ordem maculada remonta à Escola Clássica. Kant, representante do idealismo clássico, dizia que se uma sociedade formada por habitantes de uma ilha fosse destruída e sobrasse apenas um único criminoso nesta ilha, ele teria que ser executado para que a ordem abalada pelo crime fosse restabelecida.

A Escola Clássica teve seu marco inicial com a obra conhecidíssima de Beccaria *Dos Delitos e das Penas* (1764). É uma obra muito importante porque, pela primeira vez, os ideais do Humanismo, do Iluminismo, são refletidos no

campo do Direito Penal. O até então ilimitado poder dos soberanos é questionado e exige-se um fundamento racional para a imposição da pena. A concepção de Beccaria fundamenta-se na tese do contrato social. O cometimento do crime é o descumprimento de uma cláusula do contrato e daí advém a responsabilidade do criminoso. Vivia-se a época de descobrimento do indivíduo. O homem aparecia como senhor de si e, neste contexto, o livre-arbítrio era presumido. O criminoso era alguém que, podendo agir bem, resolveu agir mal.

Aproximadamente 100 anos após o advento da obra que é a certidão de nascimento da escola clássica, é publicada uma obra que veio a ser considerada a certidão de nascimento da escola positivista. É *O Homem Delinqüente* de Lombroso. Lombroso, todos se recordam, examinou um grande número de delinqüentes e acabou concluindo que eles possuíam em comum um determinado tipo de nariz, um certo tamanho de orelha, e assim por diante. Comprovou-se, depois, que a teoria de Lombroso não possuía nenhum fundamento sério, mas a idéia do criminoso nato, das tendências naturais para a criminalidade, foi uma idéia que pegou.

O que é mais importante é que com a escola positivista, o centro de interesse da investigação migra do crime para o criminoso. Aquele conceito clássico, do homem senhor de si, é abalado pela idéia do determinismo. Os primeiros positivistas não eram juristas. Eram cientistas que analisavam empiricamente a realidade e descobriam que, no Universo, tudo é causa e efeito. Com o homem não haveria de ser diferente. O delinqüente é um efeito correspondente a uma causa biológica ou social. Para os positivistas, a idéia de livre-arbítrio era um devaneio dos clássicos, sem qualquer fundamento na realidade.

Apesar de serem profundas as diferenças, as escolas clássica e positivista possuem uma coisa em comum: ambas analisam o crime como um fenômeno anormal e buscam responder à pergunta: Por que tal pessoa cometeu um crime?

As escolas clássica e positivista ainda hoje têm grande influência e somente no início deste século, em razão também da repercussão da obra de Durkheim, é que surge, na contramão de tudo que vinha sendo dito desde meados do século XVIII, o conceito de normalidade do crime. Os sociólogos entram em cena. Começam a observar melhor, percebem que nunca houve sociedade sem crime, percebem que a distribuição dos criminosos na sociedade guarda alguma relação com a distribuição de renda e vão percebendo e observando até mudar a pergunta fundamental.

Com o desenvolvimento das escolas sociológicas, não mais tem importância a pergunta: Por que tal pessoa cometeu tal crime? E sim: Por que tal sociedade produziu tal fenômeno? À medida que a crítica aumenta, que esta percepção aumenta, chega-se, com a teoria interacionista, ou teoria do *labeling approach*, à seguinte indagação: Por que tal pessoa é tratada como criminoso? Aí é lançada a base para algumas constatações aparentemente simples, mas que importaram um giro de quase dois séculos: o crime é um problema social. A sociedade é conflitiva. A sociedade produz o crime.

Até os anos 60, buscava-se uma explicação para o crime. Nos anos 60, surge um novo paradigma, uma nova criminologia. Foi um período que inspirava a contestação, criticava-se a autoridade. Por isso é que se diz que houve, nesta fase, uma mudança importante de paradigma em todas as ciências que estudavam o fenômeno da criminalidade: passou-se de um paradigma etiológico, que buscava as causas do crime para o paradigma da reação social. Durante a vigência do

paradigma etiológico, quando se indagava o que o criminoso faz e por que faz, a sociedade é maniqueísta. O crime é a representação pronta do mal contra o bem. Com o novo paradigma da reação social, a sociedade é problematizada.

A teoria interacionista, que surgiu na década de 60, criticava, e com inteira razão, todas as teorias que buscavam explicar o crime analisando aquelas pessoas que já haviam sido colocadas na esteira rolante do sistema penal. Os teóricos do *labeling* denunciaram a grande falha metodológica de explicar a criminalidade a partir já do funcionamento do sistema penal, como se este sistema fosse mesmo justo e correto, como se o sistema penal efetivamente punisse todos os culpados e deixasse de fora todos os inocentes. Esta visão maniqueísta foi denunciada. Somos todos anjos e pecadores, poderia dizer um interacionista, e o que nos diferencia, é o estereótipo, é o rótulo. Nenhuma ação é criminosa por si, não existe o mal intrínseco a nenhuma ação; ninguém é criminoso em si. Tudo é resultado da interação social. Ser criminoso é uma qualidade, um *status* atribuído a determinada pessoa pelo processo de seleção. O processo de seleção é um processo em que a polícia desenvolve um papel fundamental. Dentro daquela imagem da esteira rolante, é a polícia que coloca a matéria-prima na ponta da esteira. O processo de seleção, ou processo de estigmatização é o ponto mais importante dos estudos da teoria interacionista.

De acordo com esta teoria, o sistema penal se volta mais contra certas pessoas do que contra certas condutas. Ainda de acordo com esta teoria, as chances de uma pessoa ser etiquetada, rotulada como criminoso, são distribuídas de maneira inversamente proporcional à distribuição de renda. E isso, em qualquer sociedade, em qualquer tempo. As pessoas das classes mais altas nascem como que imunizadas. São poucas as chances de que venham a receber a etiqueta. Terão que se esforçar demais. Por outro lado, os "caras de prontuário", como diz Zaffaroni, possuem uma grande chance de serem selecionados. Sem muito esforço serão rotulados.

Vocês com certeza sentem na pele como é ruim, como é injusto este processo de etiquetamento. Quando a polícia aparece na mídia como violenta e corrupta, forma-se logo o silogismo. A polícia é violenta e corrupta. Fulano é policial. Logo, fulano é violento e corrupto. Em razão desta mesma lógica cruel e superficial ainda tem gente que diz que morreram na Casa de Detenção 111 bandidos violentos, que cada morte foi merecida. Em verdade, qualquer estereótipo é injusto, é mentiroso. Alguns pesquisadores americanos se deram ao trabalho de recolher características que levariam certamente ao cometimento de crime. Um deles falava de apenas sete. Uma pessoa poderia resistir e não cometer crime ainda que apresentasse duas ou três ou cinco características. Mas não resistiria aos sete. Eram fatores como desagregação familiar, violência na infância, precocidade no iniciamento sexual, etc. Outros reuniram mais de 100 fatores. O problema é que sempre havia a exceção. O homem não se encaixa em generalizações nem em classificações precisas. Como diz Garcia Pablos de Molina, o homem transcende a lógica.

Este é um lado do processo de estigmatização. O outro lado é que a pessoa estigmatizada acaba se comportando de acordo com a expectativa que aquele processo de estigmatização gera em relação a ela. Isto acontece em todos os níveis. Semana passada foi veiculada uma matéria na televisão sobre a pressão que sofrem as crianças superdotadas. Estes pequenos gênios precisam corresponder às expectativas e um pequeno

fracasso, uma nota baixa, são intoleráveis. Quem tem filho percebe isto claramente em muitos exemplos do dia-a-dia. Esta pressão atua intensamente também quando a expectativa é negativa. Há alguns meses atrás, eu estava na Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté e fui conversar com o Pedrinho Matador. Para que eu tivesse mais liberdade, o Diretor me levou a uma sala e o Pedrinho Matador veio acompanhado de três ou quatro seguranças. Fui aconselhada a permanecer atrás de uma mesa, ele sentado a uns dois metros à minha frente. Os agentes de segurança permaneceram na entrada da sala, a porta ficou aberta. Eu não queria falar muito alto e nem ouvia direito o que ele dizia. Assim, saí de trás da mesa e fiquei de pé, encostada na mesa, a meio metro do Pedrinho Matador. Ele ficou um pouco desconcertado e continuou contando sua história; o primeiro que matou, a sensação que teve, a vontade de vingar a morte da mãe, assassinada pelo pai, como se esforçou para receber uma medida de segurança arrancando com seus dentes a língua das vítimas. A certa altura, ele interrompe o seu relato e pergunta: "Você não está com medo de mim?" Respondi: "Não, deveria?" Ele disse: "Nenhuma mulher conversou com o Pedrinho Matador tão de perto sem sentir medo". Então eu lhe respondi: "Eu não estou conversando com o Pedrinho Matador. Estou conversando com o Pedro Rodrigues Filho".

Eu percebia, durante a conversa, como ele se adequava à sua própria etiqueta. E percebi que o processo de etiquetamento é cruel. Mas o mais cruel, porque é uma crueldade que às vezes sem perceber a gente faz com a gente mesmo, é esforçar-se para ter um comportamento adequado à etiqueta que recebemos. Eu preciso adequar a minha etiqueta ao que eu sou e não adequar-me a ela.

Os clássicos do século XVIII, embriagados ainda pela descoberta da limitação do poder dos soberanos, inspirados por aquela necessidade de auto-afirmação, formularam uma visão do homem idealizada, perfeita demais.

A idealização pode ser tão ofensiva à dignidade do homem como o desprezo. A idealização ignora o lado negativo da pessoa e ninguém é perfeito. O desprezo ignora o lado positivo e ninguém é tão ruim. Somos todos bons e maus, capazes de gestos nobres e baixos, santos e pecadores. De acordo com a fé cristã, somos marcados com o selo de Caim e ungidos pelo sangue de Cristo. Em uma concepção atual, em um Estado Democrático de Direito, às vésperas do terceiro milênio, é a idéia de dignidade humana que tem que prevalecer. O homem é digno não pelo que faz, pelo que tem, pelo que produz, pelo que sabe. É digno pelo simples fato de ser humano. E este atributo nada nem ninguém pode dele retirar. Todos os direitos, a vida, a liberdade, a propriedade, são relativos. O direito de ser tratado com dignidade é absoluto.

4. Conclusão

A polícia é o símbolo mais visível do sistema oficial de controle social. Das instâncias formais, é a que mais faz parte do dia-a-dia das pessoas. Quando chega à imprensa uma discussão sobre o Poder Judiciário, a maior parte da população vai pensar: "Não é comigo". Mas a discussão sobre a polícia gera um envolvimento muito maior.

É a polícia que toma a decisão mais importante no processo de seleção da clientela do sistema penal. E seu poder discricionário é muito grande. Pode abordar ou não uma pessoa; pode ignorar ou não determinada prática ilegal. Nenhuma outra instância formal atua com tanta discricionariedade. E é preciso reconhe-

cer que, muitas vezes, são estereótipos, etiquetas, que orientam a atuação deste poder discricionário. Como é o tipo físico das pessoas abordadas em uma batida? Os responsáveis justificam tal processo de seleção porque se tem a certeza de que aquelas pessoas têm uma maior probabilidade de cometer crimes. São os tais "caras de prontuário".

Por outro lado, quando o autor do crime não corresponde àquela imagem estereotipada, existe uma tendência a tratar o caso de uma maneira diferente. Uma pesquisa feita na Alemanha revelou que ocorrendo esta situação, ou seja, sendo o autor do crime diferente do estereótipo, apenas 29% dos casos foram "colocados na esteira". Buscou-se para o restante outras soluções, legais ou não.

É possível dizer, portanto, que dentre as instâncias formais de controle, é a polícia que possui o maior poder discricionário. Este já é uma das conclusões.

Por outro lado, espera-se da polícia a manutenção da ordem social. A expectativa da comunidade e da própria polícia, ouso dizer, vocês me dirão se é verdade, é de que a polícia vença a criminalidade. Aquela idéia do crime como sendo um mal da sociedade, um câncer, e da polícia como sendo responsável por livrar a sociedade deste mal ainda é muito forte, muito enraizada no inconsciente das pessoas.

É incrível a distância que permeia o abandono de determinado conceito nos meios científicos, acadêmicos, e o abandono efetivo deste mesmo conceito pela comunidade. A concepção do crime como uma doença da sociedade, como um tumor que precisa ser extirpado, já foi morta e enterrada pelos sociólogos, pelos psicólogos sociais, pelos criminólogos, há um século. É um conceito tão superado como as idéias que Lombroso tinha sobre os criminosos natos. Mas ainda tem muita gente pensando isso. Já vi muitas sentenças e acórdãos que dizem mais ou menos assim: o réu cometeu crime grave (argumento normalmente utilizado nos casos de roubo), estava armado, usou de grave ameaça, demonstrando que, por sua grande periculosidade, não apresenta condições de conviver em nossa pacata sociedade.

Qual o significado deste tipo de colocação? Vivemos em uma sociedade harmônica, pacífica, e a harmonia foi quebrada pelo cometimento do crime. Retirem o criminoso de nosso meio, afastem-no da convivência social e estaremos novamente em paz. Voltaremos ao Paraíso.

Maria Lucia Karam fala da propaganda enganosa do sistema penal. Esta paz social é o produto que o sistema penal quer vender. Os anúncios que falam de tônicos capilares milagrosos, de cremes fantásticos contra a celulite, de adesivos mágicos que acabam com a vontade de fumar, não são muito diferentes da propaganda feita sobre o sistema penal. A imprensa, de um modo geral, vende o sistema penal como o produto ideal de combate à criminalidade. E, desconhecendo ou não querendo conhecer a verdade, as pessoas acabam pensando: "É, acho que precisamos de mais Polícia, de mais presídios, de penas mais rigorosas".

Os EUA detêm hoje a maior taxa de encarceramento *per capita* do mundo ocidental. No Estado do Texas 5% da população adulta está sob a supervisão da justiça penal. O sistema penitenciário come grande parte dos orçamentos e como me disse um Defensor Público da Califórnia: perdemos a guerra contra o crime no momento em que o plano de batalha foi traçado. Em nenhum país se faz *marketing* tão bem como nos EUA. Objetos absolutamente desnecessários passam a ser essenciais. Nos EUA a população comprou a idéia vendida pela mídia e pelos políticos e o que é que conseguiram? Mais polícia, mais pri-

sões, mais presos. Não acabaram com a criminalidade. E por que será então, se as instâncias formais de controle social estão bem aparelhadas, que isso não ocorreu?

Primeira resposta: porque a criminalidade só acaba no momento em que a sociedade acabar. Não dá para acabar com a criminalidade. A criminalidade é um fenômeno normal.

O que é preciso é mantê-la em níveis aceitáveis. E de quem é esta função?

O motorista que vem dirigindo seu carro importando de U$ 100.000, ao parar no farol ao lado de um ônibus superlotado, vai responder: é função da polícia. Aquelas pessoas penduradas nas portas do ônibus vão responder: é função da polícia. O policial que se sente impotente e frustrado vai pensar: é minha esta função.

E não é. O crime é um problema da comunidade e tem que ser resolvido na comunidade. É um problema de todos e não da polícia.

Uma comunidade que não se interessa pelo problema do crime, que pensa que sua segurança será maior na medida que for maior o número de criminosos atrás das grades, que não consegue desenvolver sentimentos de solidariedade, que permanece indiferente, que só se manifesta para criticar a ineficiência das instâncias formais, é cruel, hipócrita, e merece a taxa de criminalidade que tem.

Sem um diálogo entre as diversas instâncias formais e informais, sem uma crítica e autocrítica constante, sem buscar enxergar o todo, o nosso sistema penal e a polícia dentro dele vão continuar combatendo a criminalidade que eles próprios reproduzem e reproduzindo a criminalidade que pretendem combater.

Por fim, é preciso dizer: se dá para acreditar na polícia é porque dá para acreditar no homem e não na arma que ele carrega.

6. POLÍCIA E DIREITO

DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PROVISÓRIA

CARLOS LAET DE SOUZA

Adotando a classificação da Lei de 3 do Brumário, a Polícia brasileira está dividida em dois ramos: administrativo e judiciário. A este último foi dada a atribuição de reprimir os crimes que a polícia de segurança (administrativa) não logrou impedir que ocorressem. Trata-se de uma função ampla e complexa cuja compreensão parece ainda não estar bem definida. A própria legislação é bastante ambígua acerca do tema.

O art. 4.º do Código de Processo Penal dispõe: "A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas jurisdições e terá por fim a apuração das infrações penais e de sua autoria." Como se vê, a lei estabelece que a polícia judiciária tem por finalidade a apuração dos crimes.

Por outro lado, o art. 144, § 4.º, da Constituição Federal de 1988 dispõe: "Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais." A interpretação deste dispositivo leva a uma clara distinção entre polícia judiciária e apuração dos delitos, em evidente dissonância com a lei penal adjetiva. A doutrina não se empenhou em relação ao tema e a tendência tem sido a de não dar nenhuma importância à distinção constitucional.[1]

Não obstante, entendemos que o tema é de suma importância, tanto para a compreensão da atividade policial, quanto no que se refere à política de segurança pública. A ambigüidade da lei e da doutrina é reflexo da complexidade e riqueza do tema. A polícia judiciária consiste na instrução criminal provisória e a apuração das infrações penais implica em investigação policial. São funções estreitamente relacionadas, mas que não se confundem.

Investigação, do latim *investigatio*, significa seguir vestígios, inquirir, pesquisar. Na esfera policial, consiste na atividade que visa à elucidação de um crime, revelando a sua autoria, a sua materialidade e todas as suas circunstâncias relevantes. É a apuração das infrações penais.

Instrução, do latim *instructio*, quer dizer transmissão de conhecimentos. Instrução criminal significa a coleta de provas visando ao conhecimento acerca de uma infração penal, com o objetivo de formar a convicção necessária ao julgamento, seja no sentido de condenar ou de absolver. No âmbito policial, a instrução criminal é apenas provisória e visa à formação da *opinio delicti*, ou seja, a

(1) Júlio Mirabbete, por exemplo, é de opinião que as duas funções não têm qualquer diferença, mas reconhece que, tendo em vista o dispositivo constitucional em tela, a polícia judiciária deve ser tomada como atividade direcionada ao Poder Judiciário ou requisitada por ele ou pelo Ministério Público. MIRABBETE Júlio. *Processo Penal*, p. 76, Editora Atlas, 1995.

construção do suporte probatório necessário para que o representante do Ministério Público ajuíze a ação penal.

Se analisarmos a prática policial, veremos que as investigações tanto podem ocorrer no bojo do inquérito policial (investigação intra-inquérito), quanto de forma independente de qualquer procedimento formal (investigação extra-inquérito).

A investigação intra-inquérito pode ser secundária ou principal. Na primeira hipótese, temos diligências incidentais que objetivam reforçar as provas da autoria, da materialidade ou simplesmente esclarecer circunstâncias relevantes. É o que ocorre, por exemplo, quando se procura o instrumento de um crime ou novas testemunhas. A segunda hipótese é própria dos inquéritos policiais acerca de crimes de autoria desconhecida, quando a investigação visa esclarecer o principal e não o secundário, ou seja, a autoria do fato criminoso. Evidentemente, não existe nada mais importante numa investigação do que a descoberta da autoria do delito, pois a persecução penal tem por objetivo, precisamente, a punição do agente do ilícito penal.

As investigações extra-inquérito podem ter objetivos diferentes. Algumas vezes procuram desvendar a autoria de um crime. É o que acontece em relação à quase totalidade dos delitos contra o patrimônio, tais como furtos de rua, roubos a transeuntes, arrombamentos e até assaltos a estabelecimentos comerciais. Nestes casos, as investigações são realizadas de forma independente e, apenas quando a autoria do crime é definida, é que o inquérito policial é instaurado, dando origem à instrução criminal provisória.

Outras vezes, a autoria do fato já está plenamente caracterizada e trata-se de apurar a conveniência da instauração do inquérito policial. Então investiga-se, preliminarmente, a veracidade da informação, se o fato constitui um ilícito penal e até a própria relevância da ocorrência.

A investigação extra-inquérito não pode ser percebida quando estamos imbuídos do critério segundo o qual a autoridade policial deve, obrigatoriamente, instaurar inquérito policial, sempre que tiver notícia da ocorrência de um crime de ação pública incondicionada. Neste caso, toda investigação ocorreria, necessariamente, dentro do inquérito policial. Acontece que, malgrado esta posição seja defendida por uma corrente doutrinária expressiva,[2] o entendimento dominante é no sentido de que a autoridade policial goza de certa discricionariedade, no que se refere à apreciação da conveniência da instauração do inquérito policial.[3] Realmente, se o delegado de polícia, diante de toda *notitia criminis* de ação penal pública incondicionada, instaurasse inquérito, os recursos materiais e humanos da Polícia Civil, do Poder Judiciário e do Ministério Público se esgotariam rapidamente. É imperativo que a autoridade policial exerça uma triagem de ocorrências para que a persecução penal se mantenha como instrumento de garantia da segurança da sociedade e não como mera formalidade de utilidade duvidosa.

(2) Damásio de Jesus, por exemplo, entende que a autoridade policial está obrigada a instaurar procedimentos formais sempre que o delito for de ação penal pública incondicionada. Inclusive nos casos de autoria desconhecida, pois, segundo este autor, o objetivo do inquérito policial é precisamente este. JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*, p. 6, Saraiva, 1987.

(3) Assim pensa Adilson Mehmeri, ilustre promotor do Estado da Bahia, que reconhece a necessidade de diligências prévias por parte da autoridade policial, antes de instaurar inquérito policial. Adilson Mehmeri. *Inquérito Policial (Dinâmica)*, p. 24, Saraiva, 1992.

Aliás, esta posição corresponde à prática policial amplamente ratificada pelos tribunais de todo o Brasil. Como o Código de Processo Penal não regulou a matéria de forma clara,[4] gerou-se uma espécie de "jurisprudência policial" (já que foi fruto da prática da Polícia Judiciária) para suprir a lacuna da lei. No Rio de Janeiro, foi criada a verificação de procedência da informação (VPI), justamente com o objetivo de selecionar as ocorrências que realmente exigem a instauração de um inquérito policial. Então, apenas se as informações forem procedentes é que o inquérito será instaurado.

Na Polícia Federal, a prática tem sido a de formalizar as investigações através de inquéritos policiais.[5] Entretanto, diante de ocorrências de pouca relevância, as autoridades policiais federais têm tido discricionariedade para efetuar uma triagem e decidir acerca da conveniência de se iniciar o procedimento formal.

Desta forma, é inútil que alguns se apeguem à idéia da obrigatoriedade da instauração do inquérito policial,[6] quando a realidade da prática da Polícia, em todo o país, é claramente pelo critério da conveniência.

Outra forma de investigação extra-inquérito acontece quando se objetiva o esclarecimento de uma generalidade de crimes (de alguma forma relacionados) e não apenas casos específicos e isolados. São verdadeiras operações em que a autoridade se mobiliza para descobrir o crime na sociedade, em lugar de simplesmente aguardar passivamente a *notitia criminis* trazida pelas próprias vítimas ou outro meio qualquer. Este processo se dá quando são feitas infiltrações e investigações com o objetivo de se conhecer uma dada atividade criminosa para desmantelá-la como um todo. Assim, a Polícia mantém a iniciativa e se antecipa à ocorrência dos crimes mais graves. A investigação, no âmbito do inquérito policial, tem o grave defeito de ceder a iniciativa aos criminosos, pois, somente após o cometimento do crime é que a Polícia Judiciária atua.[7] Como exemplo de modalidade de investigação extra-inquérito podemos citar a polícia política, que tem na infiltração o seu maior recurso. Apenas na medida em que vão surgindo os resultados das ope-

(4) O Código de Processo Penal, no art. 5.º, dispõe acerca das formas de provocação do inquérito policial. Em se tratando de requisição é claro que a autoridade policial não pode se negar a iniciar o feito (salvo em casos legalmente incabíveis). Quando se trata de requerimento da vítima ou seu representante, a própria lei fala do indeferimento do pedido. Porém, no caso da instauração de ofício, pelo próprio delegado de polícia, não existe uma definição clara da lei.

(5) Tendo em vista que a Polícia Civil tem a competência residual, a Polícia Federal fica livre do atendimento de milhões de ocorrências podendo concentrar seus esforços em um numero bem menor de eventos.

(6) Que é influenciada pelo princípio da obrigatoriedade do oferecimento da denúncia de crimes de ação pública incondicionada. Este princípio, por sua vez, tem sido bastante flexível em sua aplicação. Veja-se o exemplo do caso em que o indiciado paga o cheque sem fundos impedindo a denúncia de estelionato.

(7) Este é o aspecto mais complexo da questão e que tem conseqüências importantes no que concerne à política de segurança pública. A Polícia de Segurança tem uma atuação preventiva de eficiência bastante reduzida, pois o criminoso sempre encontrará um meio de evitar o policiamento ostensivo fardado. A modalidade mais profícua da polícia preventiva consiste na ação policial com vistas a investigar a criminalidade com o objetivo de se antecipar aos seus mais graves efeitos. Trata-se entretanto, de um assunto cujos desdobramentos extrapolam em muito os objetivos do presente artigo.

rações policiais é que os procedimentos formais vão sendo instaurados para a responsabilização dos acusados.

Uma outra forma interessante para distinguirmos a instrução criminal da investigação policial está na análise do juizado de instrução. Então, a instrução criminal é presidida por um magistrado (sistema francês) ou por um promotor (sistema italiano). Trata-se, tal como no caso do inquérito policial, de um procedimento acusatório e não contraditório. Frederico Marques esclarece: "Atuando com *liberté d'information*, o juiz de instrução não é juiz, e sim um policial togado que investiga com soma considerável de poderes".[8] Desta forma, quem preside o juizado de instrução desenvolve simultaneamente uma função instrutória e policial. Entretanto, por não se tratar de uma autoridade policial (pertencente aos quadros da polícia), fica fácil perceber a diferença entre as duas atividades (investigação e instrução). A Polícia realiza o seu trabalho investigatório independente de um procedimento formal de caráter instrutório que, então, é da alçada do juiz ou do promotor.

Esta distinção, entre instrução e investigação, ainda pode ser observada através da análise da Polícia britânica, que adota o chamado sistema político, em que a Polícia tem liberdade para agir sem prévia autorização judiciária, mas está impedida de praticar atos que impliquem em acusação direta, acarretando contestação. Então, a Polícia não participa da instrução criminal, que fica totalmente por conta da Justiça, embora realize investigações. É mais um exemplo de que a atividade investigatória existe de forma independente da instrução criminal.

Como o nosso sistema atribuiu à Polícia Civil a tarefa de proceder a instrução criminal provisória, inadvertidamente, a doutrina foi assimilando o conceito de instrução provisória com o de investigação. Realmente, nada mais natural do que estas atividades se confundirem, na medida em que a mesma autoridade desempenha ambas.

Em síntese, investigação policial e instrução criminal são funções inconfundíveis. A primeira como método de esclarecimento dos delitos, seja de forma independente de qualquer procedimento formal, seja no bojo de um inquérito policial. A segunda como procedimento de coleta de provas para a formação do suporte probatório da ação penal.

(8) MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*, Saraiva, p. 217, 1980.

7. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

JÚRI – DECISÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO

Morte do indígena Galdino Jesus dos Santos

SANDRA DE SANTIS M. DE F. MELLO

Vistos etc.

Max Rogério Alves, Antônio Novély Cardoso de Vilanova, Tomás Oliveira de Almeida e Eron Chaves de Oliveira, todos qualificados nos autos, foram denunciados pelo Ministério Público, como incursos nas sanções do artigo 121, § 2.º, incisos I, III e IV do Código Penal e artigo 1.º da Lei 2.252/54 e artigo 1.º da Lei 8.072/90 porque, juntamente com o menor G. N. A. J. jogaram substância inflamável e atearam fogo em Galdino Jesus dos Santos, causando-lhe a morte.

Narra a inicial da acusação que, ao amanhecer, o grupo passou pela parada de ônibus onde dormia a vítima. Deliberaram atear-lhe fogo, para o que adquiriram dois litros de combustível em um posto de abastecimento. Retornaram ao local e enquanto Eron e Gutemberg despejavam líquido inflamável sobre a vítima, os demais atearam fogo, evadindo-se a seguir.

Três qualificadoras foram descritas na denúncia: o motivo torpe porque os denunciados teriam agido para se divertir com a cena de um ser humano em chamas, o meio cruel, em virtude de ter sido a morte provocada por fogo e o uso de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, que foi atacada enquanto dormia.

A inicial, que foi recebida por despacho de 28 de abril de 1997, veio acompanhada do inquérito policial instaurado na 1.ª Delegacia Policial. Do caderno informativo constam, de relevantes, o auto de prisão em flagrante de fls. 08/22, os boletins de vida pregressa de fls. 43 a 45 e o relatório final de fls. 131/134. Posteriormente vieram aos autos o laudo cadavérico de fls. 146 e seguintes, o laudo de exame de local e de veículo de fls. 172/185, o exame em substância combustível de fls. 186/191, o termo de restituição de fls. 247 e a continuação do laudo cadavérico, que está a fls. 509.

O Ministério Público requereu a prisão preventiva dos indiciados. A prisão em flagrante foi relaxada, não configurada a hipótese de quase flagrância, por não ter havido perseguição, tendo sido os réus localizados em virtude de diligências policiais. Na mesma oportunidade foi decretada a segregação preventiva dos acusados, com fundamento na necessidade de salvaguardar a ordem pública, evitar o descrédito do Poder Judiciário, para que a liberdade não servisse de incentivo a práticas similares. Além da garantia da ordem pública, a prisão foi decretada por conveniência da instrução criminal, para assegurar a integridade física dos réus e de seus familiares e para salvaguardar a aplicação da lei penal, porquanto tão logo praticado o crime os réus evadiram-se do local, demonstrando que pretendiam furtar-se a eventual condenação.

O MM. Juiz Federal da 10.ª Vara oficiou noticiando ter prolatado decisão firmando a respectiva competência para apreciar e julgar os autos da ação penal.

Suscitado conflito de competência, o processo ficou paralisado. Julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, foi declarado competente o Juízo de Direito da Vara do Tribunal do Júri.

O genitor da vítima foi admitido como assistente do Ministério Público, conforme despacho de fls. 286.

Os réus foram interrogados. Max Rogério afirmou que, ao avistarem a vítima no ponto de ônibus, tiveram a idéia de "pregar um susto para ver a vítima correr". Adquiriram álcool combustível, que foi parcialmente despejado sobre a pessoa que dormia, sendo ateado o fogo. Asseverou que ficaram assustados e saíram do local, tendo em vista a aproximação de um veículo, embora tivessem cogitado ajudar a vítima. Alegou ter consciência de que o álcool combustível é substância altamente inflamável mas que não esperavam que o fogo "tomasse a proporção que tomou." (fls. 292/294)

Antônio Novely Cardoso de Vilanova argumentou que resolveram dar um susto na vítima, que a brincadeira seria com o uso de álcool e fósforos. Mencionou a ida ao posto de abastecimento para aquisição do combustível, que não seria utilizado por inteiro, razão pela qual Eron despejou o conteúdo de um dos litros em um gramado situado próximo à parada de ônibus. Assevera que enquanto Eron deixava cair o combustível sobre a vítima, um dos autores riscou precipitadamente o fósforo, momento em que as labaredas subiram na direção de Eron que assustou-se e jogou o vasilhame no chão. Narrou que entre os acusados houve o comentário de que "a vítima pegou fogo demais". Mencionou ter consciência de ser o álcool combustível substância altamente inflamável mas alegou que sua intenção, como a dos demais, era somente derramar o líquido sobre a vítima, a fim de dar-lhe um susto para vê-la correr, sendo que em momento algum lhe passou pela cabeça que a vítima poderia morrer, como também ficar lesionada. Assegurou que a intenção era só dar um susto na vítima.

Tomás Oliveira de Almeida, interrogado em juízo, também relatou que ao ser avistada a vítima surgiu a idéia de atear-lhe fogo para que esta corresse. Confirmou que adquiriram os dois litros de álcool combustível e que, após darem mais algumas voltas, dirigiram-se ao local do crime onde decidiram esvaziar um dos vasilhames, pois entenderam que não haveria necessidade de utilização dos dois litros de álcool. Afirmou ter sido Eron quem despejou o líquido na vítima e que, ao riscarem os fósforos, a labareda foi em direção à garrafa que estava nas mãos de Eron, que a soltou, tendo todos saído do local. Afirmou também ter consciência de que o álcool combustível é substância altamente inflamável mas que em nenhum momento lhe passou pela cabeça que o fogo "pegasse com rapidez e queimasse toda a vítima".

O acusado Eron, ao ser ouvido, informou que todos assentiram na idéia de atear fogo à pessoa que estava no abrigo, para o que adquiriram álcool combustível. Alegou que todos imaginaram que a vítima fosse acordar e correr atrás do grupo para agredi-los. Argumentou ter derramado o conteúdo de um dos vasilhames no gramado e que estava jogando o líquido nos pés da vítima quando iniciou o fogo "que subiu de baixo para cima", vindo em direção às suas mãos. Asseverou ter largado o vasilhame, saindo do local às pressas.

Todos os réus apresentaram as defesas prévias, que estão a fls. 337/379, requerendo a realização de diligências. Algumas delas foram deferidas, não o sendo a instauração de incidente de insanidade mental, além da oitiva de testemunha que não constava do rol apresentado com as alegações preliminares.

Na fase instrutória foram ouvidas nove testemunhas arroladas pela acusação e trinta e uma pelas defesas, conforme assentadas e termos de audiência de fls. 390/409, 434/454 e 470/474.

A fls. 485 está carta precatória expedida para depoimento de testemunha de defesa residente em Pau Brasil – Bahia.

Na oportunidade do artigo 406 do Código de Processo Penal, o Ministério Público e as defesas apresentaram alegações finais. A Promotora de Justiça, por entender presentes os requisitos necessários à pronúncia, manifestou-se pelo julgamento pelo Egrégio Tribunal do Júri, mantidas as qualificadoras e a imputação de corrupção do menor. Asseverou que, "se não tinham os agentes do crime manifesta intenção de causar a morte da vítima, *no mínimo* assumira o risco de provocar o resultado lamentavelmente advindo. A pretendida desclassificação, se fosse o caso, só poderia ser feita pelo Conselho de Sentença, após os debates em Plenário de Júri." (alegações de fls. 512 e seguintes – grifos no original)

A assistência da acusação ratificou as razões finais do Ministério Público.

A defesa de Eron e Tomás pugnou pela desclassificação do ilícito, argumentando que a prova produzida leva à inconteste conclusão de que os defendentes, ao realizarem as condutas, não previram o resultado morte e sim a lesão corporal, ocorrendo crime preterdoloso. Pretende o afastamento das qualificadoras, caso pronunciados os réus e a impronúncia com relação ao crime previsto no artigo 1.º da Lei 2.252/54.

Na mesma linha, a defesa do réu Max Rogério. Nas alegações que tecem comentários à personalidade do acusado, diante das informações obtidas quando da oitiva das testemunhas de defesa, pretendem também a revogação da prisão preventiva.

Nas alegações finais apresentadas, a defesa de Antônio Novely rechaça os argumentos do Ministério Público e argumenta que o dolo do agente, ainda que eventual, deve ser provado e não presumido. Pretende a desclassificação para o ilícito previsto no artigo 129, § 3.º, do Código Penal ou no artigo 121, § 3.º, do mesmo *Codex* e a impronúncia em relação ao crime descrito no artigo 1.º da Lei 2.252/54.

É o relatório. Decido.

Finda a instrução, apresentadas as alegações finais, o Juiz sentenciante terá quatro opções: a *pronúncia*, porque determina o artigo 408 do Código de Processo Penal que, se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento; a *impronúncia*, quando não se convencer da existência do crime ou de indício suficiente da autoria; a *desclassificação*, prevista no artigo 410 do mesmo diploma, quando o juiz se convencer, em discordância com a denúncia ou queixa, da existência de crime diverso daquele da competência do Tribunal do Júri e a *absolvição sumária*, quando ocorrente alguma causa de justificação, na forma do disposto no artigo 411 do Código de Processo Penal.

Assim, 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 artigo 410 do Código de Processo Penal.

Os acusados foram denunciados porque, ao praticarem o crime, teriam agido com *animus necandi*, na forma do dolo eventual. É o que consta da peça acusa-

tória: "No dia 20 de abril de 1997, por volta de cinco horas, na EQS 703/704 – W3 Sul – Brasília-DF, os denunciados, juntamente com o menor de idade G. N. A. J., mataram Galdino Jesus dos Santos, índio Pataxó, contra o qual jogaram substância inflamável, ateando fogo a seguir, assumindo claramente o risco de provocar o resultado morte."

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."

Não se contende sobre autoria e materialidade do ilícito. Os acusados assumiram a responsabilidade pela prática delituosa. A confissão está corroborada pela ampla prova trazida aos autos. Já a materialidade, está patenteada no laudo de exame cadavérico. As fotografias anexadas à peça técnica demonstram as lesões sofridas pela vítima do crime e que, certamente, lhe causaram sofrimento atroz. A conduta dos agentes, sem dúvida, deixou a todos indignados, tal a reprovabilidade da selvagem "brincadeira", independentemente de tratar-se de mendigo ou índio – ambos seres humanos.

Assim, o único ponto controvertido é o elemento subjetivo. Deve ser salientado *que a vontade é elemento integrante do tipo penal.* Importante saber se os réus quiseram o resultado morte ou assumiram o risco de produzi-lo, para fixar a competência constitucional deste Tribunal do Júri, ou se ocorreu outro crime com resultado morte, hipótese em que competente para julgamento o juízo singular.

A atividade humana é um acontecimento finalista, não somente causal. Toda conduta humana é *finalisticamente* dirigida a um resultado. Nosso Código Penal é finalista. Neste sentido o entendimento jurisprudencial:

"Após a reforma da Parte Geral do Código Penal Brasileiro, operada em 1984, a análise do elemento subjetivo que move a conduta do agente de qualquer delito é medida que se impõe em razão da Lei, eis que o Diploma Penal Substantivo adotou como seu corolário a teoria da Ação Finalista (TJDF – Rel. Des. Hermenegildo Gonçalves).

"Hoje, pela doutrina de Welzel ("Das deutesche Strafrechet") a denominada "teoria finalista da ação, adotada por nosso CP, a culpa integra o tipo." (Resp. 40.180, MG – Rel. designado Min. Adhemar Maciel).

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 artigo 129, § 3.º, do Código Penal, para tipo do artigo 121, § 3.º, ou o do artigo 250, § 2.º, do mesmo diploma. Desde já afasto a possibilidade de tratar-se somente de crime culposo pois, no tipo culposo, o agente realiza uma ação cujo fim é lícito mas, por não se conduzir com observância do dever de cuidado, dá causa a um resultado punível. E atear fogo em pessoa que dormia no abrigo de ônibus, para assustá-la, à evidência não é atividade lícita. Também não pode ser aceita a pretendida capitulação do ilícito como incêndio culposo. Os acusados confessaram que atearam fogo na vítima. E o tipo subjetivo do crime de incêndio é a vontade deliberadamente dirigida ao incêndio de alguma coisa, tendo o agente consciência e vontade de produzir uma situação de perigo comum. Um ser humano não é coisa, seja ele índio ou mendigo.

Assim, restam somente o homicídio praticado com dolo eventual e o crime de lesões corporais seguidas de morte, denominado "preterdoloso", em que há dolo quanto à lesão corporal e culpa quanto ao homicídio. A linha divisória entre ambos é tênue. Cumpre trazer a

lição dos doutrinadores a respeito do que sejam as duas figuras em cotejo.

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, 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 STF (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 consentimento, 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."

Fernando de Almeida Pedroso, na obra Direito Penal – 2.ª ed. – Leud, p. 407, cita Albani Pecoraro: "No dolo eventual, o agente, ao prever como possível a realização do evento, não se detém. Age, mesmo às custas de realizar o evento previsto como possível." E, mais adiante, acrescenta: "Dessa maneira, enquanto o dolo direto se respalda e embasa na teoria da vontade (por sua determinação quanto ao crime), tem o dolo eventual supedâneo e alicerce no princípio do assentimento, *ex vi* da anuência manifestada pelo sujeito ativo no que pertine com o delito."

O exemplo citado pelo autor, retirado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é elucidativo: "Existe dolo eventual, outrotanto, no comportamento do militar que pratica "roleta russa", acionando por vezes o revólver carregado com um só cartucho e apontando-o sucessivamente a cada um dos seus subordinados, para experimentar a sorte deles, culminando por matar alguém."

Alberto Silva Franco *in* Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial (5.ª ed. – Editora Revista dos Tribunais) alerta: "Assim, não basta para que haja dolo eventual que o agente considere sumamente provável que, mediante seu comportamento, se realize o tipo, nem que atue consciente da possibilidade concreta de produzir o resultado, e nem mesmo que tome a sério o perigo de produzir possível conseqüência acessória. 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*." (grifos que não constam do original)

Em suma, há dolo eventual quando o agente prevê como provável e não apenas como possível o resultado e o que tenha conscientemente aceito. A situação psíquica do agente em relação ao fato

deve ser deduzida das circunstâncias do fato e do caráter dos agentes. No julgamento do AC 285.215 – TACrimSP, o Rel. Silva Franco deixou assentado: "O momento volitivo se manifesta na esfera do subjetivo, no íntimo do agente e, deste modo, não é um dado da realidade que possa ser diretamente apreendido. Mas isto não significa que não possa ser extraído do caráter do agente e de todo o complexo de circunstâncias que cercaram seu atuar."

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 a considerar é 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.

No julgamento do *habeas corpus* 7.651/97, o Des. Joazil Gardès deixou consignado: "Se perguntarmos" tiro mata? Veneno mata? Enforcamento (esganadura) mata? Afogamento mata? A resposta inevitável será: mata; mas, se perguntarmos queimadora mata? A resposta até mesmo de médicos que não sejam especialistas em queimados, invariavelmente será: queimadura não mata, isto porque toda a sorte de queimadura, produzida por fogo ou por substâncias de efeito análogo é possível de ser tratada, sendo natural avistarmos pelas ruas e salões sociais, pessoas com rostos, membros e corpos deformados por queimaduras."

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. O laudo de exame de local demonstra a afirmativa, principalmente a fotografia de fls. 182. 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. A fls. 173 dos autos está consignado que "sob o banco do abrigo havia um recipiente plástico, opaco, na cor verde, com as inscrições "Lubrax SJ óleo para motores a gasolina e álcool – Volume 1000 ml, vazio, que se encontrava com a parte superior comburida.

No interrogatório Antônio Novely afirmou: "... que nesse instante alguém cuja identidade o interrogando não se recorda riscou precipitadamente um fósforo e o jogou na direção do pano, momento em que este começou a pegar fogo e as labaredas subiram na direção de Eron, o qual estava com o litro de combustível em suas mãos; que o interrogando estava ao lado de Eron e pôde sentir as labaredas de fogo bem próximo de si e nesse instante Eron assustou-se e jogou o litro de combustível no chão; que nesse instante todos os quatro correram ...."

O acusado Eron confirmou: "... que concomitantemente alguém riscou um fósforo, sem que o interrogando saiba quem foi, momento em que iniciou-se o fogo "que subiu de baixo para cima", vindo em direção à mão do interrogando que imediatamente soltou a garrafa e saiu correndo; ..."

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 ou elementos atravessando correndo a via W3 Sul eles pareciam estar com muita pressa e desesperados".

Assiste razão à defesa do acusado Antônio Novely quando afirma que desespero e afobação não se coadunam com aqueles que agem com *animus necandi*.

O caráter dos agentes foi exposto durante a instrução criminal. 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. A ação inicial dos réus, sem qualquer dúvida, foi dolosa. Não há como afastar a conclusão de que, ao atearem fogo na vítima para assustá-la, sabiam que iriam feri-la. O resultado morte, entretanto, que lhes escapou à vontade, a eles só pode ser atribuído pela previsibilidade. Qualquer infante sabe dos perigos de mexer com fogo. E também sabe que o fogo queima, ainda mais álcool combustível, líquido altamente inflamável. Os réus também têm este conhecimento. Entretanto, mesmo sabendo perfeitamente das possíveis e até mesmo prováveis conseqüências do ato impensado, não está presente o dolo eventual. Uma frase constante do depoimento de Max, no auto de prisão em flagrante, sintetiza o que realmente ocorreu. Está a fls. 15: "pegou fogo demais., a gente não queria tanto." 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, ateando fogo naquele que presumiram ser um mendigo, mas nunca anuíram no resultado morte. Tem razão o Ministério Público quando afirma que "não se brinca com tamanha dor nem de um animal, quanto mais de um desprotegido ser humano." Acrescento que a reprovabilidade da conduta mais se avulta quando estreme de dúvidas que os acusados tiveram muitas e variadas oportunidades de desistir da selvagem diversão. Por outro lado, agiram de forma censurável pois, após avistarem a vítima no ponto de ônibus da EQS 703/704 Sul, deslocaram-se a um posto de abastecimento distante do local, nas quadras 400, para adquirir o combustível, dizendo que o faziam porque havia um carro parado por falta de combustível. O acusado Antônio Novely, no interrogatório, asseverou: "... que o interrogando não se recorda de quem partiu a idéia de dar o susto na vítima, sabendo dizer que todos concordaram com a idéia; .... que em seguida alguém teve a idéia de que o susto seria aplicado com uso de álcool e fósforos, porém o interrogando não sabe dizer de quem partiu a idéia, mas todos concordaram com a mesma; que assim combinados, todos se dirigiram para um posto de gasolina, localizado na 405 sul, salvo engano; que ali chegando todos desceram do veículo e se dirigiram ao frentista alegando que tinham um carro ali próximo sem combustível e precisariam de um vasilhame para levar até o carro; que o frentista sugeriu que todos olhassem em um latão de lixo próximo, a fim de procurarem um vasilhame vazio; que todos procuraram e o interrogando não se recorda quem achou os dois litros de óleo vazio, os quais encheram de álcool combustível; ... que não foram de imediato ao encontro da vítima, já que depois da compra do combustível ainda rodaram um certo tempo pelas ruas da cidade a fim de procurarem algo para fazer..." (fls. 296/297)

Por mais ignóbil que tenha sido a conduta irresponsável dos acusados, não queriam eles, nem eventualmente, a morte de Galdino Jesus dos Santos. A emoção e indignação causadas pelo trágico resultado não podem afastar a razão. 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. Inexistente o *animus necandi* (por não terem os acusados querido o trágico resultado ou assumido o risco de produzi-lo, repita-se), está afastada a competência do Tribunal do Júri, devendo os autos ser encaminhados a uma das Varas Criminais, a que couber por distribuição.

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 artigo 129, § 3.° do Código Penal, *verbis*: Art. 129 – *(omissis)*

§ 3.° 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 primários 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.

Diante do exposto e com fundamento nos artigos 408, § 4.°, e 410 do Código de Processo Penal, desclassifico a imputação de homicídio doloso contra Max Rogério Alves, Antônio Novely Cardoso de Vilanova, Tomás Oliveira de Almeida e Eron Chaves Oliveira e declino da competência para uma das Varas Criminais, determinando que, após o decurso do prazo recursal e feitas as anotações de estilo, remetam-se os autos à Distribuição.

P.R.I.

Brasília, 9 de agosto de 1997.

Sandra de Santis M. de F. Mello.

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

AS VÁRIAS FACES DA VIOLÊNCIA

ENEIDA DE MACEDO HADDAD

LUCI GATI PETROCOLLA

As várias faces da violência, seminário organizado pelo IBCCrim, teve como principal objetivo participar do debate nacional sobre a violência e o medo presentes na sociedade brasileira. Através de um *novo olhar* sobre a questão, procurou-se chamar a atenção da sociedade civil em geral e dos membros do IBCCrim em particular para a importância do aclaramento do fenômeno.

A violência e o medo foram compreendidos não mais como elementos de "fora" da nossa cultura. Enquanto produção social, não podem ser pensados independentemente do modo como são construídas e articuladas as relações sociais. Os inúmeros casos de violência denunciados pela mídia e o medo que paira sobre todos apontam para uma nova subjetividade que vem sendo formada e reforçada nas últimas décadas. O processo de socialização para a violência não tem tido limites, perpassando todas as relações humanas. De fato, atitudes violentas estão, crescentemente, sendo tomadas como naturais. Quem se sente violentado com a corrupção dos políticos por nós eleitos? A internalização gradual da violência leva a reprodução inconsciente da mesma. É na cultura, portanto, que fundamos a explicação para a violência e o medo na sociedade brasileira.

Promovendo a violência – concentração da renda, encolhimento do mercado de trabalho, redução das oportunidades de vida, estreitamento do acesso aos direitos sociais, desrespeito ao cidadão, falta de perspectiva aos jovens, enfim, insegurança no presente e descrença no futuro –, o modelo econômico vigente promove, também, o exercício da mesma por toda sociedade civil. Para alguns segmentos sociais, a violência vem se tornando estratégia de sobrevivência.

A tentativa de depositar um novo olhar neste fenômeno social, levou-nos à procura de pensadores de diferentes áreas do conhecimento, por entendermos que a discussão interdisciplinar é sempre mais rica. O seminário teve a duração de quatro dias. Organizado por temas, contou com três ou quatro palestrantes em cada mesa de trabalho que, após a exposição de suas teses e reflexões, abriram o debate ao público.

A leitura realizada pelas psicanalistas complementou a discussão da violência como produção social, na medida em que destacou o significado da cultura na criação de regras que colocam limites para as pulsões agressivas dos seres humanos. Nesta direção, conclui-se que os profissionais do Direito poderão assumir um papel relevante na construção de um novo tempo, se conscientes da importância da sua prática profissional na democratização da sociedade brasileira.

Ao longo das exposições foram debatidas questões relativas à complexidade da vida urbana, ao papel da mídia e à

associação desta com a violência, uma vez que os meios de comunicação de massa têm por princípio a manipulação e controle das massas. Foi analisada a profunda desigualdade social da sociedade brasileira e o modo como a mídia impressa e eletrônica rotula e estigmatiza os pobres associando-os a vilões: (...) "*Pelas imagens e pelas palavras, eles* (os pobres) *são fotografados e rotulados. Não se vêem mais pessoas. Vêem-se carentes, favelados, ladrões, menores, delinqüentes, criminosos, bandidos, viciados*" (MELLO, Sylvia Leser).

Do mesmo modo, foram abordadas as diferentes formas de violência no meio rural, desde a estrutura fundiária do país, o trabalho escravo, o de crianças e os combates físicos entre latifundiários e trabalhadores rurais até a inoperância do Judiciário no julgamento dos conflitos da terra. A presença, numa mesma mesa, de um dirigente do MST (Movimento Sem Terra) e do Secretário da Justiça do Estado de São Paulo, somada à de uma especialista em questões da terra, favoreceu a polêmica e a reflexão sobre a violência no meio rural.

As experiências práticas de comunidades periféricas envolvidas na luta pelos Direitos Humanos trouxeram maior dinamização às discussões. Segundo os expositores, em todas elas ocorreu a diminuição dos crimes e outras manifestações de violência. Na região de Campo Limpo, visando favorecer a mudança de atitudes no cotidiano, o Centro de Direitos Humanos e Educação Popular – CDHEP – vem oferecendo o Curso de Formação de Orientadores Jurídicos Populares, ministrado por profissionais do Direito. O mesmo curso é ministrado pela União de Mulheres de São Paulo, objetivando capacitar mulheres de origem popular "para lidar com as leis, o direito e facilitar o acesso à justiça e aos serviços correlatos" (TELES, M. Amélia de Almeida).

Das experiências relatadas, mencionamos ainda a desencadeada pela Associação de Proteção e Assistência Carcerária – APAC – de Bragança Paulista. Envolvendo a comunidade, esta instituição conseguiu reformar a cadeia pública da cidade e criar um sistema alternativo para cumprimento de penas dos presidiários.

Com a realização desse evento – *As várias faces da violência* –, o IBCCrim abriu mais um espaço de luta pelos Direitos Humanos, procurando enriquecer-se com a colaboração das demais ciências sociais e com as experiências populares. É o que se pretende demonstrar, publicando as palestras que nos foram enviadas.

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

VIOLÊNCIA NO MEIO RURAL

GILBERTO PORTES DE OLIVEIRA

SUMÁRIO: 1. Características da violência no meio rural: 1.1 A violência social; 1.2 A violência física – 2. Causas da violência no meio rural: 2.1 A estrutura fundiária; 2.2 O poder político dos grandes proprietários de terra; 2.3 O coronelismo ainda presente em algumas regiões; 2.4 A impunidade dos autores da violência; 2.5 Inoperância e conivência do Estado – 3. As causas imediatas ou conjunturais – 4. Principais formas de violência e arbitrariedade contra os trabalhadores rurais do MST.

Para analisar de maneira resumida a situação da violência no meio rural brasileiro optamos por dividir o tema em três partes. A primeira trata das características dessa violência e sua evolução mais recente. A segunda procura levantar as principais causas dessa violência. Por fim, apresentamos algumas formas de enfrentamento e de nos defendermos da violência.

1. Características da violência no meio rural

A violência no meio rural brasileiro sempre existiu, desde os tempos do colonialismo. Sempre foi a forma predominante de denominação usada pelas elites. Primeiro, sobre as populações nativas, depois sobre os trabalhadores escravos, em seguida sobre os trabalhadores livres e, mais recentemente, em todas as relações de trabalho existentes no meio rural.

Nos anos mais recentes, podemos classificar a violência em dois tipos:

1.1 A violência social

Podemos caracterizar como violência social, aquelas formas de violência generalizadas que atingem a maioria da população que vive no meio rural brasileiro e que representam uma permanente repressão e cerceamento dos mínimos direitos e liberdades individuais dos trabalhadores e suas famílias. São praticadas pela classe dominante em geral, na figura do latifundiário, do patrão, do usineiro, do moderno empresário rural capitalista. E pelo Estado, com seus tentáculos de poder: o Judiciário, o Executivo e o Legislativo. E, em muitos locais, essa situação generalizada de violência obtém a conivência e a justificação das igrejas.

Essa violência social está representada pela falta de trabalho, pelos salários ridículos, pela existência de trabalho escravo e semi-escravo, pelas jornadas de trabalho superiores a 50 horas semanais, pela falta de moradia nas fazendas, pela falta de assistência de uma alta taxa de mortalidade infantil, analfabetismo e doenças epidemiológicas já erradicadas na maioria dos países.

Não bastasse essas condições subhumanas de vida, os trabalhadores estão submetidos a todo o tipo de discriminação social, de perseguição política, especialmente quando se organizam e se mobilizam em defesa dos seus direitos.

Essas formas de violência social são muito mais abrangentes que as formas de violência física e, muito mais grave, porque atingem a maioria da população trabalhadora no meio rural. E acabam se transformando nas verdadeiras causas da violência física.

1.2 A violência física

Em geral, a imprensa e as entidades da sociedade civil têm dado mais destaque ao tipo de violência que se apresenta na forma de torturas, atentados, perseguições, ameaças, repressões massivas e assassinatos e, mais recentemente, aos massacres de trabalhadores.

Nos últimos anos, essa violência praticada pela classe dominante, especialmente pelos latifundiários e pelo Estado, tem evoluído na sua forma de agir e de reprimir a classe trabalhadora.

Nos anos 60, até meados de 80, a violência física caracterizava-se basicamente pela contratação de pistoleiros por parte dos latifundiários que procuravam assassinar as lideranças dos trabalhadores, seja de uma determinada região de conflito, seja de um sindicato. Essas lideranças podiam ser os próprios trabalhadores ou, às vezes, agentes de pastoral, padres, advogados, etc.

À medida que os trabalhadores foram se organizando, desenvolveram movimentos de massa para lutar pelo direito à terra, por melhores salários, contra a construção de barragens, etc., a figura do pistoleiro já não conseguiu mais resolver o "problema" para os latifundiários e autoridades locais.

Passou-se a utilizar, então, as forças repressivas do Estado, principalmente a Polícia Militar que, também com a evolução das lutas, passou a especializar-se na repressão aos movimentos populares. No início, vinham forças policiais locais. Ultimamente se acentuou o uso de tropas de choque, especializadas, utilizando armamentos modernos e táticas cada vez mais parecidas com os manuais de contra-insurgência interna. Mas, em algumas regiões, a classe dominante passou a utilizar grupos paramilitares, às vezes treinados ou comandados por ex-oficiais das Forças Armadas, usando brutalidade e completamente à margem da lei.

Se as últimas duas formas de repressão sobre os movimentos de massa não têm produzido tantos "assassinatos" como na década anterior, isso não significa que a violência tenha diminuído. Ao contrário, a violência repressiva, mesmo física agora adquiriu caráter de massa e se multiplicaram os casos de espancamentos, torturas, prisões ilegais, perseguições, ameaças de morte e massacres. O MST teve, somente no ano de 1990, mais de 60 casos de prisão de trabalhadores rurais, de 3 dias até 6 meses, a maioria ilegal. E, em 1989, foram 164 presos. De 1990 a 1996 aumentaram para 250 casos.

E, em algumas regiões, as articulações das classes dominantes do meio rural apontam para uma aliança com grupos que atuam no contrabando de armas, no tráfico de drogas, na plantação de maconha. Nessas regiões ocorre um verdadeiro casamento de interesses, atuação e troca de favores entre os latifundiários e o crime organizado. Alianças que têm gerado uma violência semelhante à da Colômbia. Cabe ressaltar que essa atuação não se caracteriza unicamente pela violência brutal e pelo número de assassinatos. Faz parte dela, também, penetrar nos organismos do Estado para torná-los completamente submissos aos seus interesses.

2. Causas da violência no meio rural

As principais causas da existência da violência no meio rural contra os trabalhadores rurais, são:

2.1 A estrutura fundiária

O Brasil é um dos países do mundo com maior índice de concentração da propriedade da terra apesar de possuir imensas regiões de terras férteis, próprias para agricultura. Resumidamente, podemos indicar, segundo a classificação do próprio Governo (INCRA), que 67,5% das propriedades são classificadas como minifúndios, ou seja, produzem basicamente para subsistência e não conseguem progredir, ocupando apenas 9,5% da área total. Enquanto os latifúndios, caracterizados como aquelas propriedades improdutivas e ociosas, são 29% dos imóveis e controlam, sozinhos, cerca de 37 milhões de hectares, com uma média de 135.640 ha por propriedade. Os 20 maiores latifúndios controlam em torno de 17 milhões de hectares de terra. Segundo estatística governamentais, cerca de 45% das terras, nas mãos de latifundiários, representando mais de 160 milhões de hectares, são agricultáveis mas estão completamente abandonadas, sem exploração alguma. Representam uma imensidão de terras mesmo para as características da agricultura brasileira se considerarmos que, hoje, no Brasil, apenas 80 milhões de hectares são dedicados à agricultura.

Por outro lado, somente as empresas multinacionais controlam cerca de 36 milhões de hectares de terra. A maioria dessas empresas mantém essas terras para especulação e reserva de valor.

De outro lado, tem-se hoje no país cerca de 23 milhões de trabalhadores rurais acima de 10 anos. Destes, em torno de 10 milhões são componeses com pouca terra, que precisam migrar para as cidades. Cerca de 7 milhões trabalham como assalariados e bóia-frias e outros 6 milhões de trabalhadores são camponeses sem terra, que vivem como meeiros, arrendatários, parceiros, etc.

Em termos de renda, existem 1,3 milhões de trabalhadores no meio rural, que não recebem nenhuma remuneração e 5,2 milhões que recebem até um salário mínimo mensal, o que equivale hoje a 100 dólares. O nível de concentração de renda no meio rural brasileiro, segundo a CEPAL, é dos mais altos do mundo.

Essa concentração de terra, dos meios de produção, de riqueza e de poder é a principal causa da violência social e física que existe no meio rural brasileiro.

2.2 O poder político dos grandes proprietários de terra

A classe dos grandes proprietários de terra não é mais formada apenas por alguns coronéis, perdidos no interior do país. Já existe uma simbiose dos latifundiários com os grandes comerciantes, com os grandes industriais e banqueiros. Um levantamento feito pelo MIRAD mostrou que 46 grandes grupos industriais e financeiros detêm 22 milhões de hectares. Mexer no problema da terra afeta interesses de todos esses segmentos sociais, que são os que controlam, de fato, todo o poder político do país.

Essa força política está presente em todos os casos de repressão das greves e ocupações, no planejamento das prisões e assassinatos de trabalhadores rurais, como o caso de Chico Mendes e outros líderes sindicais.

2.3 O coronelismo ainda presente em algumas regiões

O coronelismo foi caracterizado pelos historiadores e sociólogos como um verdadeiro regime político imposto pelos latifundiários, especialmente no Nordeste, os quais dominavam todas as formas de poder local existentes na sua região ou domínio de suas terras, como: prefeitura, polícia e igreja.

Esse verdadeiro regime político ditatorial, à margem da lei e sob controle total e absoluto do latifúndio, ainda está presente em algumas regiões do país, ainda que não seja predominante.

Em muitos lugares, ainda que o latifundiário não detenha mais o poder real na sociedade, ele continua comportando-se como tal, com mentalidade "coronelista". E essa mentalidade é uma das causas da violência praticada contra os trabalhadores que se organizam por seus direitos.

2.4 A impunidade dos autores da violência

Apesar da última Constituição ter aprovado leis aparentemente justas ou progressistas, na prática o Estado brasileiro, através da polícia e dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tem garantido completa impunidade aos mandantes e executores, responsáveis pelas várias formas de violência social e física praticadas contra os trabalhadores. Apenas como exemplo: entre 1964 e 1990 houve 1.629 casos de assassinatos de lideranças e trabalhadores rurais, registrados e comprovados. Na realidade houve muito mais. Destes, apenas 17 tiveram os procedimentos legais levados ao final e foram a júri. Dos 17, apenas dois casos tiveram condenação. Em nenhum outro caso os mandantes fazendeiros foram condenados. Bem como de Eldorado dos Carajás (PA) e Corumbiara-RO.

2.5 Inoperância e conivência do Estado

Existe uma total inoperância dos poderes da Polícia, do Poder Judiciário e outras formas de poder e controle do Estado, quando se trata de agir nos casos que favoreça os trabalhadores rurais. Não há investigações sérias. A Polícia somente é mobilizada em defesa dos interesses dos latifundiários. Também não é raro nem exceção o conluio de setores da Polícia com as quadrilhas de contrabando de armas e de drogas, e na formação de grupos paramilitares para repressão aos trabalhadores.

As investigações policiais e as decisões judiciais normalmente são utilizadas até para ocultar os verdadeiros mandantes e responsáveis pelas violências cometidas contra trabalhadores.

As vinculações com o Poder Judiciário, em muitos casos, chega a ser pessoal, com o próprio juiz acumulando terras e fazendo parte permanente das relações sociais e de amizade com o núcleo de poder dos latifundiários nos municípios do interior.

Essa inoperância e conivência do Estado, além de não combater as causas e os praticantes da violência contra os trabalhadores rurais, acaba por estimulá-los, tal a certeza da impunidade dos mandantes e executores.

3. As causas imediatas ou conjunturais

- Não solução dos conflitos no campo;
- Promessas dos governos estaduais e federal não cumpridas;
- Processos de desapropriação parados;
- Incompetência e falta de vontade política do FHC e INCRA;
- Vinculação das Polícias Militares com os latifundiários;
- A total impunidade nos casos de assassinatos;
- Processos a favor dos trabalhadores estão parados.

4. Principais formas de violência e arbitrariedade contra os trabalhadores rurais do MST

4.1 Perseguição a lavradores e lideranças por parte da Polícia Militar, Civil e, às vezes, Federal em diversas regiões.

4.2 Porte de arma de grosso calibre (metralhadoras, fuzis, escopetas), por parte de fazendeiros e seus pistoleiros, sem serem importunados pela Polícia.

4.3 Prisões sem ordem judicial.

4.4 Participação de fazendeiros e pistoleiros em interrogatórios de lavradores presos, junto com os Delegados de Polícia Civil.

4.5 Maustratos e abuso de autoridade nas áreas ocupadas, sem ordem judicial, pela Polícia Militar.

4.6 Despejo de trabalhadores das áreas ocupadas, sem ordem judicial, pela Polícia Militar.

4.7 Invasões de secretarias administrativas do MST em Porto Alegre/RS (três vezes), Chapecó/SC e Dourados/MS. Ações criminosas que tiveram objetivos políticos, uma vez que não levaram objetos de valor e preocuparam-se em obter documentos, materiais de formação e informações.

4.8 Atuação conjunta da PM e pistoleiros da UDR em ações de repressão.

4.9 Bombardeio de venenos agrotóxicos, por parte de aviões da UDR, sobre acampamentos de sem-terras, provocando danos à saúde e até mortes (caso de Itapeva/SP e Salto do Jacuí/RS).

4.10 Ameaças de morte por parte de pistoleiros.

4.11 Apreensão arbitrária e ilegal de material do MST como livros, folhetos, bandeiras e até camisetas.

4.12 Invasão de casas de lavradores por parte do exército, sem ordem judicial e durante a noite.

4.13 Despejo de lavradores por parte do exército, sem ordem judicial e sem ser sua função (caso da Fazenda Uberaba, em Imperatriz/MA. O comandante que efetuou a operação é hoje comandante da Polícia Militar do Maranhão).

4.14 Incêndio de barracos, casas e roçados dos lavradores.

4.15 Atropelamento proposital, causando ferimentos e até mortes, efetuado por veículos dirigidos por pistoleiros e fazendeiros (casos de Itapeva/SP, Sarandi/RS e Mato Grosso).

4.16 Assassinatos de trabalhadores rurais praticados por pistoleiros a mando de fazendeiros.

4.17 Assassinatos de trabalhadores rurais praticados pela Polícia Militar. Casos: Cruz Alta/RS, Bagé/RS, Palma Sola/SC, Corumbiara/RO, Eldorado dos Carajás/PA.

4.18 Seqüestro de lideranças (caso Orlando Vicenzi/SP).

Obs.: Nos anos 1990 a 1996, as ações do latifúndio têm-se ampliado e aperfeiçoado. Ex.: Eldorado dos Carajás/PA, Corumbiara/RO, Pontal do Paranapanema/SP. No Parlamento, evitando que se aprove qualquer projeto que beneficie a Reforma Agrária (rito sumário, liminares de despejo e julgamento dos crimes militares em tribunais comuns). A aliança dos latifundiários com os juízes e grupos paramilitares para reprimir massivamente os trabalhadores.

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

A PRODUÇÃO SOCIAL DA VIOLÊNCIA

MIRIAM CHNAIDERMAN

SUMÁRIO: 1. A violência na psicanálise – 2. O amor ao próximo – 3. No Brasil...

O trópico tropica
Emaranhado no trambique
A treta frutifica
E tritura todo o pique
A trapaça trina e troa
Extrapola cada dique
O tratado é intrincado
Destratado é truque chique
O grito atravancado
Tranca até que petrifique

Itamar Assunção – Do CD *Bicho de 7 cabeças*, gravado e mixado pelo santo do som Sato San, no estúdio Mahália entre maio e julho de 93.

Tristes trópicos que tropicam, tropicar pode querer dizer viver os trópicos em sua plenitude ou um trópico que falha, manca, tropeça. O tratado é intrincado ou a treta frutifica no trambique. Tratado, lei própria ou treta do trambique. Mas, destratar é truque chique, conta Itamar Assunção.

O "Caderno Mais" do Jornal *A Folha de São Paulo* de 22.09.1996 foi dedicado ao tema da violência. O jornalista Roberto de Toledo aponta como nos últimos tempos, a violência deixou as seções policiais para ganhar as manchetes da mídia, tanto a impressa como a eletrônica. O jornalista aponta que a reação dos meios de comunicação e da própria população foi desproporcional à evolução da criminalidade. Em abril de 96, segundo o Datafolha, a *transparência do mal, ensaios sobre os fenômenos extremos*, ed. Papirus).

A maioria dos assassinatos ocorre durante o fim-de-semana e na periferia da cidade. Não por acaso, são distritos onde não há nenhuma opção de lazer como cinemas, teatros e parques. Só bares. Baudrillard, no ensaio acima citado, fala que "essa violência é (...) a forma explosiva que a ausência de acontecimento assume".

Parece que a violência está ligada à possibilidade, ou não, de lidar simbolicamente com o que nos constitui como seres humanos. Coloca-se a questão de com quais alternativas podemos contar, ou seja, que canais nossa cultura fornece para lidar com a violência. Por exemplo, entre os esquimós de Thulé há um estado de alma que é chamado de *perdlérorpoq* que é a explosão de uma violência extrema. Quem está possuído pelo *perdlérorpoq* arroja-se, expondo-se ao frio, rasgando suas roupas, correndo sobre as geleiras. Mas nunca atacando o seu meio. Os esquimós inuis falam: "é estar doente da vida". Há momentos em que a vida tem força demais. Há vários episódios relatados em que missionários querem deter tal estado com brometo, mas são impedidos pelos membros da tribo, que velam para que a crise se desenrole até o fim. É preciso que esta força saia, é preciso que se chegue até o esgotamento sem que se morra, para poder continuar

vivendo. Nathalie Zaltzman – que relata estes dados em *A pulsão anarquista* (Ed. Escuta) – está se referindo ao livro *Os últimos reis de Thulé*, de Jean Malaurie. Os esquimós poderiam, como os lapões, abandonar o mar gelado para criar renas domésticas. Mas, preferem viver como nômades, à beira do Ártico. Para Zaltzman, sua escolha dirige-se à vida e não à morte. Citando: "Onde a ameaça de morte está extraordinariamente presente, o princípio de sobrevivência faz a mais alta lei. (...) Este modo de vida árido, esta provação contínua da resistência humana à morte, que nada nunca vem suspender ou atenuar, que nada permite converter em desesperos românticos, designa uma forma exemplar de experiência-limite". Jurandir Freire Costa, no ensaio que publicou "À guisa de introdução..." no livro *Violência e Psicanálise* (Graal, 1984) faz uma importante diferenciação entre agressividade e violência: "Violência é o emprego desejado da agressividade com fins destrutivos". Lembra Bettelheim que em *Feridas simbólicas* (Lisboa, Moraes Ed., 1979), ao estudar rituais que seriam terríveis aos nossos olhos, tais como a circuncisão, a castração ritual, entre outras, aponta que assim como, em nossos dias, as mulheres jamais diriam que uma operação plástica é violenta, "nada do que as pessoas dizem ou fazem nos permite concluir que experimentam estes rituais como cruéis..." Os rituais asseguram a posse de predicados socialmente valorizados pela cultura.

A questão, que N. Zaltzman procura mostrar, é que a violência muitas vezes pode acontecer no sentido de fortalecer a vida, podendo ser posta a serviço da preservação da comunidade e da vida cultural e não do desejo de matar ou fazer sofrer o semelhante.

Vivemos em um mundo que, embora aconteça em meio a telas de computador Internet, ultrassônicos, ciber-sexo, repete, em diferentes modos, as experiências-limite dos esquimós. A competição acirrada, a crise das ideologias, a miséria crescente, o vazio político, leva à busca de experiências-limite para que nos certifiquemos da vida.

1. A violência na psicanálise

Vários psicanalistas afirmam que a violência é inerente ao ser humano. Claro que isso vem de Freud que, como pesquisador dos porões do psiquismo humano, defrontou-se com o que há de destrutivo e agressivo nos desejos recônditos.

É possível traçar um roteiro dos textos onde Freud foi se detendo na questão da destrutividade humana. (Sigo aqui o roteiro que Jurandir Freire Costa propõe no ensaio supracitado). Em 1915, publicou *Reflexões para os tempos de guerra e morte*, no qual procura mostrar que o homem, sem a ação da civilização, é instintivamente destrutivo. Em 1920 publicou *Além do princípio do prazer*, onde formula a noção de pulsão de morte, reordenando a divisão pulsional trabalhada até aquele momento.

Toda a teoria psicanalítica foi estruturada por Freud tendo como base o conflito entre as pulsões. Pulsão é um termo que vem sendo traduzido para o português como "instinto", o que está errado, pois em alemão *trieb* é diferente de *instinct*. O instinto tem a ver com o que é herdado geneticamente, com padrões fixos de comportamento. A pulsão é plástica, tem a ver com a possibilidade do lúdico, com a libertação da necessidade. Nos seus primeiros trabalhos, quando estudava as famosas histéricas, Freud pensou em dois tipos de pulsão que estariam sempre em conflito: as pulsões de conservação, egóicas e as sexuais. Os sintomas seriam produzidos pelo conflito entre estas duas pulsões. Em 1920, estas duas

pulsões pareciam não dar conta de vários fenômenos psíquicos e Freud passou a pensar o conflito entre pulsão de morte e pulsão de vida. Eros quer unificar, ligar. Thanatos é desagregador. A pulsão de morte não tem representação psíquica.

Em *O malestar na civilização*, escrito entre 1929 e 1930 Freud indaga-se sobre o sentido da vida, seu objetivo. O que querem alcançar os seres humanos? Querem conseguir a felicidade, querem a ausência de dor e de desprazer; buscam intensos sentimentos de prazer. É o programa do princípio do prazer que fixa seu fim para a vida. Mas, é um programa fadado a fracassar, "dir-se-ia que o propósito de que o homem seja feliz não está contido no plano da criação". Conclui: "... o problema consiste em descartar o maior obstáculo encontrado pela civilização, qual seja, a agressividade constitucional de um ser humano contra o outro..." Freud insiste: "A questão do destino da espécie humana parece-me colocar-se da seguinte maneira: o progresso da civilização poderá, e em que medida, dominar as perturbações trazidas à vida em comum pelas pulsões humanas de agressão e de auto-destruição?"

Nesse texto, Freud aponta três fontes de sofrimento: o próprio corpo, destinado à ruína e à dissolução, não podendo prescindir da dor e da angústia como sinais de alarmes; o mundo exterior, que pode abater sua fúria sobre nós com forças hiperotentes, desapiedadas. E, por fim, os vínculos com outros seres humanos. Esta última fonte de sentimento é sentida como mais dolorosa que qualquer outra. A fonte de sofrimento que é social deixa Freud perplexo: não pode entender a razão pela qual as normas que nós mesmos criamos não cumpririam melhor o papel de nos proteger. Freud suspeita de um bloqueio que viria da natureza psíquica. A cultura, impondo limitações à agressividade, faz com que haja privações que levam à infelicidade: "seríamos muito mais felizes se a abandonássemos e voltássemos a nos encontrar em condições primitivas". Freud utiliza a palavra cultura para designar a soma de operações e normas que distanciam o ser humano de seus antepassados animais e que servem para dois fins: a proteção do ser humano diante da natureza e a regulação dos vínculos recíprocos entre os homens.

A substituição do poder do indivíduo pelo da comunidade é o passo cultural decisivo. A cultura, para sobreviver, pede que haja justiça, ou seja, a segurança de que a ordem jurídica já estabelecida não se quebrará para favorecer um indivíduo. O resultado último deve ser um direito ao qual todos – ao menos todos os capazes de vida comunitária – tenham contribuído com o sacrifício de suas pulsões e no qual ninguém possa resultar vítima da violência bruta. A liberdade individual não é um patrimônio da cultura. Através do desenvolvimento cultural experimenta limitações e a justiça exige que ninguém escape a elas. Mas, para Freud, o ser humano defenderá sempre sua demanda de liberdade individual, contra a vontade de massa.

Em 1932, em *Por que a guerra?* – carta que escreveu a Einstein que lhe propora a questão: "que fazer para proteger a humanidade da maldição da guerra?" – Freud constata que a psicanálise nada pode fazer para evitar a guerra. E, faz uma equivalência entre poder e violência. Afirma, dirigindo-se a seu interlocutor: "O senhor começou com a relação entre direito e poder (...) mas permita-me substituir a palavra poder pela palavra nua e crua 'violência'. Atualmente, direito e violência se nos afiguram como antítese. No entanto, é fácil mostrar que uma se desenvolveu da outra. Na passagem do uso da força ao primado da lei, a violência não desaparece, ape-

nas muda a sua face e transforma-se em violência legal: ainda é violência, pronta a voltar-se contra qualquer indivíduo que se lhe oponha..." Para a manutenção da lei, foi necessário que a união da maioria fosse estável e duradoura.

Jurandir mostra como o pensamento que identifica poder e violência é o mesmo que coloca a violência como o fato fundamental da cultura. A psicanálise só pôde concluir que a violência é o solo da humanização por ter confundido poder e violência. Jurandir é peremptório: "... nos revoltamos contra a violência porque sabemos que *nada que o homem fez e que o torna humano nasceu da violência e sim contra ela*". As instituições políticas não vivem da violência, mas do reconhecimento, afirma Jurandir, citando Jürgen Habermas.

2. O amor ao próximo

No caderno "Mais" dedicado ao tema da violência, (acima citado), Jurandir Freire Costa afirma que muito da violência que vivemos hoje estaria ligada ao "desinvestimento cultural na idéia do 'próximo'". Historia a noção de "próximo" e relata que este fato cultural surgiu com o cristianismo, prosseguiu no Renascimento, ganhou realidade político-jurídica nas Revoluções Americana e Francesa e continuou presente nos projetos liberal-democrático e socialista dos séculos 19 e 20.

Jurandir conta que o "amai-vos uns aos outros" foi imposto "pela força das armas, pelas fogueiras da inquisição, pela perseguição dos inimigos políticos..." As revoluções democrático-burguesas só puderam acontecer porque "grande parte das elites ocidentais estava preparada para tomar como natural e desejável a idéia de que todos fôssemos livres, iguais e fraternos". Citando Jurandir: "O respeito pela vida e a certeza de que o outro é um parceiro virtual na realização de nossas aspirações afetivas ou na construção de uma sociedade mais justa, tornaram-se premissas práticas, inconscientes e pré-reflexivas de nossas crenças morais".

Freud também se indaga sobre "amarás o teu próximo como a ti mesmo" em *O malestar na civilização*. Também, como Jurandir, mostra que esse preceito era desconhecido pelos seres humanos em eras históricas. Sugere que adotemos diante dele uma atitude ingênua: Por que deveríamos fazer isso? Prá quê? Como realizar isso? Se amo alguém, este alguém deve merecê-lo, de algum modo. Mas se é um estranho e não me atrai por qualquer valor seu, será difícil amá-lo. Seria injusto para com os meus, raciocina Freud. Por que então se dá tanta solenidade a um preceito cujo cumprimento não pode recomendar-se como racional? Freud acha que um estranho atrai muito mais a hostilidade. Mas, se sendo um estranho, mostra consideração e respeito por mim, eu estou disposto, sem precisar de qualquer preceito, a retribuir na mesma moeda. Freud reformula o mandamento: "Ama teu próximo como teu próximo te ama". Mas, aí, a moral vigente aponta: "Justamente porque o próximo não é digno de amor, e sim teu inimigo, deve amá-lo como a ti mesmo".

Freud vai mostrando como o ser humano não é um ser manso, amável, apenas capaz de se defender se o atacam. Autoriza-se a atribuir à sua dotação pulsional uma boa quota de agressividade. Sob circunstâncias propícias, quando estão ausentes as forças anímicas contrárias que costumam inibi-la, exterioriza-se também espontaneamente, desmascarando os seres humanos como bestas selvagens que nem sequer respeitam os membros de sua própria espécie. Haja vista a última guerra assim como tantas outras.

Com base nessa hostilidade primária e recíproca dos seres humanos, a sociedade culta se encontra sob uma ameaça permanente de dissolução. As paixões que vêm do pulsional são mais fortes que os interesses racionais. A cultura tem que colocar limites para as pulsões agressivas dos seres humanos. Daí o recurso a métodos destinados a impulsioná-los para identificações e vínculos amorosos de meta inibida; daí a limitação da vida sexual e daí, também, o mandamento ideal de amar ao próximo como a si mesmo. A existência desse preceito só se justifica pelo fato de que nada contraria mais a natureza humana originária.

Uma vez que a cultura impõe tantos sacrifícios tanto à sexualidade como à tendência agressiva do ser humano, passamos a poder explicar porque os homens se sentem infelizes.

Winnicott, importante psicanalista inglês que trabalhou muito a questão da delinqüência, fala em uma agressão primária. Sugere que é preciso evitar o sentimentalismo que contém qualquer negação, mesmo que inconsciente, da destrutividade que subjaz a qualquer construção. Nenhuma manifestação de amor é sentida como valiosa se não implicar agressão reconhecida e controlada. São as primeiras pancadas infantis que levam a uma descoberta do mundo que não é o eu da criança e ao começo de uma relação com objetos externos. O que logo será comportamento agressivo não passa, portanto, no início, de um simples impulso que leva a um movimento e aos primeiros passos de uma exploração. A agressão está sempre ligada, desta maneira, ao estabelecimento de uma distinção entre o eu e o mundo exterior.

Jurandir Freire Costa, no ensaio "Violência e Identidade" incluído no volume *Violência e Psicanálise* (supracitado) afirma que violência pressupõe a existência de um uso arbitrário e gratuito da força por parte do mais poderoso contra o mais fraco: "violência é, antes de tudo, abuso de força, abuso de poder". Violência é algo diferente de impulsos agressivos. Freud muitas vezes confundiu. Seus seguidores, mais ainda. A violência é um fato da cultura e só existe em relação a uma lei.

3. No Brasil...

Contardo Calligaris, articulista da *Folha de São Paulo*, psicanalista que já viveu no Brasil e agora está em Nova Iorque, no seu livro *Hello Brazil* (Ed. Escuta), procura mostrar que, historicamente, é precária a instalação da Lei em nosso país. Haveria um arremedo de lei que legitima a exploração voraz, com exibição de poder, uma ávida procura de oportunidades para gozar acima de qualquer limitação. As condições nas quais o Brasil foi descoberto e explorado levou a uma ausência de um pai interditor.

Otávio Souza, psicanalista carioca, em seu livro *Fantasia de Brasil* (Ed. Escuta) mostra como foi a utopia européia de um paraíso terrestre que presidiu "nosso ato de batismo", o que leva a uma procura de fruição imediata, uma busca de gozo imediato. Daí uma colonização essencialmente extrativista, restrita por longo período apenas ao litoral, o que fazia pensar em uma concepção de colônia como lugar de passagem. Segundo Otávio Souza, "foi particularmente aqui no Brasil que o fator erótico alcançou predomínio maior". Como aqui não havia, como na região andina, a possibilidade do maravilhoso sob a forma de ouro, prata e pedras preciosas, foi necessário encontrar outras "representações mitificantes". "A nudez e a exuberância da vida sexual do índio..." (p. 110). O que Otávio Souza propõe é "adotar a visão do paraíso do descobridor europeu para nos olharmos a nós mesmos". A partir desse princípio Otávio Souza faz uso dos

textos de Freud para mostrar a proximidade entre exotismo e racismo. Afirma: "o exotismo como uma maneira de neutralizar, através da estetização, a eficácia política de um povo".

Tanto Contardo Calligaris quanto Otávio Souza mostram como o Brasil vai ocupando um lugar perverso, delinqüente, em que a estrangeiridade passa a ser colonizadora ou colonizada.

Em artigo publicado no "Mais", "A praga escravagista", Contardo Calligaris indaga-se: de qual miséria e de qual violência se trata no Brasil? Continua com sua leitura em termos de colonizados e colonizadores, pois atribui muito do que hoje vivemos ao fato de que o Brasil tenha sido, e talvez ainda seja, o maior sistema escravagista do mundo ocidental. Isso leva a que, na relação entre as classes médias e as classes menos favorecidas, o poder ainda seja poder sobre os corpos, construído no modelo da escravatura. A questão do poder, na relação entre pobres e ricos no Brasil, é antes de mais nada uma questão de posse dos corpos. A violência ocorre contra os corpos.

A questão da lei no Brasil é colocada de forma original por Luis Cláudio Figueiredo em ensaio publicado no *Boletim de Novidades Pulsional* (ano IX, n. 90), "A lei é dura, mas..." (para uma clínica do legalismo e da transgressão). Luis Cláudio parte de uma indagação sobre o que será que move os alunos de Direito, tão recatados e tradicionais, a institucionalizarem um dia da grande infração, o "dia da pendura". Observa: "... em nenhum dos outros cursos observa-se tanto esmero nas aparências dos alunos e tanto empenho em atos transgressivos". Historiando o surgimento dos cursos de Direito, Luis Cláudio mostra que esta duplicidade do comportamento, no séc. XIX correspondia uma dupla vinculação à modernidade: "ao Iluminismo doutrinário dos nossos doutores em leis vinha-se somar e a se contrapor o fascínio pelos valores e pelas poses transgressivas do romantismo" (Byron).

Citando Faoro, Luis Cláudio mostra como no Brasil a lei sempre foi vista como algo que tem de criar a realidade, ao invés de ser apenas sua reguladora, o que é uma visão que tem origem no Estado patrimonialista, levando a um "jurismo" artificioso e esteticista, divorciado das condições sociais e econômicas subjacentes. Surge uma idéia de nação que é fictícia: as leis precedem as realidades a serem reguladas. A idéia de "Nação" passa a ser uma maquiagem de conflitos.

A idéia de "Nação Brasileira" torna-se disponível para servir como resposta ao mandato de exotismo: era obrigatório que fôssemos uma nação fictícia para que nossa "identidade nacional" nos colocasse no lugar do diferente.

Para Luis Cláudio, haveria uma impropriedade que constituiria nosso modo de ser. E, nas subjetividades marcadas pela impropriedade, o ornamental e o retórico são constitutivos. A transgressão surge então como uma forma de se reapropriar da impropriedade, busca de uma existência mais verdadeira. É na transgressão que se engendram novos padrões de sociabilidade, "novas possibilidades existenciais".

Parece que no Brasil somos obrigados a nos inventar permanentemente. O que pode nos trazer autonomia ou dor. Que nossas contradições nos levem em direção à vida, é o que podemos esperar.

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

A LUTA PELOS DIREITOS HUMANOS

Experiência prática – Promotoras legais populares

MARIA AMÉLIA DE ALMEIDA TELES

SUMÁRIO: 1. Histórico – 2. Objetivos.

1. Histórico

A proposta do curso de promotoras legais populares nasceu a partir de um seminário sobre os direitos da mulher promovido pelo CLADEM – Comitê Latino Americano dos Direitos da Mulher. Este curso já vinha se desenvolvendo em diversos países da América Latina como Peru, Argentina, Equador entre outros.

A idéia central é capacitar mulheres de origem popular para lidar com as leis, o direito e facilitar o seu acesso à justiça e aos serviços correlatos.

O momento histórico de redemocratização nos propiciou um avanço nos conhecimentos sobre a cidadania. Nós as mulheres já estávamos atentas em relação às leis de cunho machista que têm nos discriminado. Preocupamo-nos de sermos mais uma vez excluídas dos direitos neste processo de redemocratização. Como, por exemplo, continuamos convivendo com um Código Penal que define o estupro como crime contra os costumes e não contra a pessoa humana. Outras leis discriminatórias se encontram também no Código Civil.

Por isso participamos, juntamente com os diferentes segmentos da sociedade do processo constituinte. Conquistamos por volta de 80% das reivindicações que apresentamos aos deputados constituintes.

Hoje podemos afirmar que a legislação constitucional reconhece nossos direitos. Mas a questão que enfrentamos é de como fazer valer os nossos direitos no nosso cotidiano.

Outro problema que enfrentamos é a impunidade dos agressores e assassinos de mulheres. Em 92, acompanhamos o julgamento de um homem que assassinou sua ex-namorada porque esta não queria mais namorar com ele. Foi condenado a 15 anos de prisão no Fórum de Santos. No entanto, ficou preso apenas dois meses pois foi liberado com a concessão de um *habeas corpus* e até o momento ele se encontra foragido, apesar de que o próprio Tribunal de Justiça que lhe concedeu o HC ter confirmado sua condenação. A partir de então, lançamos uma campanha contra a impunidade.

Acrescentamos ainda o fato de vivermos um momento de ausência de políticas públicas em geral. E no que se refere às políticas de gênero constatamos um retrocesso.

Resolvemos então conhecer de maneira mais ordenada as leis, o funcionamento da segurança pública e da justiça e os assuntos afetos à área do direito. Procuramos desenvolver o projeto das Promo-

toras Legais Populares para facilitar o acesso à cidadania e à justiça. Mas partimos para este empreendimento com uma visão crítica da justiça. "A neutralidade da justiça é algo abstrato, incompatível com a realidade econômica, social e política. As relações de poder refletem uma situação cuja hegemonia é androcêntrica, branca, adulta, heterossexual e de grande concentração do capital". (*Promotoras Legais Populares – A Experiência em São Paulo*, uma publicação da União de Mulheres de São Paulo).

Criticamos com veemência o machismo da justiça e propomos abrir uma discussão para mudanças que coloquem em prática a igualdade de direitos. A nossa proposta inclui um diálogo permanente com os(as) profissionais do direito e autoridades do judiciário e da segurança pública.

Buscamos parceria com outras entidades de mulheres mas principalmente com aquelas que reúnem os profissionais da área, como o Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP, Associação dos Juízes para a Democracia e Movimento Democrático do Ministério Público. Contamos com o apoio especial do Grupo THÊMIS, do Rio Grande do Sul, que realiza uma assessoria jurídica e de estudos de gênero.

Estabelecemos uma coordenação responsável pelo trabalho que é a União de Mulheres de São Paulo e o Instituto Brasileiro de Advocacia Pública.

O nome Promotoras Legais Populares significa que são mulheres que lutam a favor dos setores populares com legitimidade e justiça. São aquelas que podem orientar, dar um conselho e falar das leis, direitos e da justiça.

Para viabilizar a primeira experiência em São Paulo buscamos o apoio do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado que se deu por meio de um seminário nacional de introdução ao curso das promotoras legais populares. Mas quando, em 1995, houve mudanças políticas, não foi mais possível manter a parceria.

2. Objetivos

1. Capacitar as mulheres integrantes de movimentos sociais para reconhecerem seus direitos e a ocorrência de violações, para que possam atuar em sua defesa junto às organizações governamentais em geral, com ênfase no judiciário.

2. Criar condições para que as participantes possam orientar outras mulheres na defesa de seus direitos.

3. Possibilitar aos profissionais do direito que reflitam sobre as leis e a conduta do judiciário sob a ótica de gênero, raça/etnia, classe social, orientação sexual e de uma educação popular transformadora.

4. Promover a defesa dos direitos das mulheres propondo e fiscalizando as políticas públicas que asseguram a cidadania.

O fundamental do nosso trabalho é o desenvolvimento de uma educação de mão dupla onde tanto as alunas como os(as) professores(as) serão capacitados para o exercício do direito e da cidadania. Os(as) professores(as) também podem e devem aprender com os movimentos populares de maneira a romper com o hermetismo da justiça que começa a partir da própria linguagem jurídica, rebuscada e empolada, para demarcar uma grande distância entre a população e a justiça. O nosso trabalho visa desmistificar uma linguagem que muitas vezes os próprios juristas não entendem. Haja vista que cada um deles interpreta as leis à sua maneira e muitas vezes são extremamente contraditórios diante da leitura de uma mesma lei. Outro aspecto do projeto é dar ênfase às ações de articulação e mobilização das mulheres para conquistar a cidadania plena.

Trabalhamos com o seguinte conteúdo:

A) Organização do Estado e da Justiça

Noção do Estado, formação do Estado moderno, seu funcionamento, órgãos e estrutura.

Funções Essenciais da Justiça, estrutura e organização do Judiciário.

Aparato policial, Delegacias, Delegacias da Mulher, Instituto Médico-Legal.

Assistência Judiciária – Defensoria Pública.

Participação das Mulheres nestas estruturas.

B) Introdução ao estudo do Direito

O que é direito?

O que é norma, código, lei?

O que é processo, ação, parte, autor, réu, vítima?

Nomenclatura básica técnico-jurídica.

Crítica do Direito sob a ótica das relações de gênero, história dos direitos das mulheres, passando pela conquista do voto, espaço público e espaço privado.

C) Direito Constitucional

O que é Constituição?

Teoria Constitucional: poder constituinte, norma, princípio constitucional, controle da constitucionalidade.

Histórico das Constituições Brasileiras.

Constituição Federal de 1988 – Direitos e Garantias Fundamentais, Ações Constitucionais.

Direitos coletivos e difusos.

Direitos políticos, partidos políticos, sistema de cotas.

Discriminação Racial na Constituição, Lei 8.081/90.

Direito à moradia, política urbana e agrária.

Direito à educação.

Comunicação Social, estereótipo dos sexos e etnias no sistema educacional e de comunicação.

Direitos das Mulheres garantidos constitucionalmente no decorrer da história constitucional brasileira e Constituição de 1988.

D) Direitos Humanos – Sistema de Proteção Internacional

O que são direitos humanos, sua história.

Proteção Internacional, o que é convenção, tratado, etc.

Sistema Global e Regionais de Proteção.

Como acessar o Sistema de Proteção Internacional.

Convenção para Eliminar Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

Convenção de Belém do Pará (violência contra a mulher).

Declaração e programa de Ação de Pequim.

Crítica dos Direitos Humanos sob a ótica das Relações de Gênero, de que forma o sistema de proteção internacional foi incorporando a discussão de gênero.

E) Direito à Saúde

Direitos Reprodutivos/AIDS.

PAISM – Programa Integral à Saúde da Mulher.

Aborto.

F) Direito Penal

Direito Penal

Crime, pena, dolo, culpa.

Concurso de agentes e delitos.

Crimes contra as mulheres.

Violência Doméstica.

Júri.

Processo Penal.

Juizado Especial Criminal.

G) Direito Civil

Objeto de estudo, abrangência.

Parte Geral.

Direito de Família.

Direito das Sucessões.

Histórico de como a mulher é vista pelo Código Civil.

H) Direito do Trabalho e Seguridade Social

Objeto, abrangência.

Direitos sociais.

Empregador, empregada.

Situação da mulher no mercado de trabalho.

Trabalho doméstico.

Previdência e Assistência Social.

Posição da mulher em relação à seguridade social.

Observação: Outros conteúdos podem ser acrescentados conforme o interesse do grupo, como por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito do consumidor.

O projeto "Promotoras Legais Populares" não se restringe aos cursos, embora estes sejam sua espinha dorsal. Contamos com uma série de outras iniciativas decorrentes do projeto.

Algumas promotoras legais populares começam a ter uma atuação prática em bairros, sindicatos, locais de trabalho e recebem uma assessoria das entidades coordenadoras. Outras organizaram um centro de atendimento à mulher vítima de violência (Centro Maria Miguel) localizado na zona leste de São Paulo. Contam com advogadas e têm um convênio com a Procuradoria Geral do Estado.

Outro desdobramento importante foi o encaminhamento de dois casos de assassinato de mulheres que caracterizam impunidade, para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Este encaminhamento contou com a participação de outras entidades e se deu no dia 31 de outubro, o dia das bruxas, como uma forma de resgatar a história das mulheres que foram acusadas de bruxaria e queimadas vivas por serem mulheres, na Idade Média.

Outras cidades como, Campinas e São José dos Campos, se prepararam para a implantação deste projeto.

E agora, para finalizar vamos falar de um fato curioso. Em 16 de outubro(96) fizemos uma visita ao Supremo Tribunal Federal. De acordo com o regimento interno daquele órgão, as mulheres não podem entrar no plenário de calça comprida. Éramos 15 mulheres sendo que mais da metade estava de calça comprida. Fomos então falar com o presidente do órgão, Dr. Sepúlveda Pertence, que abriu pela primeira vez uma exceção durante os 18 anos de vigor deste regimento, permitindo que as mulheres entrassem no plenário de calça comprida. Fomos até notícia do Correio Brasiliense que destacou o fato com o título: "Promotoras legais populares quebram o protocolo do STF."

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

A CIDADE. A VIOLÊNCIA E A MÍDIA

SILVIA LESER DE MELLO

"Não fosse isso e era menos não fosse tanto e era quase."

PAULO LEMINSKI

O propósito deste trabalho é buscar uma aproximação entre algumas características da vida urbana, como a densidade da população, as configurações psicológicas dos moradores das cidades – principalmente uma certa vulnerabilidade ao temor da violência – e os meios de que dispõem para obter informações sobre o seu habitat. Essa aproximação não é nova e nem poderíamos aqui examiná-la de modo exaustivo. É preciso que se façam pesquisas sobre a percepção construída pelos vários estratos sociais sobre a vida urbana, sobretudo a percepção que as camadas subalternas possuem sobre a vida na cidade. Seria preciso, ainda, saber como elaboram as acusações de que são vítimas. A experiência da cidade e da violência é uma experiência partilhada por todos, embora vivida sob condições de extremada diferença.

A existência deste gigantesco aglomerado urbano que denominamos São Paulo é, portanto, o meu pônto de partida para considerar as relações entre a violência e a mídia. Essa imensidão[1] mantém sempre presente a idéia do desconhecido, de algo que não pode ser abarcado nem pela visão e nem pelo entendimento. Nas metrópoles, como São Paulo, tudo parece escapar do controle, assim como ela escapa dos limites espaciais. Perde-se a visibilidade do todo, perde-se a inteligibilidade do conjunto. Os habitantes da cidade não conseguem vê-la, ela não se deixa ler. Para conhecê-la precisamos ampliar nossos sentidos e nosso entendimento. Temos necessidade de mediadores, instrumentos que tornem a nossa visão e nossa compreensão mais abrangentes. Não são microscópios e não são telescópios. São a televisão, o rádio e o jornal.[2]

Esses veículos denominam-se órgãos de comunicação de massa, porque a escolha e o modo de apresentar a informação que passam ao público devem nortear-se pelo fato primário de se estarem dirigindo a um espectador, um ouvinte ou leitor ordinário, comum. Seu receptor é o homem médio. Para sermos mais radicais, seu receptor não é alguém, é ninguém. É o homem da massa, incógnito, sem face. Esse é o aspecto que mais interessa à Psicologia Social, pois coloca o problema da qualidade do discurso:

(1) A metrópole não é apenas um enorme e disforme aglomerado físico, mas é imensa também na quantidade e variedade de sua experiência simbólica.

(2) Também o mundo é acessível a todos nesta era global e de contatos à distância pela Internet. Mas nem sempre os acontecimentos que têm mais importância têm espaço nesses meios de comunicação. É preciso, além disso, dispor de um computador e de informação suficiente para saber utilizá-lo. Somente em teoria, pois, todos têm acesso às informações.

como dirigir-se a alguém que não possui contornos claros e definidos?[3]

A massa e a multidão se assemelham. No séc. XIX a multidão era a imagem poética da cidade para Poe ou Baudelaire. Estar dentro dela permitia uma poderosa sensação de liberdade. O espaço urbano prestava-se à fruição e ao deleite. Mas a multidão da metrópole contemporânea é um signo ambivalente. Ela facilita a mais perfeita liberdade mas acoberta o perigo potencial de transformar-se em massa informe e virtualmente anômica.[4]

A multidão é a imagem palpável da massa. Ao permitir que os indivíduos desapareçam em seu interior, ela oferece esconderijo às atividades criminosas. O anonimato, identificado por muitos como uma forma de liberdade individual, tanto o é para o bem como para o mal. Nas formas cambiantes da multidão os contactos são breves e superficiais, cada pessoa é sua máscara momentânea.

A imagem da multidão associa-se à imagem da quantidade. Não só a cidade excede os limites do horizonte espacial, derramando-se para todos os lados, como há coisas em demasia e demasiado de cada coisa. Há muito de tudo. A imagem da quantidade evoca a da abundância, o pano de fundo do modo de vida urbano, concentrador de riquezas, de dinheiro. A cidade reúne renda e trabalho, miséria e opulência. Imprime visibilidade às condições extremas: a riqueza e a pobreza convivendo face a face não se podem mutuamente ignorar. Se a riqueza é aparatosa e gosta de exibir seu luxo, a pobreza não pode esconder-se, atravessa os limites dos bairros pobres e chega às

(3) Já em 1848, criticando a imprensa e a formação da chamada *opinião pública*, Kierkegaard adianta a idéia dessa dimensão do público: "Um público é tudo e nada, o mais perigoso de todos os poderes e o mais insignificante: pode-se falar para uma nação inteira em nome do público e ainda assim o público será menos do que um único e qualquer homem sem importância". Kierkegaard S. - The Present Age, in Kierkegaard - selected and introduced by W.H. Auden, London, Cassel and Company, 1955, p. 34. O que vem a ser a chamada "opinião pública" não é, até hoje, questão simples. Veja-se a discussão de Habermas, a respeito, tendo em vista o que ele denomina a "derrocada efetiva da esfera pública". Habermas. J. "Comunicação, opinião pública e poder" in Cohn., G. (org.) Comunicação e Indústria Cultural, S.P., Cia. Editora Nacional e Edusp, 1971, p. 188.

(4) Veja-se a definição de massa oferecida por Blumer "Escolhemos o termo *massa* para indicar um grupo coletivo elementar e espontâneo em muitos aspectos semelhante à multidão, e fundamentalmente diferente em outros sentidos. *A massa é representada por pessoas que participam de um comportamento de massa,* como por exemplo, aqueles que se agitam com um acontecimento nacional, os que tomam parte no surto de uma nação, os interessados pelo julgamento de um crime divulgado pela imprensa ou aqueles que participam de uma grande migração". Blumer, H. "A massa, o público e a opinião pública", in Cohn, G. (org.) – Comunicação e Indústria Cultural, S. P., Cia Editora Nacional e Edusp, 1971, p. 177 Definição de nenhum modo completa. Já Freud se preocupa com os fenômenos de massa e seus aspectos psicossociais, em ensaio de 1921: "... O indivíduo integrado em uma massa experimenta, sob a influência da mesma, uma modificação, às vezes muito profunda, de sua atividade anímica. Sua afetividade intensifica-se extraordinariamente e, em troca limita-se notavelmente sua capacidade intelectual. Ambos os processos tendem a igualar os indivíduos com os demais da multidão, objetivo que só pode ser obtido pela supressão das inibições particulares de cada um e a renúncia às modalidades individuais e pessoais das tendências". Veja-se Psicologia de las Masas y Analisis del Yo, Madrid, Biblioteca Nueva, 1973, p. 2.575.

ruas bem comportadas, às avenidas, às pontes e viadutos, às marquises dos edifícios grandiosos. Terrenos vagos à beira dos rios e das estradas são locais escolhidos para habitação e vão se transformando em imensas favelas, tão visíveis quanto os prédios rutilantes da riqueza e do capital.

Se a visibilidade e a exposição são signos da cidade, seu habitante não se pode furtar ao sentimento das contradições. O prazer estético do teatro e da música está um pouco misturado ao desprazer da mendicância que circunda os locais de espetáculo. A guarda do carro precisa ser negociada com sujeitos, aos nossos olhos, de aparência estranha. Transitam pelos mesmos caminhos os ônibus lotados e os carros luxuosos com seu único ocupante. Não é preciso possuir renda para freqüentar os lugares nobres da cidade, mas o modo de freqüentação é especializado segundo a renda e o status.

Insisto no aspecto visível da desigualdade porque essa face da vida paulistana é parte do modo de perceber do homem urbano. A consciência das diferenças, embutida no quotidiano de nossa experiência da cidade, marca profundamente a subjetividade. Dependendo do lugar social de onde é visto, o teatro e a condução permitem, pelo menos, duas leituras diferentes: a dos filhos da luz e a dos filhos da sombra. O que poderá aproximá-las? A reciprocidade dos olhares está carregada de significados diferentes.

A especialização dos espaços na cidade impõe uma ordenação à vida social que atinge, também, os habitantes, formando uma população humana altamente diferenciada. A fragmentação geográfica, e também a das ocupações e das funções, acaba por corresponder a uma fragmentação das experiências e à formação de identidades psicossociais complexas. Cada grupo social constrói uma representação da cidade e de seus lugares de acordo com os espaços que habitou e que têm sentido afetivo: o da moradia, do trabalho, da devoção, da diversão.

Numa cidade do tamanho de São Paulo, a divisão de funções e a especialização dos espaços foi levada a extremos. Mesmo assim, não é mais possível manter os sujeitos em lugares demarcados: a cidade está "contaminada" pela pobreza que nem se oculta e nem pode ser ocultada. As ruas se enchem de pedintes, famílias dormem ao relento ou acampadas sob o teto encontrado de uma caixa de papelão. Se o rosto da pobreza não é bonito onde quer que se encontre, com certeza, na cidade, o seu rosto é mais feio e se recusamos, tantas vezes, olhar sua face, nem por isso ele é invisível. Cruza diariamente nosso caminho e é parte da imagem e da consciência que temos da cidade.

Se o modo de vida urbano é dominado pela idéia de quantidade e de abundância, a pobreza na cidade é uma contradição. Seus habitantes estão expostos aos mais variados e intensos estímulos, que invadem todos os sentidos.[5] A con-

(5) Georg Simmel, já em 1902, afirmava: "A base psicológica do tipo metropolitano de individualidade consiste na *intensificação dos estímulos nervosos*, que resulta da alteração brusca e ininterrupta entre estímulos exteriores e interiores. (...) A metrópole extrai do homem, enquanto criatura que procede a discriminações, uma quantidade de consciência diferente da que a vida rural extrai. Nesta, o ritmo da vida e do conjunto sensorial de imagens mentais flui mais lentamente, de modo mais habitual e mais uniforme. É precisamente nesta conexão que o caráter sofisticado da vida psíquica metropolitana se torna compreensível – enquanto oposição à vida de pequena cidade, que descansa mais sobre relacionamentos profundante sentidos e emocionais". Mesmo que a Rede Globo e a Internet cheguem às cidades pequenas e ao campo mais longínquo, não acredito que algo

tínua chamada dos objetos, oferecidos de mil maneiras ao desejo, não chega só aos que podem comprá-los. Chega igualmente aos pobres, quiçá com mais forte poder de atração. Os objetos de desejo, sejam bens materiais, poder ou prestígio, não estão ao alcance de todos, embora sejam universalmente exibidos.

Os contrastes inspiram apreensão porque trazem sensações não muito claras de desregramento possível. Grande parte da tranqüilidade que cerca nossa vida diária está radicada na fé implícita na racionalidade da ordem. Essa fé é a guardiã da estabilidade de nossos comportamentos quotidianos rotineiros. A violência rompe a segurança, facilita a irrupção de fantasias relacionadas ao irracional, e põe de manifesto o potencial de desordem da vida urbana. As massas, quando em movimento, não aparentam ter racionalidade em seus objetivos. A última invasão das estações de trem metropolitanos pela população enraivecida evidencia o caráter destrutivo da massa sem controle, gerando a sensação de fragilidade do sujeito diante dela.

A impotência diante de acontecimentos que ultrapassam nossa compreensão e o desconhecimento sobre a cidade e seus habitantes engendra percepções que podem estar na origem das imagens carregadas de preconceitos, fixadas pelas mensagens permanentes e estereotipadas da associação da pobreza com a violência, divulgadas pela imprensa, rádio e televisão. Como a dimensão da cidade não propicia aproximações demoradas, que permitam o nascimento de identificações, o nosso Outro na cidade é sempre um desconhecido.

Na perspectiva da Psicologia Social, ou reconhecemos no outro um semelhante, e nesse caso conferimos a ele os mesmos atributos de humanidade que encontramos em nós, ou não reconhecemos no Outro um semelhante. Para as classes dominantes é difícil reconhecer um igual nas personagens da pobreza. Reconhece-se o diferente como desigual. Da desigualdade à inferioridade não há muita distância. Da desigualdade, reconhecida como inferioridade e do desconhecimento ao temor, do ponto de vista psicológico, não há, também, grande distância. O medo à desordem e à perda da vida e das propriedades, um grande descrédito na polícia e na justiça podem transformar a insegurança e o temor difusos em acusações contra segmentos sociais ou grupos específicos de sujeitos de quem se desconfia, que não são reconhecidos como iguais, ou seja não são portadores da mesma humanidade que reconheço em mim e nos meus iguais. São, por definição, portadores de características desabonadoras, de traços de caráter indesejáveis, de um potencial de violência que os torna pouco humanos.

Como afirma Canetti, há um prazer inegável em julgar, afirmar o certo e o errado de todas as coisas e pessoas. "O homem experimenta uma profunda necessidade de classificar sempre todas as pessoas imagináveis. Separando o número vago e amorfo dos existentes em dois grupos e propiciando o enfrentamento, dá a eles algo como densidade. Concentra-os como se devessem lutar entre si; radicaliza-os e deixa-os cheios de inimizade. Tal como ele os imagina, tal como ele os quer, só podem estar uns contra os outros. Ao sentenciar sobre o 'bom' e o 'mal' emprega o velhíssimo meio de uma classificação dualista, que entretanto, nunca é inteiramente conceptual e nunca inteiramente pacífica. Implica a existência de uma tensão entre

tenha se modificado substancialmente nesta análise de Simmel, e nem mesmo que ela tenha sido suficientemente aprofundada. Simmel, G. – A Metrópole a Vida Mental, *in* O Fenômeno Urbano, Velho, O. G. (org.), R.J., Zahar, 1973, p. 12.

eles e é importante que a sentença crie e renove esta tensão".[6]

Tensão, oposição e conflito, elementos presentes sempre na vida social que podem exacerbar-se a qualquer momento. Esses elementos, difusos em situações em que a vida social se pauta pela tradição e pelo costume, passam, numa cidade como São Paulo, por transformações em sua natureza. As pessoas obrigadas a um convívio diuturno com o desconhecido, e com um desconhecido ameaçador, sucumbem às tensões, exageram os conflitos, defendem-se com mais violência. A violência urbana não deixa ninguém fora de seu círculo de horrores.

Os meios de comunicação não são neutros. A Psicologia sabe que é quase impossível a neutralidade quando sujeitos psicológicos plenamente ativos estão envolvidos na definição de acontecimentos e coisas. As palavras são maleáveis, sempre abertas à interpretação. Os leitores também não são neutros. Dominam a realidade a partir da sua socialização, possuindo uma visão bastante estruturada do mundo e das coisas. Emissores e receptores de imagens e de idéias trocam informações. Uns agem sobre os outros. Para os receptores, a mídia é responsável pela ampliação do mundo social e do que nele ocorre. Se a vida na cidade não é apreensível com facilidade, os meios de comunicação de massa são os nossos olhos e ouvidos, permitindo o contacto com o mundo dos acontecimentos.

Há vários problemas nessa mediação, mas dois em especial são temíveis. O primeiro é que a mídia tem dono, é paga. Um jornal possui não só leitores como anunciantes. A publicidade move o mundo da mídia e a torna poderosa. O conteúdo informativo tem que respeitar o perfil do seu público, ou forjar um perfil para ele. O mesmo acontece com o rádio e com a televisão. Portanto temos aí já uma dúvida razoável quanto à neutralidade desses meios de informação. O segundo problema é a presunção da existência do homem médio para cada meio de informação. Para esse modelo abstrato de recepção das mensagens, estas são selecionadas, aparadas, arredondadas, modificadas.

O Brasil é um país violento, dado o alto nível de autoritarismo difuso em suas instituições e disperso na vida quotidiana. As hierarquias sociais são rigidamente mantidas. As leis não valem para todos. Os aparelhos de manutenção da ordem, como a polícia e o exército, abrem claras exceções na ordem, na lei e na justiça, em lugar de serem seus depositários. Se a violência hoje tem características diferentes, e o crime organizado cada dia mais faz sentir sua presença, assim como cresceu demais o consumo de drogas, também se acirraram as diferenças de renda e de nível de vida. Sobretudo na cidade são mais visíveis as contradições de um regime que exclui grandes massas de trabalhadores até mesmo de sua condição de trabalhadores, negando-lhe o direito ao emprego e ao salário.

No que diz respeito à violência, sobretudo à violência urbana, a mídia é parcial. Os meios de comunicação não se limitam a informar. Tomam partido, julgam e condenam. Ao assim fazerem, aprofundam o temor e a ignorância do público que deveriam informar, usando mensagens e códigos profundamente estereotipados. O preconceito alimenta-se dos estereótipos e gera os estigmas. Na verdade, os meios de comunicação contribuem para aprofundar e ampliar os estigmas, dando escassa divulgação às vozes contrárias.[7] Tivemos amarga ex-

(6) Canetti, E. – Massa y Poder, Madrid, Alianza/Muchnik, 1987, p. 293.

(7) Veja-se a divulgação que o jornal *O Estado de São Paulo* fez, recentemente, de pesquisa que se propõe a prevenir o

periência do poder da palavra na geração de preconceitos e estigmas durante o regime militar. Era uma guerra aberta contra os chamados subversivos. Hoje a guerra é outra.[8] Trata-se de caracterizar toda uma população como perigosa, indigna de confiança. Mas a arma usada é ainda a palavra, acrescida, agora, da imagem. Pois os programas televisivos são mais poderosos. As imagens da polícia perseguindo os "bandidos", como a matéria diária que os programas tipo Aqui Agora usam para alimentar o público, conseguem superar a violência com que se trata a violência. São clara e abertamente preconceituosos, grosseiros, abusando da desvalia das pessoas para invadir suas casas, denegrir os bairros pobres e seus habitantes. Alguns são acintosos. E, no entanto, o sucesso é tão grande que se multiplicaram. Será que podemos entender esse sucesso como manifestação do desejo do público de ver a violência punida? De transformar os temidos policiais em heróis? Do aparecimento de características sádicas que têm prazer na humilhação e no fracasso do outro? De ver retratadas situações penosas que sofre no dia-a-dia?

De maneira geral, o que se pode notar, quer na TV, quer no rádio, quer nos jornais, é quase uma campanha de culpabilização coletiva dos pobres pela violência. Pelas imagens e pelas palavras, eles são fotografados e rotulados. Não se vêem mais pessoas. Vêem-se carentes, favelados, ladrões, menores, delinqüentes, criminosos, bandidos, viciados. No episódio recente de quebra dos trens e das estações, os responsáveis pelo serviço vergonhoso que é oferecido ao público, imediatamente identificaram as famosas figuras dos incitadores, de modo a não reconhecer sua culpa junto aos trabalhadores pobres que dependem dos trens. Penso que seria desejável ver "os integrantes de levantes urbanos não como uma massa miserável, instável e sem raízes, mas como homens e mulheres que freqüentemente têm uma certa posição em sua comunidade, que podem ser artesãos (...) e que, mesmo quando pobres e não qualificados, podem parecer respeitáveis para seus vizinhos de todos os dias. Por último, podemos ver sua violência, não importa o quão cruel ela seja, não como casual e sem limites, mas dirigida a alvos definidos e escolhida dentre um repertório de punições e formas de destruição tradicionais".[9]

Dar ao público um esclarecimento sobre o ato violento, é papel da mídia. Bem como não prejulgar seus atores, classificando-os e rotulando-os, ou apresentá-los de maneira ridícula, atentando contra a sua dignidade. Incitar à vingan-

crime de crianças *carentes* (sic), em matéria publicada com o título "Psicóloga tenta identificar futuros criminosos", em 13 de outubro de 1996. Não se dá a menor divulgação às pesquisas, já inumeráveis, que mostram as duras condições de vida das classes subalternas, sua adesão patética ao trabalho e à honestidade.

(8) Ver Gans, Herbert – The War Against the Poor, NY, Basic Books, 1995. Todo o argumento do autor caminha no sentido de demonstrar que nos últimos dez anos os Estados Unidos declararam uma guerra contra os pobres (e não contra a pobreza) sobretudo de caráter verbal, criando e fixando rótulos estigmatizantes e desqualificadores. "Rótulos negativos raramente estereotipam apenas os comportamentos: quase sempre transformam-nos e amplificam-nos como falhas de caráter. Como conseqüência, aqueles que recebem benefícios sociais tornam-se personalidades defeituosas ou tipos morais deficientes. É irrelevante que sejam também membros de famílias, fiéis de diversas congregações religiosas ou vizinhos. Na verdade, um dos propósitos dos rótulos é despojar de outras qualidades as pessoas rotuladas". p. 12.

(9) Daviers, N. – Culturas do Povo, R.J., Paz e Terra, 1990, p. 131.

ça, identificar segmentos da população como portadores de maldade pelo simples fato de serem pobres, gira ainda uma vez a roda da violência e não beneficia ninguém. A violência não nasce e prospera porque há homens violentos. Não é necessário um cientista, como Pasteur, para provar que a violência não tem geração espontânea. Seria papel da mídia esclarecer as raízes sociais, culturais, políticas e econômicas que permeiam a violência nas relações sociais. Tudo o que aconteceu após o crime no bar Bodega traz a marca indisfarçável da discriminação, quando se reconhece que há mortos dignos e outros indignos. Quando a guerra de extermínio dos jovens acontece na periferia, não há nomes e nem pressões sobre os órgãos de repressão. Há um silêncio social tácito sobre essa violência. Há violências que não contam, como se fossem ritos necessários à depuração da sociedade. "Mas os ritos de violência não são, em nenhum sentido absoluto, um direito à violência. Eles apenas nos relembram que, se tentarmos ampliar a segurança e a confiança no interior de uma comunidade, se tentarmos garantir que a violência ali gerada tomará formas menos destrutivas e cruéis, então devemos pensar menos a respeito de como pacificar os 'desviantes' e mais em como mudar os valores centrais"[10] da sociedade.

Estes apontamentos não visam diminuir o peso da violência na vida urbana. Em São Paulo ela vem crescendo, associada à facilidade na obtenção de armas de fogo e ao tráfico e consumo de drogas. Mas dependemos, sempre, para avaliar esses problemas, do modo como são tratados pela mídia, do espaço que ela lhes dedica, do tom em que se veiculam as notícias e da seleção que destas é feita. Se há um perigo para a democracia na exacerbação da violência urbana, há, também, um sério perigo embutido no poder inconfesso de meios de comunicação voltados, deliberadamente, para a manipulação e controle das massas.

(10) *Idem*, p. 156.

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

EM BUSCA DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Curso de formação de orientadores jurídico popular

VÍTOR FERREIRA GUIMARÃES

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Experiência de assessoria jurídica no CDHEP/CL – 3. Grupo de estudo jurídico – 4. Curso de formação de orientadores jurídico popular de Campo Limpo/SP: 4.1 Diagnóstico da realidade; 4.2 Justificativa; 4.3 Objetivo geral do curso; 4.4 Desenvolvimento; 4.5 Duração e conteúdo do curso; 4.6 Metodologia; 4.7 Avaliação – 5. Conclusão – 6. Anexos.

"Criar uma nova cultura não significa apenas fazer individualmente descobertas originais, significa também, e sobretudo, difundir criticamente verdades já descobertas, socializá-las, por assim dizer; transformá-las, portanto, em bases de ações vitais, em elemento de coordenação e de ordem intelectual e moral" – GRAMSCI.

1. Introdução

O presente trabalho é fruto de uma experiência de Assessoria jurídica aos Movimentos Populares, prestada pelo Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo.

Sempre foi um problema para as ONG's a questão do direito, o mesmo não é para os profissionais, pois estes acreditam que a assistência jurídica tradicional prestada a população é a maneira mais adequada de assessorar.

Entretanto, o CDHEP/CL, após uma boa reflexão, concluiu que deveria dar uma nova forma de desenvolver o trabalho referente à questão do Direito, e, esta nova maneira de compreender e trabalhar a questão do Direito, está descrita neste trabalho.

Esperamos que o presente trabalho sirva de base de reflexão do direito em busca do exercício da cidadania.

2. Experiência de assessoria jurídica no CDHEP/CL

Dado a problemática sócio-econômica em que vive a população de Campo Limpo/SP, as lideranças do Movimento Popular, como também o Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo são procurados para prestarem orientação nos aspectos jurídicos.

Diante da falta de profissionais especializados no que se refere à questão jurídica, muitas vezes as lideranças são chamadas, mas sentem-se inseguras na prestação destas orientações, às vezes por falta de capacitação nestes assuntos específicos, ficando a população quase sempre sem obter estes serviços.

Ainda, pela distância existente entre os órgãos institucionais que prestam serviços jurídicos e a população, levando a população a não compreender o

funcionamento do Poder Judiciário, como também, não entender as leis, e, ainda não compreender porque o direito (leis) não conduz à justiça.

A partir desta análise, consideramos que é importante criar uma nova maneira de prestar serviços jurídicos aos Movimentos Populares, levando em conta a realidade vivenciada pelo Movimento Popular e a população em geral.

Esta proposta de assessoria jurídica não deve ter um caráter de solução dos problemas emergentes, porém deve centrar seu esforço na formação das lideranças sobre as questões referentes ao direito, a fim de construir uma sociedade onde prevaleça os valores de justiça e cidadania.

Para realização desta atividade de assessoria se faz necessário que todos os agentes: lideranças, assessores, etc., tornem-se atores na construção de um novo pensar jurídico, onde sem dúvida alguma, passaremos de meros objetos a sujeitos da construção da história.

Essa atividade vai exigir um compromisso dos atores envolvidos para conseguir alcançar os objetivos propostos, ou seja, capacitação e formação para o exercício da cidadania.

Por tanto, é importante a organização de Grupos de Estudo Jurídico, formado de lideranças do Movimento Popular, comprometido com uma programação organizada coletivamente com todos os participantes.

O estudo feito em grupo deverá refletir a realidade em que estamos inseridos, fazendo uma análise das vivências e condutas manifestadas pelas pessoas, buscando a compreensão e a valorização destas.

3. Grupo de estudo jurídico

A partir de um seminário realizado em maio de 1993, denominado de "Direito ao alcance de todos", consideramos importante organizar um pequeno grupo de estudo, este grupo foi chamado de "Grupo de Estudo Jurídico", formado de liderança de Movimento Popular e o CDHEP.

Este grupo reunia 20 pessoas, com objetivo de refletir sobre as questões de direito apresentadas no meio da população.

As reuniões de estudo eram realizada uma vez por mês. A partir deste trabalho, deu-se origem ao planejamento estratégico situacional, que encontra-se em desenvolvimento, e, no qual, estabeleceu-se que deveríamos realizar um curso de formação de orientadores jurídico-populares.

4. Curso de formação de orientadores jurídico popular de Campo Limpo/SP

4.1 Diagnóstico da realidade

O Movimento Popular de Campo Limpo/SP se apresenta das mais variadas formas de organizações, como: Moradia (43 movimentos), Mulheres, Negros, Creche, Saúde, Transporte, Favela, SAB's, Educação e Cidadania (combate à fome); todos fazendo parte da Central de Movimento Popular de Campo Limpo/SP, isto demonstra a força e a vontade política em organizar a população nas lutas em busca de melhorias de condições de vida, bem como, contribuir com a construção de uma sociedade mais justa.

O Movimento Popular da região de Campo Limpo/SP, tem-se caracterizado pela sua consciência política e a capacidade reivindicatória de melhoria de condições (creche, moradia, serviço público, etc.) de vida para a população que faz parte dos movimentos.

Além deste crescimento no processo organizativo, o Movimento tem demonstrado a intervenção junto aos poderes constituídos, apresentando várias reivin-

dicações, principalmente no setor habitacional, e, gerenciamento de construção de habitação popular pelo sistema de mutirão.

Em contrapartida, percebemos que o Movimento Popular tem uma profunda carência no que diz respeito a questões legais, pouco conhecimento jurídico, poucos profissionais do direito comprometidos com a causa popular, muita dependência de colaboradores desta área, tornando difícil para o Movimento a realização de negociações junto aos poderes.

O Movimento Popular reclama insistentemente uma Assessoria Jurídica mais sistemática, nos momentos de negociação com os poderes institucionais, bem como, uma formação continuada neste aspecto.

Diante desta realidade, pretendemos desenvolver um curso de formação de Orientadores Jurídico Popular. Pretendemos contar com colaboradores que querem contribuir com a construção de uma nova cultura da Cidadania, baseada nos princípios e valores universais, como: Democracia, Solidariedade, Respeito, Liberdade, etc.

4.2 Justificativa

As lutas desenvolvidas pelo Movimento Popular exigem de suas lideranças capacidade para conduzi-las, visando a conquista dos resultados almejados.

Os aspectos organizativos (reuniões, encontros, assembléias, etc.) exigem vontade política e disponibilidade de tempo.

Observando a participação dessas lideranças nas mais variadas atividades desenvolvidas pelo Movimento Popular, podemos constatar que o nível de consciência das mesmas atende às demandas apresentadas. Porém, somente a vontade política e a disponibilidade de tempo, não produzem os resultados esperados nesta nossa conjuntura, por esta razão, se faz necessário que as lideranças do Movimento Popular invistam seus esforços na capacitação de seus membros, a fim de possibilitar melhores encaminhamentos de soluções dos problemas.

Esta capacitação visa compreender a organização global da sociedade, identificando os novos desafios colocados pela mesma e elaborando alternativas para enfrentá-los.

Desta forma, não ficaremos apenas no plano reivindicatório, participando das manifestações de apoio ou protesto.

Entretanto, esta capacitação nos possibilitará sair da defensiva, permitindo ao Movimento Popular a elaboração de propostas políticas, visando à conquista de hegemonia em toda a sociedade.

Esta atividade de capacitação exigirá das lideranças do Movimento Popular maior clareza da importância de investir na formação, portanto, para que produza os resultados desejáveis, terá de ser sistemática, progressiva e permita ao Movimento Popular construir uma Assessoria técnica (aqui compreendida a Jurídica), visando a solução dos problemas imediatos enfrentadas pelo Movimento Popular.

4.3 Objetivo geral do curso

O presente Curso pretende: – possibilitar às lideranças a identificação dos direitos fundamentais da pessoa humana, – a aquisição de conhecimento básico das normas.

4.4 Desenvolvimento

O presente Curso pretende ser desenvolvido em três etapas: a) Conhecimento Geral do Direito, abrangendo o estudo do Direito Constitucional, Direito Penal, Direito Civil e Direito do Trabalho;

b) Acesso à Justiça, compreendendo Estrutura e Funcionamento do Poder Judiciário (Ordenamento Jurídico), Direito Processual Penal, Direito Processual Civil e Direito Processual do Trabalho; c) Direito Especial, atendendo à demanda dos Movimentos Populares.

Para desenvolvimento do Curso, pretendemos buscar apoio nas Organizações que atuam no ramo do direito a fim de possibilitar melhor aprendizado dos Formandos. Dentre as Organizações, destacamos as seguintes: Associação dos Juízes para Democracia, Associação do Ministério Público Democrático, Associação dos Delegados de Polícias Democráticos, Instituto Paulista de Advocacia Pública; bem como outras que tenham compromisso com a causa popular e queiram participar do processo.

4.5 Duração e conteúdo do curso

O Curso terá a duração de noventa e seis horas aulas, distribuídas nas três Etapas.

4.6 Metodologia

Buscaremos utilizar uma metodologia que permita aos participantes do Curso ter a realidade com os elementos de sua formação, bem como, o uso de aulas expositivas, oficinas, grupo de estudo, entrevistas, seminários e visitas aos órgãos oficiais da justiça e instituições de ensino jurídico.

4.7 Avaliação

A avaliação será feita em cada aula, mediante observação da assiduidade, participação e desempenho de cada participante do curso, bem como acompanhamento nos trabalhos desenvolvidos pelos mesmo junto ao seu movimento.

A partir do estudo realizado até a segunda Etapa, o grupo dos formandos será devido por área de interesse e, conforme a escolha dos participantes será elaborado o programa de estudo.

E, no final do curso, um breve relatório.

CURSO DE FORMAÇÃO DE ORIENTADORES JURÍDICO POPULAR.

PRIMEIRA TURMA

AVALIAÇÃO DA 1.ª ETAPA (16.12.1996)

ANA – Oi Manoel, tudo bem?

MANOEL – Tudo bem. E você?

ANA – Tudo bem, mas com um problema muito grave, e eu gostaria de saber se posso fazer alguma coisa perante a lei?

MANOEL – Olha! Ana, eu estou indo para a comunidade onde tem um pessoal que pode lhe orientar, eles estão fazendo um curso e podem lhe dar orientações jurídicas, vamos lá?

ANA – Vamos sim, quem sabe, eles podem me ajudar.

MANOEL – Então vamos.

MANOEL – Turma, esta é Ana, que está com um problema e precisa de orientação.

1 – Pode falar Ana, se estiver ao nosso alcance lhe ajudaremos.

ANA – Olha, é o seguinte, o meu marido já perdeu tudo no Jogo e agora ele está vendendo as coisas de casa para jogar e eu tenho medo dele querer colocar a própria casa no JOGO. Onde eu e meus filhos vamos morar se isso acontecer?

– Eu gostaria de saber se eu posso fazer alguma coisa perante a Lei?

ANDRÉ – Sim, D. Ana, a senhora tem como evitar que isto continue acontecendo. Olha, para a Lei seu marido pode ser considerado uma pessoa relativamente incapaz, considerado Pródigo. A senhora conseguindo provar isto, pode promover um processo de Interdição dos atos dele. Esta Interdição é parcial. E a senhora deve procurar um advogado para promover a ação.

ANA – Nossa!! este curso que vocês estão fazendo é muito bom, o que mais vocês aprenderam?

2 – Aprendemos que nossos direitos fundamentais estão na Constituição Federal.

3 – Que todas as pessoas são Sujeitos de Direitos e Deveres.

4 – Que a propriedade mesmo sendo privada tem a Função Social.

5 – Que a Lei estabelece que na Família os Direitos de Marido e Mulher são iguais.

6 – Que os bens deixados por uma pessoa por morte passa para os herdeiros.

7 – Que não há crime sem previsão Legal.

8 – Que o Trabalho é protegido pela Lei.

9 – Mas, têm coisas mais importantes que aprendemos.

ANA – O que foi?

GENY – Que: "Todo direito no mundo foi alcançado por meio de luta; seus postulados mais importantes foram conquistados num combate contra aqueles que não acreditavam; assim, todo o direito, seja o de um povo, seja de um indivíduo, só consegue se ambos, indivíduo e povo, se dispõem a lutar por ele."

O fim que visa o direito é a paz e o caminho para atingi-lo é a luta.

10 – O direito não é uma simples idéia, mas uma força viva.

11 – O direito não é somente um trabalho do poder público mas, sim o de toda população.

ANA – Pôxa!! É bom mesmo este curso, será que teria como eu participar também?

TODOS: Acredito que sim, pois haverá uma segunda turma, mas não temos muita certeza, porém você pode dar o seu nome.

Pois só com a participação de todos conquistaremos a nossa Cidadania.

ANA – Está, bem, valeu suas orientações. Muito obrigada. Tchau.

AVALIAÇÃO DO DIA 30.03.1996

CENA I

Apresentação de uma pessoa contado a vantagem de possuir bens materiais, e sua influência na Sociedade.

Conta com o apoio da institucionalidade para realização dos seus sonhos.

Ao lado dele sempre está presente um mordomo e um guarda para dar-lhe a segurança que precisa.

CENA II

Narração:

Percorri por todos os cantos do meu País em busca de um lugar ao solo, percorri por todos os cantos do meu País em busca de minha dignidade, percorri por todos os cantos do meu País em busca de minha segurança e paz.

A cada Passo que eu dava, descobria como é árdua a minha busca, pois por todos os cantos percebia que meus direitos eram lesados:

1 – Não tinha liberdade,

2 – Não tinha trabalho,

3 – Não tinha escola para meus filhos,

4 – Não tinha onde morar,

5 – Era discriminado pela sociedade,

6 – A minha voz não era ouvida,

A fome, a miséria, a dor, a doença, a opressão era o que me restavam. O meu sonho de viver como ser humano, estava chegando ao fim.

QUEM SOU EU?

"Não tinha pressa em chegar, porque não sabiam aonde iam. Expulsos do seu paraíso por espadas de fogo, iam, ao acaso, em descaminhos, no arrastão dos maus fados. Não tinham sexo, nem idade, nem condição humana. Eram retirantes. Nada mais" (José Américo de Almeida, em "A Bagaceira").

Apesar de tanto sofrimento e dor, não me entregava aos desejos da minoria egoísta que domina e oprime o seu semelhante.

Busquei a transformar o meu sonho no nosso sonho, sair do individualismo e partir para o sonho coletivo do

EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Primeiro buscamos identificar os nossos direitos, e descobrimos que:

– Tenho direito à Liberdade:

Art. I: Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. (DUDH)

Art. III: Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. (DUDH)

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei... (CF)

LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (CF)

XVII: é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar. (CF)

– Tenho Direito ao Trabalho:

Art. XXV: Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora do seu controle.

A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas de matrimônio ou fora dele, têm direito a igual proteção social. (DUDH)

– Tenho Direito à Educação:

Art. XXVI: Todo homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. Os pais têm prioridade na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos. (DUDH)

– Tenho o direito à Moradia:

Art. 23. É competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF)

IX: promover programas de construção de moradias e a melhoria das construções habitacionais e de saneamento básico. (CF)

– Mereço respeito:

Art. XVI: Os homens e as mulheres de maior de idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e dissolução. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimentos dos nubentes. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. (DUDH)

Art. 3.º Constitui objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (CF)

– Tenho direito à Expressão:

Art. XVIII: Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião. Este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular. (DUDH).

Art. 5.º Todos são iguais perante a Lei....

IV: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (CF)

– Tenho direito à liberdade:

Art.: ...São fundamentos do Estado Brasileiro:

III: Promover a dignidade da pessoa humana. (CF)

– Tenho direito à solidariedade:

Art. XXIX: Todos têm dever para com a comunidade... (DUDH).

Portanto, vamos nos unir, vamos lutar conjuntamente na construção de uma nova sociedade, de uma nova forma de viver, contamos com apoio e participação de todos vocês.

5. Conclusão

O presente trabalho de assessoria desenvolvido pelo Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo/SP, nos moldes aqui apresentados, principalmente, o Curso de Formação de Orientadores Jurídico Popular, tem levado às seguintes conclusões:

1. O exercício da Cidadania não obteremos pela dádiva do Estado, por meio dos seus governantes, mas será conquistada pela população, através de muita luta;

2. Um dos meios para instrumentar a nossa luta em vista da conquista da Cidadania é a busca de conhecimento da organização do Estado, os mecanismos que o mesmo utiliza para o controle social, descobrindo também a sua função e o seu dever.

3. A partir deste conhecimento, tornarmos capazes de elaborar proposta de organização da sociedade civil, de modo que a população possa influenciar na organização do Estado.

A partir desta análise, concluímos que devemos promover outros cursos de formação de orientadores jurídico popu-

lar, propiciando assim, a preparação das lideranças dos Movimentos Populares e Comunitários a melhor desempenharem as suas atividades.

6. Anexos

BOLETIM DAS CARITAS DE SÃO PAULO

MÊS DE MARÇO/96.

"Quem já se viu envolvido com processos jurídico sabe que se trata de um universo cheio de complicações burocráticas e etapas incompreensíveis para o leigo que não possui formação na área jurídica. As lutas desenvolvidas pelos Movimentos Populares, geralmente liderados por quem não possui domínio no que diz respeito às questões legais, exigem assessoria técnica para que sejam adequadamente encaminhadas, rumo à conquistas das reivindicações.

Visando possibilitar às lideranças identificação dos direitos fundamentais do indivíduo, o conhecimento básico das normas jurídicas e orientar a população na busca de seus direitos, o Movimento Popular de Campo Limpo e o Centro de Direitos Humanos e Educação Popular, da Diocese de Campo Limpo, idealizaram o Curso de Formação de Orientadores Jurídicos Populares.

Viabilizado pela Caritas, através da aquisição de fitas de vídeo e materiais didático-pedagógicos, o curso teve início em outubro de 95 e seu término previsto para o dia 30 de março deste ano, sob a coordenação do assessor jurídico Vitor Ferreira Guimarães.

O curso foi realizado em três etapas: Conhecimento geral do Direito, O acesso à justiça e Direito específico. Entre os temas desenvolvidos na primeira etapa constam: definir e enumerar os tipos de constituições existentes, descrevendo suas finalidades, compreender os ramos do Direito, identificando sua codificação e sua importância para a sociedade; identificando a importância do Direito Penal para vivência social e definir o Direito do trabalho e sua relação com o mundo atual.

Na segunda etapa, o curso propôs: identificar a função do Estado na distribuição da Justiça e sua organização, identificar os requisitos para o ingresso com a ação em Juiz e como defendê-la nas instâncias dos Direitos Civil, Penal e Processual do Trabalho.

A terceira etapa abordou temas mais específicos: Direitos Humanos e os Movimentos Populares, Direito da Criança e do Adolescentes e Direitos da Mulher, Habitação e Ambiental.

O Coordenador afirma que iniciaram o curso 22 pessoas, sendo que 21 permaneceram até o final. Ele fala da importância desse tipo de capacitação para quem está envolvido com as causas populares: "O conhecimento jurídico é restrito aos especializados no assunto. A maioria das pessoas não tem acesso às etapas do desenrolar dos processos jurídicos. Há poucos advogados envolvidos com as causas populares, por isso é imprescindível que lideranças populares orientem comunidades no sentido de lutar por seus direitos. Essa foi a proposta do curso e acredito que foi cumprida"."

Jornal *Fato Expresso*, da Cidade de Embu das Artes – São Paulo, em 30.09.1995:

"POPULAÇÃO RECEBERÁ INSTRUÇÕES SOBRE DIREITO

Com início no próximo sábado, dia 7 de outubro, o Centro de Defesa dos Direitos Humanos de Capão Redondo-SP, realizará um curso intensivo para capacitação jurídica de agentes populares.

O curso está sendo coordenado pelo assessor jurídico Dr. Vítor Ferreira Gui-

marães e será dividido em 3 etapas. A primeira delas será para aquisição de "Conhecimento Geral do Direito", depois haverá orientação sobre o "Acesso à Justiça", e finalmente a discussão abordará o "Direito Específico", com temas Trabalhista, da Habitação, da Criança e do Adolescente, das Mulheres...

O objetivo geral é possibilitar às lideranças a identificação dos direitos fundamentais da pessoa humana, a aquisição de conhecimento básico das normas jurídicas e melhorar a orientação da população na busca de seus direitos.

O Centro de Defesa dos Direitos Humanos de Capão Redondo, fica na rua Dr. Luiz da Fonseca Galvão, 180 – Capão Redondo, próximo a Santo Amaro na Capital, local do Curso.

COLABORADORES: a) Dr. Rossini, Dr. Ângelo e Dr. Julião: Promotores de Justiça do Foro Regional de Santo Amaro/SP. b) Dr. Urbano Ruiz: Juiz de Direito da Alçada Cível de São Paulo e Secretário Executivo da Associação dos Juízes para Democracia. c) Dr. Bismael Batista de Moraes e Dr. Maximino Fernandes Filho: Delegados de Polícia, Presidente e Vice-Presidente da Associação dos Delegados de Polícia de São Paulo."

9. ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

TEXTOS ANTIGOS; CRISE PERMANENTE

RENÉ ARIEL DOTTI

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1 A antigüidade como noção de permanência; 1.2 O conceito de antigo como núcleo da noção de progresso; 1.3 O antigo e o moderno da crise carcerária; 1.4 O objetivo do presente trabalho – 2. Um novo grito de independência: 2.1 As liberdades, os direitos e as garantias da Carta do Império; 2.2 A influência dos textos europeus; 2.3 O descompasso entre a ficção e a realidade; 2.4 A superlotação carcerária – 3. As esperanças da Primeira República: 3.1 O novo código e as "bases do sistema penitenciário"; 3.2 O ceticismo de Costa e Silva – 4. O problema na Segunda República: 4.1 A codificação do Direito de Execução Penal; 4.2 A federalização da execução penal; 4.3 As distorções do sistema – 5. O panorama nos anos 50 : 5.1 O regime das *prisões abertas*; 5.2 O Anteprojeto Stevenson; 5.3 As resistências contra a federalização – 6. As perspectivas dos anos 60 : 6.1 Os novos anteprojetos; 6.2 Os reflexos da ditadura militar; 6.3 A superpopulação carcerária; 6.4 Uma nova esperança; 6.5 O açodamento na publicação do novo Código – 7. A década posterior: 7.1 Os debates em torno do novo Código; 7.2 Um anteprojeto específico para a execução da pena de prisão; 7.3 A *Moção de Goiânia*; 7.4 A Lei n. 6.016/73; 7.5 A reformulação do DEPEN; 7.6 A Negligência dos governos estaduais; 7.7 O reconhecimento oficial da crise; 7.8 A criação do Conselho Nacional da Política Penitenciária; 7.9 O V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins; 7.10 A CPI do sistema penitenciário; 7.11 O grave inconveniente da Lei 6.416/77 – 8. A situação da crise nos anos 80 : 8.1 As *regras mínimas* do CNPP; 8.2 A profissão de esperança; 8.3 Um pequeno inventário de textos sobre a crise – 9. O espólio dos dias presentes: 9.1 A omissão das unidades federativas; 9.2 O sistema penitenciário tem futuro?

1. Introdução

1.1 A antigüidade como noção de permanência

Existem fatos humanos e sociais que não perdem atualidade mesmo quando o seu nascimento está ligado às marcas de um passado longínquo. Nesse sentido são inúmeros os exemplos fornecidos através das artes, das letras e das ciências. O Renascimento, como movimento literário, artístico e filosófico do fim do século XIV até o termo do século XVI, e que se difundiu da Itália para os demais países europeus, significou uma renovação moral, intelectual e política fundada nos valores da civilização greco-romana. Foi, portanto, um *retorno* a determinados modelos caracterizados pelo Humanismo, pela renovação religiosa, pela restauração de concepções políticas e pelo Naturalismo.

Dentro de tal perspectiva, pode-se dizer que há determinados objetos e certas formas de expressão que mantêm uma natureza e um sentido de modernidade, compreendido o vocábulo como indicativo do *aqui e agora*.

1.2 O conceito de antigo como núcleo da noção de progresso

Antigüidade é uma palavra que se origina de *antiquitas* e significa "o tempo decorrido, o tempo que passou", assinalando os fatos nele ocorrentes.[1] Longe de se confundir com os vocábulos *antiquado* ou *obsoleto*, a palavra *antigüidade* tem sido empregada como referência intermediária de períodos históricos e de figuras humanas de maneira a justificar a disputa que nasceu na Itália do século XVII, entre os pensadores antigos e os modernos. Segundo Nicola Abbagnano[2], a noção de progresso se origina precisamente dessa polêmica e em particular do *Diálogo dos Mortos* (1683), do acadêmico e literato francês, Bernardo de Fontenelle (1657-1757). O conceito, elaborado naquelas discussões, fora já expresso pelo filósofo italiano Giordano Bruno (1550-1560), acentuando que "nós somos mais velhos e temos uma idade mais longa que a dos nossos predecessores", porque através do tempo o juízo amadurece.[3]

1.3 O antigo e o moderno da crise carcerária

O presente texto pretende refletir sobre um velho problema penal e penitenciário e com acentuado cariz criminológico. Trata-se da crise carcerária determinada, basicamente, pela carência de estruturas humanas e materiais e que vem provocando nos últimos anos um novo tipo de vitimidade de massa. O presidiário é, as mais das vezes, um ser errante, oriundo dos descaminhos da vida pregressa e um usuário da massa falida do sistema. Ele parece o protagonista central de *O estrangeiro* que o gênio de Albert Camus concebeu para ilustrar a existência do absurdo e que reclama a intervenção de um advogado que, partindo de uma linguagem específica e de códigos cifrados, compõe a engrenagem irreal e asfixiante. As instituições e os serviços penitenciários estão geralmente imersos na *paranóia crítica*, metáfora utilizada por Salvador Dali para aplicar à criação artística e literária os mesmos princípios de rigorosa coerência que os paranóicos revelam em seus delírios. A rebelião das massas carcerárias, como fenômeno de contagiante insegurança urbana e manchetes internacionais, está se transformando em rotina desesperante e compõe uma intolerável *sucessão de presentes*, para usar da imagem sartreana. Já foi dito com inegável lucidez que as prisões de feição clássica constituem "erros monumentais talhados em pedra".[4]

As rebeliões carcerárias desde há muito tempo deixaram de ser um problema localizado, no interior dos muros, para assumirem proporção de terror comunitário quando se multiplicam as vítimas dos seqüestros impostos como condição para se efetivar garantias constitucionais e legais. Há uma nova legião de reféns nesses conflitos fabricados pela anomia e pela desesperança. Além dos guardas de presídios – os clássicos parceiros dessas *rotas de fuga* – a vitimidade de massa envolve outros atores: os dirigentes e técnicos dos estabelecimentos penais e os familiares dos presos. Até mesmo crianças, levadas pelas mãos calejadas das mulheres para a visita semanal, fazem parte dessa cadeia de no-

(1) De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 67.

(2) *Dicionário de Filosofia*, trad. de Alfredo Bosi, Editora Mestre Jou: São Paulo, 1970, p. 59.

(3) Em Nicola Abbagnano, ob. e loc. cits.

(4) Eberhard Schmidt, cit. por P. Aebersold, em "Le Projet Alternatif allemand d'une loi sur l'execution des peines", trad. de D. Chast, em *Revue Internationale de Droit Penal*, n. 3, de 1975, p. 286.

vos flagelados da violência institucional e privada.

Houve um tempo em que os nossos costumes penais e penitenciários se ressentiam de uma sistematização positiva dos direitos fundamentais da pessoa presa. Vivíamos ainda sob a influência dispersiva das chamadas *normas gerais* do regime penitenciário, estabelecidas pela Lei n. 3.274, de 2 de outubro de 1957 e que, por sua vez, repassava em nível interno as famosas *regras mínimas* da ONU, de 1955. Nos anos 50 e início dos 60 predominava a *superstição* de que a Carta Política de 1946 vedava a elaboração de um diploma federal para regular os problemas da execução penal. Os apóstolos de uma interpretação literal da Constituição sustentavam que a União somente poderia ditar *normas gerais* sobre o regime penitenciário. Aquele equivocado credo foi desmistificado por dois documentos muito relevantes: os anteprojetos de Código de Execuções Penais de 1963 e 1970. O primeiro, elaborado por Roberto Lyra e o segundo por uma comissão da qual participaram José Salgado Filho, José Frederico Marques, José Carlos Moreira Alves e Benjamin de Moraes Filho. Também na quadra dos anos 70 surgiu a Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, que trouxe importantes alterações no campo da execução das penas privativas de liberdade, inclusive instituindo os regimes de progressão, as autorizações de saída e outros benefícios.

Essa perspectiva do direito positivo se ampliou com a edição da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, que pela primeira vez em nosso País instituiu um diploma específico e abrangente para regular os problemas da execução penal com a natureza e as características de uma codificação. E a Constituição de 1988 dedicou várias disposições referentes à proteção dos direitos da pessoa presa. Não há, portanto, lacuna legislativa no panorama dos direitos humanos do presidiário. Existe, entanto, uma persistente e intolerável *resistência branca* de entes e órgãos públicos que são indiferentes quando não hostis à causa dessa categoria jurídica. O contraponto à letargia e à omissão surge através de ações individuais ou de grupos que além de difundir o regime jurídico do preso desenvolvem atividades visando à sua implementação. Muitos deles atuam no próprio sistema penal e penitenciário, exercendo os mais variados papéis, como os profissionais do Direito Criminal e do Direito de Execução Penal, enquanto outros integram equipes de assistência moral, social ou religiosa.

1.4 O objetivo do presente trabalho

O nosso País vive intensamente a contradição entre as regras do sistema positivo e o seu descumprimento crônico. A primeira Constituição (1824), promulgada pelo Imperador Dom Pedro I, já declarava que as "cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réos, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes" (art. 179, XXI).

Na verdade, as sucessivas crises penitenciárias não resultam da ausência de leis mas, sim, da *desobediência secular* do poder público e seus agentes em torná-las efetivas. Esta é a síntese que justifica o tema e o título do presente artigo. Existem antigos princípios, antigas regras cuja atualidade é marcante. São antigas esperanças modeladas em textos normativos que ainda conservam absoluta identidade com as esperanças do presente, porém com uma grande diferença: a extensão do conflito que nos dias correntes assume proporção de pânico nos *campos minados* dos presídios.

O presente trabalho propõe uma nova leitura de textos antigos e recentes para basear reflexões e atitudes dos estudio-

sos e operadores do sistema penitenciário.

2. Um novo grito de independência

2.1 As liberdades, os direitos e as garantias da Carta do Império

A Constituição do Império brasileiro, jurada a 25 de março de 1824, ao consagrar formalmente a inviolabilidade dos direitos civis e políticos, declarava as garantias da liberdade e da segurança individual que, sob a perspectiva do direito penal, recomendava a elaboração "quanto antes" de um Código Criminal "fundado nas sólidas bases de Justiça e eqüidade" (art. 179, XVIII). Era um *novo grito de independência* que reagia contra o vórtice das violências e dos tormentos impostos pelas Ordenações Filipinas. Aquela Carta Política decretou ("desde já") a abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis. Afirmou também o princípio da personalidade da pena, proibiu o confisco e a declaração de infâmia aos parentes do réu (art. 179, XIX e XX).

A igualdade de todos perante a lei viria excluir o tratamento privilegiado que se dispensava a determinadas pessoas pela sua condição social (fidalgo, desembargador) ou a perseguição movida contra alguns tipos peculiares de autor (hereges e apóstatas, blasfemos, feiticeiros, benzedores de cães e outros bichos sem autorização do rei) assim como os considerava o Livro V das *Ordenações*. Contra a execução brutal das penas corporais (morte atroz, morte cruel, mutilações) se levantava um sentimento de humanidade que iluminava o período histórico do pré-liberalismo.

A tentativa de reforma das *Ordenações* e o projeto de Código Criminal de Melo Freire delimitavam claramente as duas etapas de elaboração e aplicação das normas penais na medida em que tais acontecimentos traduziam a influência de postulados do Iluminismo. Os *axiomas criminais* de Melo Freire[5] constituíam a síntese de princípios acolhidos nos trabalhos de reforma do Direito Penal do último quartel do século XVIII, influenciados fortemente pela doutrina do direito natural e pela teoria do contrato social.

2.2 A influência dos textos europeus

Ao proclamar que o Governo existe para garantir ao ser humano o gozo de seus direitos naturais e imprescritíveis e que a lei não pode ordenar senão o que for justo e útil à sociedade, a Constituição francesa de 1793 admitia expressamente que "o esquecimento do desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo".[6]

(5) A propósito da síntese do Projeto de Código Criminal de Melo Freire e suas origens ideológicas, ver Augusto Thompson, *Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976. Sobre as influências que a revolução liberal portuguesa de 1820 iria exercer junto às cortes constituintes da época e a repercussão da obra de Jeremias Bentham – que em 1821 ofertou àquele "congresso de sábios" os projetos de Código Civil, Penal e Constitucional – é importante a consulta ao clássico *Theoria do Direito Penal – Applicada ao Codigo Penal Portuguez* (em comparação com o Código Criminal do Império brasileiro e outros textos legais antigos e modernos) de autoria de Francisco Antonio Fernandes da Silva Ferrão, Lisboa: Typografia Universal, 1856, vol. I, p. LIII e s.

(6) Cf. as introduções à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26.7.1789) e da Carta Política de 1793 (Jorge Miranda, *Textos constitucionais estrangeiros*: Suplemento da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 1974, p. 67 e segs.).

O art. 15 daquele diploma dispunha que a lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias: as penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade".

O processo de liberalização do direito criminal que se instaurou em países europeus ocidentais sob os influxos da Ilustração e das obras dos enciclopedistas, penetrou no Brasil com o advento da Independência. A Constituição imperial estabelecia limites à execução das penas para evitar o arbítrio e a desumanidade que implantavam o terror e a insegurança.

2.3 O descompasso entre a ficção e a realidade

Não obstante a Independência, as *Ordenações Filipinas* ainda se aplicaram em nosso País até a promulgação do Código Criminal do Império, em 16 de dezembro de 1830. Como conseqüência, o texto de garantia sobre a natureza e a situação das cadeias não chegou a vingar.

Conforme autorizada denúncia de Evaristo de Moraes, nas três épocas sucessivas do Brasil-Colônia, Brasil-Reino Unido e Brasil-Império incipiente, não obedeceram as prisões a qualquer princípio de ordem, de higiene e de moralização.[7] Nos primeiros anos do século XIX – prossegue a crítica do imortal criminalista – confundiam-se nas prisões brasileiras paisanos e militares, indivíduos processados e condenados por crimes comuns ao lado de acusados por qualquer motivo político e presos sem nenhum ilícito declarado. Inexistindo compromisso com o objetivo de recuperação social do infrator, a privação da liberdade era executada "ao bel-prazer do carcereiro".[8]

Em 1.º de agosto de 1850 foi inaugurada a primeira Casa de Correção do Império, cuja idéia nascera no seio da Sociedade Defensora da Liberdade e Independência Nacional (1831) e com "desenhos e reflexões" produzidos em 1826 pela Sociedade Inglesa para o Melhoramento das Prisões, visando instituir o sistema panóptico com a divisão em raios convergentes para um ponto central de onde o respectivo diretor e os demais funcionários pudessem observar todo o interior do estabelecimento. Porém, quando em 1840 ficou pronto o primeiro andar do primeiro *raio* da penitenciária, logo se constatou a impossibilidade da fiscalização total conforme o sistema de Bentham, "porque os corredores tinham sido *fechados em abóbadas*, interceptando completamente a visão..."[9]

Após a inauguração, o Regulamento da Casa de Correção dispunha que o edifício era destinado à execução da pena de prisão com trabalho dentro do respectivo recinto, sendo os condenados classificados em duas categorias: correcionais e criminais.

Menos de um ano depois de ativado aquele estabelecimento, Eusébio de Queiroz, o Ministro da Justiça, mostrava-se indeciso acerca da adoção de qualquer dos dois sistemas penitenciários que, segundo Ortolan,[10] advieram de práticas flamengas e inglesas: o sistema de Auburn (1820) e o de Filadélfia (1829).

2.4 A superlotação carcerária

Os problemas resultantes da promiscuidade carcerária iriam se manter ao

(7) "Prisões e Instituições Penitenciárias no Brasil", Rio de Janeiro: Livraria Editora Conselheiro Candido de Oliveira S.A., 1923, p. 5.

(8) *Op. cit.*, p. 6.

(9) Evaristo de Moraes, *op. cit.*, p. 12 e 13.

(10) *Elements de Droit Pénal*, Paris: Librairie de Plon Frères, 1855, p. 669 e 670.

longo do Império, não obstante a criação de unidades prisionais em São Paulo, com a Casa de Correção posta a funcionar em 1852, na Bahia e em Sergipe. Em 1876, uma grande estatística mortuária relativa aos confinados na Casa de Correção de São Paulo oferecia material para discussão sobre a insuficiência e a insalubridade. O Deputado Pádua Fleury, integrante de uma comissão de inspeção, registrava no relatório a grave denúncia: "Poderá a sociedade, a título do exercício do direito de punir, sujeitar os condemnados a esse depauperamento de forças produzido pela habitação, à noite, em cavidades humidas e frias, cuja capacidade cubica de ar pouco o excede de oito metros? Poderá a administração pública substituir assim a pena de prisão pela de morte gradual, que resulta do definhamento, ou envenenamento lento do condemnado? A commissão julga de seu dever representar aos poderes competentes para, ao menos, não incorrer com o seu silencio na grave responsabilidade de apoiar a conservação de um edifício que é inferior ás cadeias bem arejadas e limpas".[11]

A referida comissão também constatou que junto à Casa de Correção havia outras prisões, nas quais se misturavam condenados a galés, prisão simples e até mesmo os presos provisórios. O Código Criminal do Império previa as seguintes modalidades de pena privativa de liberdade: galés, prisão com trabalho e prisão simples (arts. 44, 46 e 47).

Apesar do reconhecimento generalizado da eficácia do sistema progressivo ou irlandês, não chegou ele a ser realmente executado ao tempo do Império.

(11) Transcrito por Evaristo de Moraes, *op. cit.*, p. 27.

3. As esperanças da Primeira República

3.1 O novo Código e as "bases do sistema penitenciário"

Na República velha foi abolida a pena de galés e estabelecidas a *reclusão*, a *prisão com trabalho obrigatório* e a *prisão disciplinar*, conforme o art. 43 do Código publicado em 15 de outubro de 1890. A Consolidação das Leis Penais (1932) introduziu a *prisão correcional*, destinada aos mendigos fisicamente aptos, aos vagabundos ou vadios, capoeiras e desordeiros (art. 46).

O Ministro da Justiça do Governo Provisório, explicando no seu relatório de 1891 a orientação adotada pelo Código, dizia que o diploma lançara as bases do sistema penitenciário que ao Governo pareceu mais conveniente adotar, referindo-se expressamente a uma conjugação entre os sistemas de Auburn e o de Filadélfia e modificado pelo método irlandês. Acentuava que a base do sistema era a prisão celular, aplicada à generalidade dos crimes.

Mas o próprio Código da Primeira República admitia as vicissitudes daquele projeto ao declarar através do art. 409: "Emquanto não entrar em execução o systema penitenciário, a pena de prisão cellular será cumprida como a de prisão com trabalho, nos estabelecimentos penitenciários existentes segundo o regimen actual; e nos logares em que os não houver, será convertida em prisão simples com augmento da sexta parte do tempo".

3.2 O ceticismo de Costa e Silva

Em obra editada no ano de 1938, o imortal mestre Antonio José da Costa e Silva anotou o pessimismo reinante sobre o assunto, admitindo que "na gene-

ralidade dos casos" o sistema celular não funcionou por serem muito poucas as prisões dotadas de células. Por outro lado também não havia trabalho organizado nos estabelecimentos penais. E arrematava dizendo que só em 1911 se inaugurou a penitenciária de São Paulo "o melhor dos estabelecimentos desse genero que o Brasil possue – onde o systema penal do Código poude ser, mais ou menos observado. Nunca foi possivel avaliar, praticamente, o merecimento desse systema".[12]

4. O problema na Segunda República

4.1 A codificação do Direito de Execução Penal

Ao tempo da Segunda República (1930-1937) surgiu a primeira tentativa para se codificar um direito próprio à execução penal, através dos esforços da Comissão constituída por Cândido Mendes de Almeida, José Gabriel de Lemos Brito e Heitor Carrilho. Em 26 de maio de 1933 foi apresentado ao Governo o anteprojeto do Código Penitenciário da República, contendo 854 artigos.[13] Dois anos mais tarde o projeto foi encaminhado à Câmara dos Deputados por iniciativa da bancada da Paraíba, mas os rigores do Estado Novo (1937-1945) impediram a discussão da matéria, uma vez que o Congresso Nacional foi posto em recesso (10.11.1937).

Um dos primeiros dispositivos daquele anteprojeto dispunha que a execução das penas privativas de liberdade deveria estimular a regeneração dos condenados, levando-se em consideração as suas condições pessoais (art. 9.º).

No regime penitenciário proposto eram previstos minuciosamente princípios e regras tendentes a viabilizar o caráter progressivo da execução, não somente quanto à instituição das chamadas *seções industriais* ou *agrícolas* (o que não ocorrera com o sistema imperial) mas também com outras matérias como a organização geral dos serviços internos, a instrução e a educação, a seção disciplinar, etc. (arts. 414 e segs.).

Sustentava-se que nos estabelecimentos penais brasileiros, fossem federais ou estaduais, dever-se-ia observar um regime disciplinar educativo. Os regulamentos respectivos seriam afeiçoados às condições locais e à natureza de cada estabelecimento, respeitando-se, porém, os princípios e as regras textualmente declaradas no Código (art. 414).

4.2 A federalização da execução penal

A federalização das normas do regime penitenciário já havia sido consagrada pela Constituição de 16 de julho de 1934 (art. 5.º, XIX, letra *c*), o que não sucedera com a Carta Política da Primeira República, que não incluía na competência privativa do Congresso Nacional legislar sobre *Direito Penitenciário*,[14] mas sobre Direito Civil, Comercial e Criminal da República e o processual da justiça federal (art. 34, inc. 23).

O sistema do Código Penal de 1940, contrariando a tendência da época no sentido de unificar os tipos de pena

(12) *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938, vol. II, p. 80.

(13) A Universidade Federal do Rio de Janeiro editou os anteprojetos de 1933, 1957, 1963 e 1970 sob o título "Projeto e Anteprojetos de Código Penitenciário", 1978.

(14) Já manifestei a preferência pela expressão *Direito de Execução Penal* em lugar de *Direito Penitenciário* ou *Direito Penal Executivo*, conforme a fundamentação exposta em *Bases e alternativas para o sistema de pena*, Curitiba: Editora Lítero Técnica Ltda., 1980, p. 400 e s.

privativa de liberdade, previu as hipóteses de *reclusão* e *detenção* e estabeleceu regimes diferenciados para a execução: *a)* o recluso ficaria sujeito também ao isolamento durante o dia se as suas condições pessoais o permitissem; *b)* o recluso não poderia escolher o trabalho; *c)* o detento não estaria sujeito ao isolamento diurno podendo escolher o trabalho desde que tivesse caráter educativo e na conformidade de suas aptidões e ocupações anteriores; *d)* o *sursis* não era concedido ao condenado à pena de reclusão, salvo se maior de 70 e menor de 21 anos (arts. 30, 31 e 57). Porém as vicissitudes históricas dos estabelecimentos e serviços penitenciários viriam frustrar as esperanças de individualização. A privação da liberdade se transformaria num espetáculo de massificação brutal, em holocausto aos direitos da personalidade que – além da liberdade – eram também sacrificados pelo excesso ou desvio da sentença.

Relativamente à Lei das Contravenções Penais (Dec.-lei n. 3.688, de 3.10.1941) cominou-se a *prisão simples* que deveria ser cumprida sem rigor penitenciário (arts. 5.º e 6.º).

4.3 As distorções do sistema

Mas tanto o Código Penal como a Lei das Contravenções Penais admitiam expressa e antecipadamente a inviabilidade da execução efetiva dos princípios e das regras atinentes ao regime progressivo, às garantias de individualização e às exigências de humanidade, legalidade e justiça, quando permitia que a falta de penitenciária fosse *suprida* pela seção especial de prisão comum (CP art. 29) e ao tolerar que a *prisão simples* fosse executada em "seção especial" de prisão comum, na falta de estabelecimento especial (Lei de Contravenções Penais, art. 6.º).

Na prática carcerária tanto a reclusão, como a detenção e a chamada prisão simples se converteriam, ao longo do tempo de sua imposição, numa só e única forma de pena segregadora e sem qualquer entonação visando reintegrar positivamente o condenado no seio da comunidade.

5. O panorama nos anos 50

5.1 O regime das prisões abertas

Nos anos 50 o nosso País assistiria a amplos debates em torno da crise nacional do sistema penitenciário. Abriam-se as perspectivas para a adoção do regime das *prisões abertas.* Nas discussões travadas no Seminário Latino-Americano sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (Rio de Janeiro, 1953) o penitenciarista Victório Caneppa, em discurso, considerou a Penitenciária de Itamaracá, em Pernambuco, como um "apreciável trabalho de ensaio sobre prisões abertas." Outras unidades prisionais ou seções do complexo penitenciário foram também reconhecidas como estabelecimentos caracteristicamente abertos (Penitenciária de Neves, em Minas Gerais; as colônias ou penitenciárias agrícolas de Taubaté, em São Paulo; Daltro Filho, no Rio Grande do Sul e um estabelecimento em União de Palmares, Alagoas). Em 18 de outubro de 1954, o *Diário da Noite,* do Rio de Janeiro, dedicou matéria sob o título "Prisões abertas para criminosos primários". E reportando-se aos debates havidos numa das sessões da semana comemorativa ao segundo decênio do Código Penal (Rio de Janeiro, 1954), noticiou que a tese foi aprovada com entusiasmo e augurou que "as prisões abertas, num futuro próximo, serão um fato no Brasil".[15]

(15) Em Teodolindo Castiglione, *Estabelecimentos penais abertos e outros trabalhos*, São Paulo: Saraiva, 1959, p. 43 e s. e nota de rodapé n. 106, p. 46.

A autonomia institucional das *prisões abertas* passou a ser reconhecida após os congressos de Haia (1950) e Genebra (1955). As vantagens de tais estabelecimentos[16] foram enaltecidas pela doutrina com entusiasmo.[17]

As conexões entre a crise do sistema penitenciário – de feição clássica e massificadora – e a perspectiva da instituição dos estabelecimentos abertos foram amplamente exploradas em textos, documentos e os mais variados eventos.[18]

5.2 O Anteprojeto Stevenson

Em 28 de abril de 1957, Oscar Stevenson apresenta ao Ministro da Justiça o seu anteprojeto de Código Penitenciário, distribuído em 315 artigos pelos seus 12 títulos, contendo uma parte geral e uma parte especial.

Em 2 de outubro daquele mesmo ano foi sancionada a Lei. n. 3.274, contendo 40 artigos que dispunham sobre princípios e regras indispensáveis à fiel execução das penas e das medidas de segurança detentiva. Mas, ao declarar as *normas gerais* do regime penitenciário, limitou-se a uma exposição programática, sem prover os seus preceitos de adequadas sanções para o descumprimento.

Conforme nos diz José de Oliveira Ascensão, em toda a regra jurídica se prevê um acontecimento ou estado de coisas e se estatuem conseqüências jurídicas para o caso de a previsão se verificar historicamente.[19] Distingue-se a *previsão (facti specie),* no sentido de figura ou modelo de um fato, e a *estatuição,* que é o efeito jurídico.

Na ausência de qualquer sanção pelo descumprimento administrativo das *normas gerais* do regime penitenciário, caíram elas em flagrante descrédito como expressão de eficácia do direito positivo. Em síntese: passaram a valer como meras *recomendações* para orientar os regimes penitenciários locais que sempre estiveram na dependência dos bons ou maus governos.

Os assuntos mais relevantes no campo da execução das penas privativas de liberdade e das medidas de segurança detentiva foram amplamente tratados na VI Reunião Penitenciária Brasileira (São Paulo, 9 a 16.12.1957), com destaque para a crise do sistema, os estabelecimentos abertos e o anteprojeto do Código Penitenciário.[20]

5.3 As resistências contra a federalização

A resistência equivocada de alguns penalistas constituiu poderosos obstácu-

(16) Muito embora a expressão *prisões abertas* tenha conquistado fácil trânsito na doutrina e até mesmo em documentos legislativos, escritores como Teodolindo Castiglione preferiam a denominação *estabelecimento aberto.* Este autor, aliás, se opôs ao uso da designação *prisão aberta* introduzida pelo anteprojeto Oscar Stevenson (1957, arts. 196, IV e 198) (cf. ob. cit., p. 32). Atualmente a polêmica terminológica perdeu substância. Penalistas de grande renome e com experiência no campo penitenciário, como Manoel Pedro Pimentel, utilizam a expressão *prisões abertas,* como se pode ver pelo seu ensaio *Prisões Fechadas – Prisões Abertas,* São Paulo: Cortez e Moraes Editores, 1978. E no plano internacional, pode-se referir Elias Neuman, com sua alentada monografia *Prisión Abierta,* Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1962.

(17) Por todos, Neuman, ob. cit.

(18) Teodolindo Castiglione, *op. cit.*, p. 47 *et seq.*

(19) *O Direito – Introdução e Teoria Geral,* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 182 e 183.

(20) *Anais da VI Reunião Penitenciária Brasileira.* São Paulo (1.° vol., 1961 e 2.° vol, 1962).

los às tentativas para se instituir um diploma federal que regulasse a teoria e a prática da execução penal. No curso dos anos 50 aquela oposição se fundava na interpretação restrita do art. 5.º, XV, letra b, da Constituição, segundo a qual a União poderia legislar somente a respeito das *normas gerais* de regime penitenciário. Aquela orientação[21] teve muitos adeptos e foi a responsável pelas nefastas conseqüências de se manter o critério das (poucas) leis locais e alguns regulamentos para disciplinar o cumprimento das penas e das medidas de segurança.

Pode-se afirmar, sem exagero, que a falta de um diploma federal para tratar dos inúmeros problemas da execução penal – desde a Primeira República – contribuiu para a situação caótica enfrentada pelos sistemas estaduais dos dias correntes. E a explicação é simples: o reconhecimento e a declaração dos direitos e das garantias da pessoa presa somente foram sistematizados com o advento de uma legislação específica que instituiu o regime progressivo, as autorizações de saída, a remição, além de outros institutos que passaram a integrar o repertório jurídico do condenado, do internado e do preso provisório.

6. As perspectivas dos anos 60

6.1 Os novos anteprojetos

Dois documentos de grande importância histórica vieram a lume em meados da década de 60. O anteprojeto de Código Penal, elaborado por Nélson Hungria, e o anteprojeto do Código das Execuções Penais, redigido por Roberto Lyra.

O primeiro, embora mantivesse a dicotomia entre reclusão e detenção – aquela espécie sob regime mais rigoroso que esta – determinava que a pena de prisão deveria ser executada de modo a exercer sobre o condenado uma individualizada ação educacional, no sentido de sua gradativa recuperação social (art. 35). Como muitos outros dispositivos do *disegno di legge*, aquela regra era conceitualista e francamente adesiva à teoria da emenda. Em sua justificativa, o autor do anteprojeto redigiu a seguinte nota, após referir-se à legislação estrangeira e nacional: "Assim definida a função finalística da pena privativa de liberdade, identifica-se esta com a medida de segurança detentiva. A manutenção desta, como sanção distinta daquela, só se justifica num caso: quando o condenado necessita de especial tratamento *curativo*".[22] Eram previstos os tipos de estabelecimentos penais sob as modalidades industrial, agrícola ou misto (art. 36), bem como se introduzia o regime aberto, de semiliberdade e confiança, se o condenado fosse primário e de nenhuma ou escassa periculosidade e a duração da pena imposta não excedesse 5 anos. O estabelecimento penal aberto deveria ser instalado, de preferência, nas cercanias do centro urbano, com espaço para o trabalho rural e de oficinas para o trabalho industrial ou artesanato (art. 37 e § 2.º).

Algumas normas relativas ao trabalho (obrigação, individualização e finalidade) e à separação dos condenados (menores de 21 anos em relação aos adultos) demonstravam a necessidade em se impor, através de lei federal, o sistema, os princípios e as regras fundamentais à

(21) Um dos maiores opositores a um diploma federal de execução foi César Salgado. Ver, "O Anteprojeto de Código Penitenciário", em *Revista Interamericana do Ministério Público*, São Paulo, 1958, p. 523 *et seq.*

(22) O anteprojeto foi publicado na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, edição da Universidade do Estado da Guanabara, n. 1, abr.-jun. 1963 (Parte Geral), p. 169 e s. e n. 2, jul.-set. 1963, p. 185 e s. (Parte Especial).

execução. E o art. 41 declarava que caberia aos códigos de Processo Penal e das Execuções Penais "a pormenorizada regulamentação dos estabelecimentos penais".

Os anteprojetos constituíram-se em monumentos jurídicos de grande repercussão e para os quais os seus eminentes autores transmitiram a notável experiência como profissionais do Direito, juristas, mestres e homens públicos de valor transcendental ao seu tempo e à sua história pessoal.

Relativamente às execuções penais o anteprojeto mereceu uma profunda e humana justificação para introduzir o seu prestigiado texto distribuído por 250 artigos.[23]

6.2 Os reflexos da ditadura militar

O movimento militar deflagrado em 1.º de abril de 1964 retardou a discussão do anteprojeto do Código Penal, comprometendo seriamente a liberdade de discussão científica e frustrando o idealismo dos membros das sucessivas comissões revisoras.[24]

O mestre Roberto Lyra afastou-se da primitiva comissão revisora do anteprojeto de Código Penal, por ele presidida,[25] convencido "de que uma obra de tanta magnitude científica e de tanta delicadeza não deve sobrecarregar e desviar nesta hora um Parlamento ressentido e emprazado". E, prosseguindo na sua carta dirigida ao Ministro da Justiça, Milton Campos, em 17 de junho de 1964, o grande humanista foi melancólico e incisivo: "Em relação ao meu anteprojeto de Código de Execuções Penais, que é uma tentativa de criação e avanço, dirijo a Vossa Excelência emocionado apelo no sentido de deixar sua revisão e encaminhamento para oportunidade mais propícia à reflexão".[26]

E tal oportunidade, lamentavelmente, nunca mais iria voltar.

6.3 A superpopulação carcerária

Os problemas da superpopulacão carcerária se agravaram nos anos 60, provocando a corajosa reação do Poder Judiciário de São Paulo que instituiu a prisão-albergue como fórmula pioneira de alternativa, através dos Provimentos ns. XVI/65 e XXV/66, baixados pelo Conselho Superior da Magistratura em 7 de outubro de 1965 e 14 de novembro de 1966. O principal argumento oposto à revolucionária medida foi a sua possível inconstitucionalidade, posto que somente a União teria competência para legislar sobre normas de regime penitenciário. Mas o obstáculo foi removido pela força dos fatos e por uma exegese mais generosa e finalística. A prisão-albergue passou a constituir uma nova experiência em várias unidades da Federação, antes de ser consagrada na legislação federal, o que iria ocorrer com a Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977.

(23) A *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, cit., publicou o texto simples do Anteprojeto de Código das Execuções Criminais (n. 3, out.-dez. 1963, p. 167 e s.). Mas o número anterior daquela mesma *Revista* divulgou a generosa e lúcida exposição de motivos, sob o título "Justificação do anteprojeto de Código das Execuções Penais" (vol. 2, p. 3 e s.).

(24) Detalhadamente sobre o assunto, Heleno Cláudio Fragoso, "Subsídios para a história do novo Código Penal", em *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Borsoi, n. 3, jul.-set. 1971, p. 7 e s.

(25) A primeira Comissão era integrada também por Nélson Hungria e Hélio Tornaghi.

(26) O documento foi publicado em Roberto Lyra, *Nôvo Direito Penal*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, vol. I, p. 30.

6.4 Uma nova esperança

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 acrescentaria uma nova frente de combate aos tormentos da pena segregadora ao determinar, no capítulo dos direitos e das garantias individuais: "Impõe-se a tôdas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário" (art. 150, § 14). Pela primeira vez na história das Cartas Políticas brasileiras o problema da proteção dos direitos humanos da pessoa presa foi expressamente declarado.

6.5 O açodamento na publicação do novo Código

Os anos 60 tiveram a sua clausura através da promulgação do Código Penal, em regime de açodamento, pela Junta Militar que governava o País (Dec.-lei n. 1.004, de 21.10.69). A propósito de tal aspecto, é importante reler o depoimento de Heleno Cláudio Fragoso, o exímio criminalista e o mais dedicado operador dos trabalhos de revisão do anteprojeto Hungria. Em um trecho muito significativo ele menciona a revelação feita pelo Professor Benjamin Moraes Filho (também membro da Comissão Revisora), em uma conferência, que "a publicação do novo Código resultou, por engano, de um rascunho inacabado, que será revisto e novamente publicado".[27]

O diploma manteve a dualidade das medidas privativas de liberdade; consagrou formalmente a prevenção especial através da recuperação social do condenado, submetido a uma individualizada ação educativa através da execução penal; permitiu a conversão da reclusão em detenção ao réu primário e de bons antecedentes, condenado a pena não superior a dois anos, desde que tivesse reparado o dano antes da sentença condenatória; instituiu os estabelecimentos de tipo industrial, agrícola ou misto; previu o regime de semiliberdade e confiança para o condenado a pena não superior a seis anos, de escassa ou nenhuma periculosidade, a ser executado em estabelecimento penal aberto (arts. 36 a 40). A preocupação com as penas curtas de prisão fez com que o legislador de 1969 admitisse a substituição da pena de detenção não superior a seis meses pela multa, conforme os requisitos estabelecidos no art. 46. A concessão do livramento condicional ao sentenciado por tempo igual ou superior a dois anos (art. 75) pretendia corrigir grave injustiça do sistema da época.

7. A década posterior

7.1 Os debates em torno do novo Código

Os debates abertos pela publicação do novo Código Penal – cujo início de vigência foi prometido para 1.° de agosto de 1970 – colocaram o sistema de penas e o regime penitenciário sob intensas e freqüentes discussões.

Em 29 de outubro de 1970, o Coordenador da Comissão de Estudos Legislativos, José Carlos Moreira Alves, encaminhou ao Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, o texto do anteprojeto do Código de Execuções Penais relatado por Benjamin de Moraes Filho e tendo na subcomissão revisora a participação dos professores José Frederico Marques, José Salgado Martins e José Carlos Moreira Alves. Através de seus 240 artigos o documento procurava estabelecer contornos definidos entre as matérias diversas da execução penal, abrangendo todos os casos de privação de liberdade em razão de prisão provisória ou definitiva, inclusive os acusados de crime militar ou contra a segurança nacional.

(27) "Subsídios para a história do novo Código Penal", em *Revista de Direito Penal*, cit., p. 12.

No I Encontro Nacional de Secretários de Justiça e Presidentes de Conselhos Penitenciários, realizado em Nova Friburgo (março de 1971), foi aprovada a *Moção de Friburgo*, com destaque para a necessidade de se encontrarem alternativas para a prisão diante da estatística pessimista: em São Paulo em fins de 1969 havia um número de 12.000 presos para 7.000 vagas (em números redondos) e 41.965 mandados de prisão pendentes de cumprimento.[28]

E, concretamente, a *Moção* investia contra a defasagem entre os progressos da ciência e da tecnologia em outras atividades humanas e a letargia da administração da Justiça criminal, carente de informações precisas em torno de sua realidade e circunstância e impotente para exercer o controle social-legal da criminalidade.

7.2 Um anteprojeto específico para a execução da pena de prisão

As idéias e a denúncia que compunham o documento de Nova Friburgo constituíram as bases para a redação de um anteprojeto de revisão do sistema das penas e medidas de segurança. Tratava-se de um autêntico substitutivo aos Títulos V e VI do Código Penal de 1969 (arts. 36 a 101). A Comissão Redatora do anteprojeto[29] propunha, entre outras modificações de relevo, a inclusão das interdições de direitos como sanção principal e a instituição dos regimes fechado e aberto mediante cuidadosas especificações.

(28) Em *Reforma do Sistema de Penas*, publicação da Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, 1972.

(29) Integraram a Comissão: Antônio Carlos Penteado de Moraes, Francisco Papaterra Limongi Neto, José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, José Rubens Prestes Barra e Manoel Pedro Pimentel. (Em "Reforma do Sistema de Penas", cit., p. 12).

O anteprojeto foi apresentado ao Ministro Alfredo Buzaid pela Associação Paulista do Ministério Público.

7.3 A Moção de Goiânia

Outro importante documento elaborado sob a influência dos movimentos de análise crítica do sistema penitenciário nacional foi a *Moção de Goiânia*, aprovada em 22 de setembro de 1973 por ocasião do Seminário de Direito Penal e Criminologia, em comemoração ao cinqüentenário da morte de Ruy Barbosa.

Os princípios da *Moção* seriam incorporados à redação do projeto de que resultou a Lei n. 6.416/77 e passariam a ilustrar os textos doutrinários em torno das reformas. Preconizou-se, naquele documento:

a) a necessidade de se conceber o Direito Penal como defesa da sociedade e recuperação do delinqüente, a fim de que a pena, sob qualquer de seus aspectos, contribua para o bem-estar social e para a adequação do delinqüente aos padrões superiores da civilização, prevenindo-se a criminalidade;

b) a inclusão da Criminologia nos currículos dos cursos jurídicos;

c) a substituição do sistema de penas;

d) o respeito à dignidade humana do condenado;

e) a limitação do uso da prisão aos casos mais graves e aos condenados realmente perigosos;

f) a adoção dos regimes de prisão aberta e prisão-albergue para os sentenciados de nenhuma ou escassa periculosidade.

A *Moção de Goiânia* foi assinada por Juçara Fernandes Leal, José Salgado Martins, Manoel Pedro Pimentel, Alcides Munhoz Netto, Jonatham Silva, Jair Leonardo Lopes, Everardo da Cunha Luna, Vitorino Prata Castelo Branco,

Raul Chaves, Luiz Vicente Cernicchiaro, Virgílio Luiz Donnici, Odin do Brasil Americano, Benjamin Moraes Filho, Geraldo Raul Curado Fleury, Clemon de Barros Loyola, Geraldo Batista de Siqueira, João Batista de Faria Filho, Renato Posterli, Ovídio Inácio Pereira, Jorge Jungmann e Licínio Leal Barbosa.[30]

7.4 A Lei 6.016/73

Com as características de uma reforma parcial, Lei 6.016, de 31 de dezembro de 1973, deu contornos à prisão-albergue, regulando-a de maneira a preservar abusos, através de requisitos e condições bem definidos; preservou a classificação dos estabelecimentos penais em tipos industrial, agrícola ou misto. As penas de prisão seriam executadas em estabelecimento fechado (de segurança máxima) ou em estabelecimento aberto e a proibição do isolamento diurno do condenado foi uma oportuna regra de garantia (arts. 40, 38 e §§).

7.5 A reformulação do DEPEN

O tormentoso desafio da superpopulação carcerária[31] iria preocupar intensamente o Governo Federal, de maneira a justificar uma ação conjunta dos Ministérios do Planejamento e da Justiça.

Ainda sob o Governo do Presidente Ernesto Geisel formalizou-se o Programa de Reformulação e Sistematização do DEPEN, que teve sua execução autorizada em despacho de 29 de outubro de 1974 e lançado na Exposição de Motivos n. 454, de 15 de outubro daquele ano. Pleiteava-se a complementação de recursos para tal programa através do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social (outubro de 1977), procurando-se, assim, integrar a política penitenciária na área da política social do Governo.

Em datas de 11 de julho e 5 de dezembro de 1973, os Ministros Alfredo Buzaid e Reis Velloso encaminharam à Presidência da República as Exposições de Motivos ns. 114-B e 517-B, com a apresentação de um programa de aperfeiçoamento do sistema penitenciário brasileiro. Pretendia-se, então, dotar o País de uma rede de unidades prisionais adequadas e à preparação de recursos humanos para as tarefas da execução penal.

A Exposição de Motivos n. 454 ao se referir às bases do programa de 1973 alude à "generalizada deficiência verificada nos sistemas penitenciários estaduais, desde o desaparelhamento material dos estabelecimentos até o despreparo técnico do pessoal neles ocupado". Sugeriram os Ministros da Justiça e do Planejamento que a União realizasse um programa de colaboração financeira com os Estados, objetivando a implantação de um modelo de estabelecimento-padrão para o sistema que apresentasse características mistas de penitenciária fechada, semi-aberta e aberta. Solicitou-se também autorização para que o titular da Pasta da Justiça celebrasse convênios com os Estados para a efetivação do programa.

Com a previsão, o montante de custos seria de Cr$ 100.000.000,00 (cem milhões de cruzeiros), dos quais Cr$ 88.000.000,00 (oitenta e oito milhões de cruzeiros) seriam reservados à construção de 22 penitenciárias-modelo uma para cada Estado – à razão de Cr$ 4.000.000,00 (quatro milhões de cruzei-

(30) Em *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, 1981, vol. 5, supl.

(31) Deve-se aclarar bem as noções de problema *penitenciário* e problema *carcerário*. Enquanto aquele se relaciona com a execução das penas privativas de liberdade e medidas de segurança, este abrange não somente os presídios do sistema penitenciário, mas também as cadeias públicas (ver Manoel Pedro Pimentel, "Prisões Fechadas – Prisões Abertas", cit., p. 19).

ros) por unidade e Cr$ 12.000.000,00 (doze milhões de cruzeiros) para o aperfeiçoamento do pessoal.

Os recursos destinados para os anos de 1973, 1974 e 1975 totalizavam a previsão dos Cr$ 100.000.000,00 (cem milhões de cruzeiros), excetuados os Estados de São Paulo, Guanabara e Goiás.

7.6 A negligência dos governos estaduais

Um fato profundamente lamentável foi denunciado pelo próprio Ministro Armando Falcão em sua Exposição de Motivos n. 454 já aludida e que merece ser referido textualmente: "... por *falta de atendimento* das unidades da Federação às *obrigações assumi*das, não *foi possível* a liberação dos *Cr$ 60 milhões previstos para o desembolso dos anos de 1973 e 1974.* Até esta data, apenas foram liberados Cr$ 3 milhões, para os Estados do Rio Grande do Sul, Bahia e Pará".[32] (grifos do original).

Dez anos mais tarde, o zeloso Diretor-Geral do Departamento Penitenciário Federal, Professor Jason Albergaria, em seu Relatório sobre as atividades do DEPEN, relativas ao ano de 1982[33] concluiu que "as constatações do levantamento de 1973 sobre a precariedade do sistema penitenciário ainda persistem em 1982 ou se agravaram, conforme se apurou nas inspeções do DEPEN em vários estabelecimentos prisionais dos Estados, o que determinou expedição de avisos do Senhor Ministro, agora em janeiro, aos Governadores para que determinassem a pontual observação das normas gerais do regime penitenciário, inaplicadas ou ignoradas, continuando a execução da pena "instrumento de degradação do recluso. O trecho da frase final entre aspas foi extraído da Exposição de Motivos n. 114-B, de 11 de julho de 1973, assinada pelos Ministros Reis Velloso e Alfredo Buzaid. O aludido documento alertava que, em sua grande maioria, as Unidades Federadas não dispõem de estabelecimentos carcerários conforme os requisitos que a lei federal (Lei n. 3.274/57) considerava essenciais. Também foi reconhecido o generalizado despreparo técnico do pessoal administrativo, bem como a falta de assistência educacional e médico-psicológica aos reclusos.[34]

7.7 O reconhecimento oficial da crise

O ambiente de promiscuidade, com a perniciosa convivência de delinqüentes de todos os graus, de doentes e até de menores, bem como a ociosidade, foram alguns dos muitos males do sistema, oficialmente reconhecidos na Exposição de Motivos que os Ministros do Planejamento e da Justiça encaminharam ao Presidente Emílio Garrastazu Médici, em 11 de julho de 1973.

A primeira programação, no entanto, foi reformulada em 1974. A Exposição de Motivos n. 454, de 15 de outubro daquele ano, demonstrou a inconveniência de um estabelecimento-padrão para todo o território nacional e propunha a revisão dos convênios. Naquela oportunidade foram aprovadas as linhas gerais

(32) Os grifos são do original.

(33) O Relatório foi aprovado por unanimidade de votos e com louvor na sessão do dia 21 de março de 1983 do conselho Nacional da Política Penitenciária. Por proposta do Conselheiro René Ariel Dotti, integrante da Comissão que examinou o documento, o seu conteúdo deve constituir objeto de consulta dos dirigentes do sistema penitenciário, bem como dos estudiosos da matéria no País (Ata da 29.ª reunião, f. 4).

(34) Os trechos mais críticos da Exposição de Motivos n. 114-B foram transcritos no Relatório do DEPEN, cit., p. 17 *et seq.*

de ação para o aperfeiçoamento do sistema penitenciário nacional, destacando-se os seguintes aspectos: *a)* exame das necessidades de cada Estado para o efeito de atribuição de recursos em função do valor dos investimentos necessários, estipulando-se que a participação do Governo Federal seria restrita às despesas com estudos, projetos, obras civis de construção ou ampliação, instalações, equipamentos e material permanente, cabendo às unidades federativas a responsabilidade pela aquisição de terrenos e, conforme o caso, da complementação dos recursos da União; *b)* caberia aos Estados, Territórios e ao Distrito Federal a manutenção, com recursos próprios, dos estabelecimentos penais que viessem a ser construídos ou ampliados mediante convênio com a União; *c)* poderia o Ministro da Justiça firmar ajustes em acordos destinados à preparação do pessoal penitenciário; *d)* o Ministro da Justiça estaria também autorizado a rescindir, aditar ou substituir convênios, inclusive celebrados em conseqüência de autorização contida nas Exposições de Motivos ns. 114-B e 517-B.

O insucesso daquela planificação foi registrado no Relatório do DEPEN, ano de 1982. A inconveniência de permitir que o sistema penitenciário permaneça sob o encargo exclusivo das unidades federativas foi acentuada pelo diretor do órgão, declarando que as autoridades locais mantêm-se insensíveis diante da gravidade do problema carcerário. Textualmente foi denunciado que: "No momento vem encontrando o DEPEN dificuldades na execução de sua programação nos Estados: são violadas cláusulas dos convênios, há atraso de prestação de contas, demora nas construções, não utilização de máquinas de oficinas adquiridas com verbas da União e até devolução de dinheiro para a realização de cursos de formação do agente prisional. Além disso têm sido desatendidas as conclusões dos relatórios de inspeções apontando falhas e propondo providências urgentes com a ajuda da União, o que levou o Sr. Ministro da Justiça a editar avisos aos Governadores, para o cumprimento das medidas sugeridas."[35]

Os avisos expedidos pelo Ministro da Justiça, em data de 13 de dezembro de 1982 (ns. 0517, 0518 e 0519), aos governadores de São Paulo, Rio de Janeiro e Rondônia, bem demonstram a anarquia existente nos estabelecimentos prisionais inspecionados após sucessivos motins. Para se ter uma idéia concreta das deficiências dos sistemas, basta a leitura das recomendações atinentes à Casa de Detenção de São Paulo:

a) levantamento da situação jurídica dos presidiários, visando a separação entre presos provisórios e condenados;

b) colocação imediata em liberdade dos presos que já tivessem cumprido pena;

c) transferência para o Manicômio Judiciário dos necessitados de medida de segurança;

d) maior empenho para facilitar as concessões de livramento condicional, indulto e redução de pena;

e) promover o acesso às fases do regime progressivo e a aplicação de medidas de semiliberdade;

f) providenciar exames clínicos ou psiquiátricos do preso para a sua pronta remoção a estabelecimento adequado;

g) instituir programação metódica das atividades diárias do preso visando o trabalho, a escola, o esporte, a recreação e a prática religiosa;

h) implantar a Comissão de Classificação e Tratamento, constituída pelo diretor, os chefes dos principais serviços, psiquiatra, psicólogo, assistente social e capelão visando:

(35) Jason Soares Albergaria, Relatório do DEPEN, cit., p. 22.

i) elaboração do programa de reeducação, com base no estudo da personalidade do condenado;

j) concessão do trabalho externo;

k) permissões de saída;

l) preparação do processo disciplinar, garantindo-se ao acusado o direito de audiência;

m) apreciar as reclamações do presidiário sobre violação de seus direitos;

n) reduzir o efetivo das celas, que devem ser individuais e limitação dos presos em alojamentos coletivos, excluídos os psicopatas e os homossexuais;

o) implantar oficinas profissionalizantes segundo a vocação e aptidão física do presidiário;

p) oportunizar o trabalho remunerado para o preso, garantidos os seus direitos segundo a legislação pertinente;

q) promover a assistência sanitária aos presos do mesmo teor da que é administrada na comunidade;

r) promover o ensino primário (*Mobral*) e supletivo, sobretudo para o jovem adulto;

*s) i*nstalação de subdiretoria em cada pavilhão, com autonomia administrativa e separação das unidades;

t) implantação do serviço jurídico no estabelecimento prisional;

u) ampliação do quadro de funcionários e sua modernização, sujeitando a escolha do pessoal penitenciário à vocação, preparação profissional e antecedentes pessoais e vinculando o ingresso por concurso e ascensão funcional a curso de formação e atualização;

v) adoção de equipe interdisciplinar;

x) intercâmbio mais assíduo com todos os órgãos do sistema penal local (Magistratura, Ministério Público, Polícia e Conselho Penitenciário);

y) sensibilização da Comunidade para participar da obra de reeducação do preso e sua reinserção social;

z) adequação de ampliação ou construção dos estabelecimentos prisionais às Recomendações básicas do Ministério, desaconselhada a macroprisão e preferindo-se a construção em horizontal.

7.8 A criação do Conselho Nacional da Política Penitenciária

As recomendações minuciosas demonstraram que não obstante a ocorrência de fatos violentos no mundo carcerário e a inquietação pública em torno do problema, existe um divórcio profundo entre os programas teóricos elaborados pelos penitenciaristas e a prática administrativa.

Outras denúncias da situação caótica das prisões brasileiras e do sistema penitenciário em seu todo estão sendo analisadas através do DEPEN e do Conselho Nacional de Política Penitenciária, órgão criado em 1975, através do Decreto n. 76.387, e especialmente destinado à elaboração de diretrizes e estabelecimento de normas para a Política Penitenciária em todo o território brasileiro.

A maior evidência de que o Direito de Execução Penal continuava a ser marginalizado como ramo inseparável das ciências penais poderia ser reconhecida pelo descompasso flagrante entre as propostas e os discursos dos teóricos e a indiferença ou desprezo do Estado.

Os estabelecimentos penais que ainda hoje conservam a arquitetura e o cheiro de antigüidades medievais[36] – e, por

(36) A Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN) da Secretaria da Cultura do Ministério da Educação e Cultura, através da Assessoria da Coordenação de Programas de Cidades Históricas, já opinou sobre a viabilidade do projeto de tombamento de estabelecimen-

certo, muitos deambulantes espíritos ainda enclausurados nos tempos trevosos – modelam o cenário das tragicomédias. Elas são continuamente encenadas para um público cada vez mais confuso e encarnado pelo pessoal da administração, pelos guardas e outros confidentes e provedores das coisas ofertadas no banquete de fantasmagorias. A encenação constitui o movimento preparatório e alienante para o espetáculo da *liberdade*, uma espécie de ensaio geral às avessas, assim como se amarrasse um atleta em sua cama visando *prepará-lo* para disputar uma corrida.

7.9 O V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins

O balanceamento dos projetos teóricos e os resultados práticos alcançados durante a década de 70 revelam a grande confrontação da ideologia da recuperação do próprio sistema penitenciário – antes da ilusória recuperação do condenado – e as resistências oficiais internas, veladas ou expressas, com destaque para os fatores de ignorância e desprezo. As recomendações aprovadas pelo V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins (São Paulo, 1975), foram muito incisivas. No quadro da execução das penas privativas de liberdade e medidas de segurança detentivas, aquele evento considerou os textos do Código Penal de 1969/73 e aprovou, entre outras, as seguintes conclusões e propostas:

a) a realização do exame criminológico, se possível, por especialistas aptos a definir a capacidade criminológica e o grau de adaptação social do delinqüente;

b) a pena se fundamenta na culpa, surgindo, no momento da aplicação, como retribuição ética à conduta. Mas no curso da execução "deve ser acrescido um sentido de readaptação";

c) a reforma do sistema de penas para reservar a privação da liberdade somente para as hipóteses de comprovada necessidade ou de delinqüentes perigosos;

d) a adoção da prisão-albergue em todos os Estados brasileiros, independentemente da entrada em vigência do novo Código Penal;

e) a necessidade de um Código de Execuções Penais dirigindo e orientando toda a política penitenciária do País, reservando-se aos estados a competência para legislar supletivamente;

f) a reformulação do sistema de execução das penas, "modernizando o ultrapassado regime penitenciário brasileiro, com fundamento na realidade do País e nas necessidades do momento, atinando-se para os novos conceitos de execução penal no mundo moderno";

g) a execução da pena deve ser feita "sob um sistema interacionista, dinâmico e que garanta maiores poderes ao juiz na individualização jurisdicional e que proteja todos os direitos da pessoa humana não atingidos pela sanção".[37]

7.10 A CPI do sistema penitenciário

Nos anos de 1975 e 1976, no âmbito da Câmara dos Deputados, foi instaura-

tos prisionais históricos. Um anteprojeto sobre a matéria foi submetido à consideração dos participantes do I Encontro Nacional de Arquitetos Sobre Preservação de Bens Culturais (São Paulo, 1981). No âmbito do CNPP, o tema sobre o tombamento de prisões obteve pareceres dos conselheiros Heber Soares Vargas e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, com apropriadas informações históricas e legais (Cf. a Ata da 15.ª reunião, em 27.09.1981 e o parecer inédito do Conselheiro Sérgio Pitombo, de 26.10.1981).

(37) Em *Revista de Direito Penal*, cit., Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, ns. 17/18 jan.-jun. 1975, p. 131 *et seq.*

da uma Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a proceder ao levantamento da situação dos presídios brasileiros e das políticas penitenciárias nas unidades federativas. Colheram-se vários depoimentos, informações e denúncias do maior relevo. As conclusões do Relatório foram as mais pessimistas frente às gravíssimas violações dos direitos humanos dos presos e às normas gerais estabelecidas pela Lei n. 3.274, de 2 de outubro de 1957, bem como do preceito constitucional que impõe, a todas as autoridades, o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário. O relator daquela CPI, o Deputado Ibrahim Abi-Ackel destacou, com sensibilidade e firmeza, as várias prioridades a serem consideradas pelo Poder Executivo e pela própria comunidade visando à reformulação do sistema. Entre as mais importantes conclusões, destacam-se:

a) a individualização da pena é obstaculada pela superpopulação carcerária que impede a classificação dos prisioneiros em grupos e sua lotação em estabelecimentos distintos;

b) grande parte da população carcerária vive em ociosidade, sob a influência corruptora da subcultura criminal;

c) a necessidade de alternativas às pena de prisão e revestidas de eficácia pedagógica de forma a restringir a privação da liberdade a crimes graves e delinqüentes perigosos;

d) a construção de novas penitenciárias com capacidade máxima para 500 (quinhentos) presos e distribuídas por regiões, a fim de conservá-los tanto quanto possível em seu próprio meio;

e) o exame de personalidade no sentenciado;

f) a criação de Juntas de Observação e o efetivo e permanente funcionamento nas penitenciárias;

g) a necessidade de se obter a colaboração de acadêmicos de Direito nas tarefas de assistência jurídica nas Penitenciárias como condição de registro na OAB à semelhança dos atuais estágios;

h) a administração de cursos pilotos aos servidores das penitenciárias com noções de Direito Penal, Direito de Execução Penal e outras disciplinas de interesse à especialidade funcional;

i) a criação da Escola Penitenciária Nacional;

j) a racionalização da atribuição do trabalho e sua remuneração;

k) a implantação de medidas para proporcionar o ensino;

l) a elaboração de um Código de Execução Penal.[38]

7.11 O grave inconveniente da Lei 6.416/77

A edição da Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, com importantes modificações no quadro da execução não produziram as mudanças que o sistema realmente carecia. Um dos maiores inconvenientes do diploma foi a previsão de que os regimes de execução da pena privativa de liberdade deveriam ser "regulamentados" por lei local ou, à sua falta, por provimento do Conselho Superior da Magistratura ou órgão equivalente.

Contra aquela orientação já se havia insurgido a Associação dos Advogados de São Paulo, que elaborou as emendas apresentadas ao projeto de Lei n. 02, de 1977, de modificação do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei das Contravenções Penais. A referida entidade constituiu um Grupo de Trabalho Integrado pelos professores Miguel Reale Júnior (presidente da AASP), Ricardo Antunes Andreucci, Rogério

(38) *Diário do Congresso Nacional*, supl. ao n. 61, 4 de junho de 1976, p. 002 *et seq.*

Lauria Tucci e René Ariel Dotti.

A inconstitucionalidade dos incisos I e II do § 6.º do art. 30 do Projeto (aprovados pelo Congresso Nacional sem qualquer restrição) foi motivadamente denunciada pelas emendas ns. 1 e 2 elaboradas pelo Grupo de Trabalho da AASP e apresentada à Comissão Mista do Congresso Nacional pelo Senador Franco Montoro.[39] A prisão-albergue, segundo as emendas ns. 1 e 17 deveria ter seus contornos e requisitos estabelecidos no próprio Código Penal. A revogação da medida também seria disciplinada pelo texto federal. Prevaleceu, no entanto, o pensamento da assessora de assuntos penitenciários do Ministério da Justiça: Armida Bergamini Miotto – redatora principal do projeto segundo o qual a elaboração de normas para o funcionamento e transferência dos regimes (fechado, semi-aberto e aberto) e para a concessão e disciplina da prisão-albergue seriam matérias para lei local ou provimentos do Poder Judiciário. A prática veio demonstrar o fracasso da inovação, posto que somente caríssimos Estados legislaram e outros poucos baixaram provimentos (em Minas Gerais, a Lei n. 7.226, de 11.5.1978; em São Paulo, a Lei n. 1.819, de 30.10.1978; e no Rio de Janeiro, a Lei n. 441, de 26.06.1981). A ausência de mecanismos para o funcionamento dos regimes e a falta de visão política dos administradores estaduais e municipais para construir as casas de albergados desnudaram a face caótica do sistema. Os institutos penais foram degenerados. Com efeito, a *regulamentação*, por lei local ou provimento do Judiciário de situações fatuais e jurídicas como o cumprimento da pena em prisão da comarca do juízo da condenação ou da residência do condenado, o trabalho externo, as permissões de saídas, as saídas temporárias, a freqüência a cursos e o que é mais grave – considerar tais situações e direitos como "concessões a serem outorgadas pelo juiz" – implicou na opção legislativa de abandonar a parte mais relevante e humana da execução às surpresas, às dificuldades e às omissões de um *direito local* manifestamente deficiente ou não estatuído. Como é curial, foram graves e irreparáveis os prejuízos aos princípios e regras da Constituição, do Código Penal, da Lei n. 3.274/57 e também às exigências de um *direito natural* dos presidiários.

(39) Em *Diário do Congresso Nacional*, de 25.03.1977, p. 371 e s.

8. A situação da crise nos anos 80

8.1 As regras mínimas do CNPP

O quadro de anomia e pessimismo provocado por aquela orientação legislativa foi logo percebido pelos agentes e operadores do sistema. O Conselho Nacional de Política Penitenciária editou a Resolução de 4 de outubro de 1982, instituindo as *regras mínimas de execução penal* para observação em todo o território brasileiro. O documento tratou:

a) dos limites ao poder de jurisdição da execução penal, a fim de se garantir ao condenado, ao internado e ao preso provisório, o exercício dos direitos não afetados pela condenação;

b) da assistência a ser prestada pelo Estado com a solidariedade comunitária;

c) da classificação dos condenados à pena de prisão segundo seus antecedentes e personalidades;

d) da obrigatoriedade do exame criminológico;

e) do devido processo para apuração e das faltas disciplinares, etc.

Aquelas *regras mínimas* foram inicialmente apresentadas ao CNPP pelo Conselheiro Francisco de Assis Serrano

Neves e aditadas pelo Conselheiro José Danton de Oliveira. Na reunião de 26 de julho de 1982 foi aprovado parecer do Conselheiro Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, dando nova redação ao documento. O texto definitivo foi aprovado na sessão de 4 de outubro de 1982. As repetidas *normas gerais* traduziram mais um esforço dentro da atmosfera de anomia que dominou amplamente o amaldiçoado mundo das prisões. Espera-se que o implemento de condições e de meios humanos e materiais possa não somente efetivar as regras mínimas como também recuperar muitos dos habitantes das *sucursais do inferno*, hóspedes da desgraça e clientes da violência e não raro vítimas da omissão ou indiferença do Estado, ao desamparar o exercício de direitos naturais e imprescritíveis.

8.2 A profissão de esperança

Não obstante as dificuldades que a todo momento se apresentavam, os espíritos idealizadores e a visão otimista de muitos operadores que servem com devoção à causa do *Direito Penitenciário*, se reuniram mais uma vez em torno de projetos de Reforma.

Importantes propostas visando a alteração do sistema de execução das penas e medidas de segurança, consubstanciados nos anteprojetos entregues ao Presidente da República no dia 10 de maio de 1983, constituíram não apenas o reflexo das aspirações visando elaborar um direito cientificamente digno, mas também a esperança de obter um código de humanidade e justiça para a grande legião dos seres excluídos do testamento de Adão.

No âmbito do Conselho Nacional de Política Penitenciária o plano de atividades para o ano de 1983 previa objetivos de grande importância e repercussão, tendo como síntese o desenvolvimento de metas fundamentais visando integrar a política criminal e penitenciários planos nacionais de desenvolvimento.

Tal projeto continha objetivos *específicos* e *objetivos gerais* apresenta 16 itens procurando abordar o universo penitenciário.[40]

Problemas tormentosos como a superpopulação carcerária, a sistemática negação de direitos humanos, a dramática situação no quadro do trabalho e sua devida remuneracão, o despreparo do pessoal da administração e dos servidores em geral e os desencontros entre a política penitenciária projetada pelos órgãos centrais e o comportamento desviante das unidades da Federação constituem algumas das várias causas determinantes da crise que progrediu assustadoramente nos anos 80 e se transformou em assunto de segurança coletiva e de interesse nacional.

É certo que a Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, dando nova redação ao art. 30 do Código Penal e acrescendo-lhe vários parágrafos, reeditou a norma de garantia sobre a remuneração do trabalho prisional e especificou o destino de seus frutos. Mas a prática iria revelar, infelizmente, a distorção da proposta e a insuficiência notória – quando não a própria ausência – da remuneração. Preocupado com esse problema, o Conselheiro Ricardo Antunes Andreucci apresentou minucioso Relatório na sessão de 18 de maio de 1981, do Conselho Nacional de Política Penitenciária sobre as atividades da Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso, entidade vinculada à Secretaria de Trabalho de São Paulo. Na sessão de 15 de junho daquele mesmo ano, o Conselheiro Sérgio Marcos de Moraes Pitombo submeteu ao conhecimento do plenário do órgão um substancioso parecer através do qual recomendava que se aproveitasse a experiência iniciada em São Paulo. O tema foi objeto

(40) *Diário Oficial da União*, 28.02.1983, p. 3.142 e 3.143.

de Resolução n. 3/81, da presidência do CNPP e disciplinado através do anteprojeto da Lei de Execução Penal (arts. 33 e s.)

8.3 Um pequeno inventário de textos sobre a crise

É importante referir, embora sumariamente, uma relação de textos que compõe parte do imenso inventário de investigações e denúncias a respeito da crise do sistema, destacando a fragilidade de suas instituições e estabelecimentos e a frustração de programas e projetos.

Além dos registros costumeiros da imprensa e outros meios de comunicação, os anos 70 e 80 registraram uma produção literária sobre as causas, as condições e as circunstâncias da crise prisional, com pormenores dramáticos sobre os males do universo carcerário e a destruição física e moral de seus habitantes. Para melhor informação, entre muitas obras merecem leitura: Augusto Thompson, *A questão penitenciária*, Petrópolis: Editora Vozes Ltda., 1976; José Ricardo Ramalho, *Mundo do Crime – A Ordem pelo Avesso*, Rio de Janeiro: Edições Graal Ltda., 1979; Percival de Souza, *A revolução dos loucos*, São Paulo: Global Editora e Distribuidora Ltda., 1980; Heleno Cláudio Fragoso, Yolanda Catão e Elisabeth Sussekind, *Direitos dos presos*, Rio de Janeiro: Forense, 1980; Heleno Cláudio Fragoso, *Perda da Liberdade – Os direitos dos presos*, Manaus, Anais da VIII Conferência Nacional dos Advogados (1980), p. 759 e s.; René Ariel Dotti, *A reforma penal e penitenciária*, Curitiba: Editora Lítero Técnica Ltda., 1980, p. 140 e segs.; Ruth Escobar, *Dossiê de uma rebelião*, São Paulo: Global Editora e Distribuidora Ltda., 1982; e Manoel Pedro Pimentel, *O crime e a pena na atualidade*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983 (Cap. X, "Análise crítica da prisão"), p. 147 e segs.

No âmbito do Ministério da Justiça foram editados os relatórios dos Grupos de Trabalho instituídos pelo Ministro Petronio Portella através das Portarias ns. 689, de 11.7.1979, e 791, de 14 de agosto de 1979. O drama penitenciário e as propostas de combate estão às fs. 137 e s. da coletânea *Criminalidade e violência*, Brasília: edição Ministério da Justiça, 1980, vol. I.

O Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, depondo na CPI criada no Senado Federal pela Resolução n. 1, de 1980, com o objetivo de examinar a violência urbana, suas causas e conseqüências, foi o autor de uma das mais graves e contundentes denúncias sobre a crise penitenciária brasileira.

9. O espólio dos dias presentes

9.1 A omissão das unidades federativas

Já nos idos de 1883, o Doutor Joaquim de Almeida Leite Moraes Júnior, em sua *These* apresentada na Faculdade de Direito de São Paulo em torno dos sistemas penitenciários, lembrava a necessidade de uma grande reforma que entre suas bases fundamentais adotasse "um único regimen para as penas maiores, e casas centraes construidas e directamente inspeccionadas pelo Estado, de modo que a pena não varie, e nem seja diversa, como é hoje de província a província".[41]

Precisamente um século mais tarde o inventário da crise iria registrar outro depoimento da maior relevância. Com a autoridade científica de sua condição de

(41) *Qual o melhor dos systemas penitenciarios conhecidos?*, tese apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo para o concurso a uma vaga de *lente substituto*, São Paulo: Typografia do Commercio, 1883, p. 25.

especialista na questão penitenciária e com a responsabilidade funcional da direção geral do DEPEN, o Professor Jason Soares Albergaria advertiu, no Relatório de atividades do órgão em 1982, que "a Unidade Federada não tem correspondido às planificações da União, não obstante sua adesão ou consentimento, correndo à conta de omissão ou resistência dos Estados a continuidade calamitosa do sistema penitenciário local".[42]

Essa omissão histórica levou os redatores da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, a incluir as seguintes disposições programáticas: " No prazo de 6 (seis) meses, a contar da publicação desta Lei, serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não auto-aplicáveis" (art. 203). "Dentro do mesmo prazo deverão as unidades federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, projetar a adaptação, construção e equipamento de estabelecimentos e serviços penais previstos nesta Lei"(§ 1.º). "Também, no mesmo prazo, deverá ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados" (§ 2.º); "O prazo a que se refere o *caput* deste artigo poderá ser ampliado, por ato do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mediante justificada solicitação, instruída com os projetos de reforma ou de construção de estabelecimentos" (§ 3.º). E para estabelecer a eficácia das aludidas determinações, a Lei de Execução Penal cominou uma sanção específica: "O descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as unidades federativas implicará na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinadas pela União, para atender às despesas de execução das penas e das medidas de segurança" (art. 203, § 4.º).

E o que sucedeu todos sabem.

9.2 O sistema penitenciário tem futuro?

No curso dos anos 90 a teoria e a prática do sistema penitenciário permanecem gravitando no universo das crises e dos motins. A execução das penas privativas de liberdade em qualquer de seus regimes não está sendo promovida segundo as determinações constitucionais e legais. O rádio, a televisão e o jornal desnudam, com angustiante rotina, os dramas e as tragédias da superlotação das penitenciárias e das cadeias públicas. Não existem, em quase todas as unidades federativas, as colônias agrícolas ou industriais para o cumprimento das penas de prisão em regime semiaberto. A falta de casas do albergado ou outro estabelecimento adequado acarreta a despenalização por via judicial e a quebra da regra elementar do regime aberto, quando a obrigação de recolhimento é substituída por condições de fazer ou não fazer, assim como ocorre com o *sursis*.

Os males da falta de recursos humanos e materiais para atender às necessidades do complexo sistema penitenciário nasceu com o próprio sistema. Há precisamente oitenta anos, em sua obra *Sciencia Penitenciaria Positiva*, publicada com o prefácio elogioso de Esmeraldino Bandeira, o advogado Américo Ribeiro de Araújo, referindo-se ao Código de 1890, dizia: "O Codigo Penal nos arts. 50 e seus paragraphos, 51 e seu paragrapho unico e no art. 52, instituiu o systema progressivo, ou irlandez. Theoricamente ele existe. Não tem podido ser executado, por falta de edifícios adequados ao mesmo regimen. Outra causa que impede a sua pratica, é a falta de verba para a construcção dos multiplos

(42) Doc. cit.

(43) Rio de Janeiro, Livraria Editora de Leite Ribeiro & Maurilio, 1918, p. 179.

edifícios e das penitenciarias agricolas. Apezar de ser este regimen melhor que o de Auburn, não tem sido praticado, o que é, sem dúvida, uma inconveniencia".[43]

De tudo quanto foi exposto, três conclusões se impõem: a primeira, é a de que a violação dos direitos e das garantias do presidiário está, geralmente, na base de todas as rebeliões carcerárias; a segunda é a de que a crise deve ser enfrentada sem desvios ou paliativos; e a terceira, e mais óbvia, é a de que nenhum sistema poderá funcionar adequadamente sem o cumprimento da lei.

Afinal, é preciso mudar essa antiga *cultura da resistência* tão bem ilustrada por uma passagem do Código Criminal do Império, quando desobedecia aconselhando: "Emquanto se não estabelecerem as prisões com as commodidades e arranjos necessarios para o trabalho dos réos, as penas de prisão com trabalho serão substituidas pela de prisão simples accrescentando-se em tal caso a esta mais a Sexta parte do tempo porque aquellas deveriam impôr-se" (art. 49).

E justamente do Código que deveria ser "fundado nas sólidas bases de justiça e eqüidade".

10. JURISPRUDÊNCIA

10.2 Jurisprudência Comentada

INDENIZAÇÃO POR PRISÃO INJUSTA

ADAUTO ALONSO S. SUANNES

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Risco administrativo – Atos do Poder Judiciário.

O princípio estatuído pelo § 6.º do art. 37 da Carta Política no tocante à atividade jurisdicional, sofre temperamento advindo da regra do art. 5.º, LXXV, que restringe a responsabilidade estatal aos casos de erro judiciário ou prisão ilegal. A prisão preventiva, regularmente decretada, tem respaldo constitucional – art. 5.º, LXI – e a superveniente absolvição do preso, fundada em insuficiência de provas, não fazendo coisa julgada no campo civil, não tem o condão de transmudá-la em ato ilegal, capaz de respaldar pretensão indenizatória. O dever do Estado, de manter a tranqüilidade e a ordem públicas, não se compadece com a leniência no trato com delinqüentes.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível 5.428/96, em que são apelantes – 1.º) Estado do Rio de Janeiro e 2.º) Luiz Carlos dos Santos Cruz, Acordam os Desembargadores da 9.ª Câmara Cível do TJRJ, por unanimidade em prover o primeiro apelo, para julgar improcedente o pedido indenizatório, prejudicado o segundo recurso.

Relatório (f.).

A sentença hostilizada que, forte no princípio do risco administrativo, consagrado pelo texto constitucional – § 6.º do art. 37 da Lei Maior – acolheu a pretensão indenizatória, está a merecer reforma, posto que tal princípio não guarda adequação à hipótese dos autos.

De efeito foi o autor, ora apelado, submetido à custódia provisória, em decorrência de prisão preventiva contra ele decretada pelo Juízo de Direito da 27.ª Vara Criminal da Comarca da Capital, nos autos de ação penal em que, juntamente com outros cinqüenta indivíduos, foi denunciado como incurso no art. 14 da Lei 6.368/76. Na prisão permaneceu o recorrido por mais de quatro meses – de 14.06.1993 a 05.11.1993 – sendo solto em decorrência da sentença absolutória, lavrada com base no art. 386, VI do Código de Processo Penal, por ter o Juiz sentenciante entendido que, em relação a ele, a prova era "duvidosa" (*sic* – f.).

Como é de comum conhecimento, a sentença criminal absolutória só produz efeitos civis quando afirmativa da inexistência do fato ou da autoria. A simples fragilidade da prova penal não significa que, no campo civil, padeça do mesmo mal.

O autor apelado foi denunciado em decorrência de longa investigação policial, retratada no extenso relatório adunado aos autos, a f., onde é apontado como integrante de quadrilha de traficantes de tóxicos, operando no Morro do Borel.

Diante dos indícios evidentes de autoria e da prova da materialidade delitiva, a prisão preventiva contra ele decretada se constituiu em ato regular da autoridade judiciária processante, com respaldo constitucional – art. 5.º, LXI da Carta Republicana –, legalidade essa não maculada pela posterior absolvição do autor, fundada repita-se, em insuficiência de provas.

A teoria do risco administrativo, abraçada pela sentença objurgada, sofre temperamento quando o ato, pretensamente gerador da obrigação de indenizar, é oriundo de autoridade judiciária, no exercício regular do poder jurisdicional. É o que se extrai da regra do art. 5.º,

LXXV da Lei Maior, restritiva da responsabilidade estatal aos casos de erro judiciário ou prisão ilegal.

A autoridade judiciária, ao decretar a prisão preventiva do autor, fê-lo no estrito cumprimento dos seus deveres jurisdicionais, como já foi assinalado, face a prova indiciária suficiente da sua participação no nefando comércio de tóxicos. A posição perfilhada pela sentença, adotando a chamada teoria do risco integral, não está a merecer aplausos, por se tratar de modalidade extremada do risco administrativo, conducente ao abuso e à iniqüidade social. Nestes tempos de extrema violência, com a segurança pública comprometida pela atividade tresloucada de meliantes que, associados em quadrilhas, empreendem verdadeiras batalhas urbanas, na busca de supremacia garantidora de maiores lucros nas atividades criminosas, não se pode tolher a atividade repressora do Estado, cerceando-se a faculdade conferida ao judiciário de recolher à prisão, mediante custódia provisória, indivíduos envolvidos nas práticas delitivas. Não é admissível sacrificar-se o princípio da legalidade, de cunho social inconteste, em favor do princípio do risco administrativo, no qual prepondera o interesse individual.

Nesta conformidade, agasalha-se o primeiro apelo, para os fins suso referidos, dando-se por prejudicado o segundo.

Rio de Janeiro, 27 de novembro de 1996 – Des. ..... França, Pres. – Des. Carlos Motta, Relator.

COMENTÁRIOS

O acórdão que se acaba de ler merece algumas considerações. De um lado, ele é bem sintomático de uma lamentável tendência que se vai notando no Judiciário brasileiro: temas de relevância são tratados simplesmente *en passant*, a pretexto de tratar-se de coisa sabida e ressabida e, a par com isso, não poucas vezes suas soluções trazem, como fundamentação, não algum precedente jurisprudencial ou lição doutrinária, mas tão-só a autoridade de quem assinou tal decisão.

Digno de recordar aquilo de Mário Guimarães, ele mesmo um magistrado exemplar: "A sentença não é (*rectius*: não deveria ser) ato de puro arbítrio. O juiz está adstrito a cânones jurídicos e a provas. Daí a necessidade de explicar as razões que o levaram a concluir desta ou daquela maneira".[1] E cita, nada obstante sua reconhecida autoridade, o magistério de outro juiz, Eduardo Coutoure: *La motivación del fallo constituye un deber administrativo del magistrado. La ley se lo impone como una manera de fiscalizar su actividad intelectual frente al caso, a los efectos de poderse comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de um estudio de las circunstancias particulares, y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria.*[2]

Não fica ele aí. Vai buscar em Glasson a bela frase: *Il ne suffit pas que les juges soient justes, il faut encore qu'ils en donnent la preuve.* E arremata algo tão óbvio com a lição de Warlomont: *On a dit que la motivacion ne doit pas être, uniquement, considéré comme une marque de méfiance, imposée au magistrat par le législateur, mais comme un privilège, accordé au premier, de justifier sa sentence devant les justiciables.*[3]

Sidnei Beneti pondera: "Fala-se que a decisão realiza um silogismo perfeito cuja premissa maior é a lei e cuja premissa menor são os fatos, seguindo-se a

(1) Cf. *O Juiz e a Função Jurisdicional*, Forense, 1958, n. 207.

(2) Cf. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*, p. 189.

(3) *In Le Magistrat son Statut et as Fonction*, p. 282, *apud* Mário Guimarães, ob. e loc. cits.

extração da conclusão, que é a decisão judicial. E assim realmente é. Mas muitas vezes a matéria não se exaure no exame da legislação, assim como, no sistema anglo-americano, a interpretação não estanca na análise dos precedentes".[4] Longe está isso de ser uma tarefa mecânica "A formação da decisão, em si, é ato aninhado nas profundezas do sistema psíquico do Juiz, cujas trilhas, nos casos realmente complexos, nem o próprio juiz possui meios de reconstituir". É esse amálgama de elementos tão díspares que constituirá o fundamento da decisão. "O silogismo jurídico objetivo em verdade toma corpo para o juiz especialmente no momento da concretização da decisão no escrito, na motivação, com a qual obedece ao disposto na Constituição Federal e nos Códigos de Processo, textos que, em verdade, apenas explicitam a necessidade de fundamentação inerente à etiologia de qualquer juglamento".[5]

E por que isso? Porque, se "até os ditadores, nos regimes discricionários, sentem o imperativo de expor ao público as razões dos seus decretos, o que fazem, geralmente, antepondo-lhes *considerandа* justificativos",[6] com maior razão isso há de ocorrer em um regime democrático, em que os atos judiciais, tanto quanto os administrativos, emanam de um agente do Estado que recebe seus proventos não só para decidir desta ou daquela maneira, mas, principalmente, para dizer os motivos pelos quais decide desta e não daquela maneira.[7] E se ao prejudicado se assegura o direito de impugnar os fundamentos da decisão,[8] como fazê-lo sem os conhecer? Donde dizer o insigne administrativista Gaston Jèze: *Cuando un agente público está obligado, segun las leys y reglamentos, a motivar su acto, debe hacerlo, bajo pena de nulidad del acto. La ausencia de motivos es entonces un vicio radical. Esta lacuna hace suponer que el motivo determinante no es un motivo de interesse público.*[9]

Além dessa suposição, há outra, igualmente relevante: "a fundamentação é que dá a prova de haver o juiz tomado conhecimento do processo. Ora, se não houve o estudo, ludibriou-se o princípio das duas instâncias, que assenta na vantagem de ser a causa examinada por juízes de hierarquias diferentes."[10]

Longe, muito longe vai o tempo em que se afirmava que *cessat in claris interpretatio*. O simples fato de afirmar-se ser o texto claro já supõe haver sido ele lido e entendido (*i.e.*, interpretado). Logo, aquela afirmação contém um contra-senso. Donde dizer outro ilustre magistrado: "o mal de argumentar somente com adágios redunda nisto: tomam-se a esmo, isolados do repositório em que regiam muitas vezes casos particulares, e, descuidadamente, generalizam disposição especial".[11] A lição dos doutos era, como não poderia deixar de ser, exatamente a inversa: *quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus*. "Embora claríssimo o edito do pretor, não se deve descurar da respectiva interpretação", determinava a lição de Ulpiano.[12]

(4) Sidnei Agostinho Beneti, "Deontologia da Linguagem do Juiz", *in Curso de Deontologia da Magistratura*, Saraiva, p. 116.

(5) *Op. cit.*, p. 117.

(6) Mario Guimarães, *op. et loc. cits.*

(7) Cf. Constituição Federal, art. 93, IX e X.

(8) CF, art. 5.º, LV.

(9) *Princípios Generales del Derecho Administrativo*, v. III, p. 232, *apud* Mario Guimarães, *op. et loc. cits.*

(10) Mario Guimarães, *op. et loc. cits.*

(11) Cf. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 7. ed., Ed. Freitas Bastos, p. 52.

(12) Carlos Maximiliano, *op. et loc. cits.*

Assim também pondera Alípio Silveira, que tem por inaceitável aquela regra ante o disposto no art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, pois, como dizia Ruggiero, "interpretar significa procurar o sentido e o valor da norma para medir a sua extensão precisa e avaliar da sua eficiência concreta sobre as relações jurídicas, não apenas no que respeita às normas legislativas obscuras e incertas, mas também no que respeita às normas de direito consuetudinário e às que são claras e não ambíguas".[13]

Afirma, de fato, o mestre italiano: "não é, pois, verdadeiro que a interpretação pressuponha a dificuldade de entender à primeira vista o sentido da lei e se deva excluir quando não exista tal dificuldade. Só aparentemente é que o processo de interpretação não tem lugar para os preceitos não obscuros; nesse caso, é menos evidente somente por ser mais rápido e quase instantâneo. Se a aplicação da norma implica um trabalho de inteligência para a solução ou adaptação do caso particular e concreto na figura do caso geral e abstrato formulado pelo legislador, é impossível tal aplicação sem prévia interpretação".[14]

Verdade que o primeiro autor citado atribui o prestígio do brocardo aos exageros a que estava levando tal lição, criando-se um trabalho exegético que por vezes delirava do texto interpretando, donde dizer causticamente Cujácio, a respeito de tais exegetas: *verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi*".[15]

Hoje prevalece o entendimento (que se aplica antes e acima de tudo ao juiz) de que *scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*". Do hermeneuta se exige que não conheça apenas as palavras das leis, mas sua força e poder. "Os domínios da hermenêutica se não estendem só aos textos defeituosos; jamais se limitam ao invólucro verbal: o objetivo daquela disciplina é descobrir o conteúdo da norma, o sentido e o alcance das expressões do Direito. Obscuras ou claras, deficientes ou perfeitas, ambíguas ou isentas de controvérsia, toda as frases jurídicas aparecem aos modernos como suscetíveis de interpretação".[16] Feita, assim, a fundamentação justificadora de nossa intervenção, vejamos algumas passagens do Aresto em exame.

Inicialmente, dá ele como coisa inquestionável que "a sentença criminal absolutória só produz efeitos civis quando afirmativa da inexistência do fato ou da autoria". Trata-se de questão "de comum conhecimento", o que dispensa o ilustre relator de recordar que isso está dito tanto no art. 66 do Código de Processo Penal como no art. 1.525 do Código Civil, ambos esses diplomas vindos à luz há tantos lustros que a primeira questão que deveriam suscitar é se, em face das Constituições que vieram depois, ainda têm *vis ac potestas*. E não têm, como se demonstra a seguir.

A Constituição Federal, tanto no inc. XXXVI como no inc. LV do art. 5.º, cuida do chamado *due process of law*. O prestígio da decisão trânsita em julgado decorre não tanto da autoridade que a lançou nos autos mas, acima de tudo, por haverem sido observados determinados princípios, sem os quais tal sentença seria de considerar-se nula, ou mesmo, no dizer de alguns, inexistente.[17] Assim,

(13) Cf. *Hermenêutica Jurídica*, 2. ed., Ed. Brasiliense, v. I, p. 130

(14) *Apud* Alípio Silveira, ob. cit., p. 131.

(15) "Prolixos ao abordarem questões fáceis, mudos nas questões difíceis e dispersivos naquelas mais complexas" (cf. Carlos Maximiliano, *op. cit.*, p. 53).

(16) Carlos Maximiliano, *op. cit.*, p. 54.

(17) Cf. Michele Tarufo, "La Motivazone della Sentenza Civile", citado por Theresa Arruda Alvim Pinto, *in Nulidades da Sentença*, Ed. RT, p. 154.

a regularidade do processo criminal (e, *a fortiori*, a produção de efeitos além do processo onde foi ela proferida, quando disso seja o caso), torna indispensável a presença de defensor que se desincumba satisfatoriamente de seu mister,[18] pressuposta a citação pessoal do acusado.[19] Feita a citação pessoal e havendo o réu constituído defensor ou sendo-lhe nomeado um, prossegue a causa entre duas partes específicas: de um lado, o autor (na quase totalidade dos casos, o Ministério Público – que, recorde-se, atua em nome da sociedade e não como substituto processual da vítima); do outro, o acusado ou réu. Assim, por força de elementar princípio processual, tudo o que for decidido nesse processo atingirá única e exclusivamente as partes que aí tiveram a oportunidade de expor suas pretensões, buscar comprová-las e recorrer das decisões que lhes foram desfavoráveis.

É princípio antiquíssimo aquele segundo o qual a *res judicata* pode vir a fazer do branco preto e do redondo quadrado. Isso decorre do fato de, em vista da falibilidade humana, o processo, seja o civil, seja o criminal, não ter por escopo a busca da *verdade real*, mas tão-somente a obtenção de uma decisão definitiva, a partir da qual se terá uma *verdade processual*. E exatamente porque às partes se deu oportunidade de argumentar e comprovar, em uma sucessão dialética de atos, a coisa julgada, fruto da exaustão dos recursos, dirá respeito somente ao objeto contido no processo ("limite objetivo") e somente às partes que nele intervieram, naquilo que os autores chamam de "limite subjetivo".[20]

Verdade que se vai notando uma discutível tendência à quebra desse princípio, em nome da necessidade de tratamento uniforme de interesses difusos.[21] O melhor entendimento no caso referido é, porém, aquele segundo o qual a improcedência da ação civil pública leva apenas à impossibilidade de se propor outra ação civil pública com o mesmo objeto e mesma causa de pedir. Qualquer interessado poderá, no entanto, com os mesmos fundamentos e com o mesmo propósito (certamente com melhor fundamentação) ingressar, individualmente, em Juízo para buscar obter o que fora negado ao autor da ação civil pública (não poucas vezes, o Ministério Público).[22]

Ora, quando a lei diz caber à vítima acionar civilmente quem foi condenado criminalmente, pode-se entender que isso ocorre porque, por uma *fictio juris*, se aceita que o Ministério Público, que sempre figurou na relação processual penal como representante da sociedade, apareça já agora também como substituto processual da parte, naquilo que os tratadistas chamam de *representatividade adequada*.[23] Assim, obtido o título executório sentencial a favor do autor da ação penal (o Ministério Público, em tal momento encarado como substituto processual ou adequado representante da vítima do crime), pode o representado assumir pessoalmente seus interesses civis, até porque muito se discute sobre haver sido ou não recepcionado pela atual Constituição Federal o art. 68 do Código de Processo Penal.[24]

(18) Cf. CF, art. 134.

(19) Cf. Código de Processo Penal, art. 366, com a redação dada pela Lei 9.271/96.

(20) Cf. Código de Processo Civil, arts. 468 e 472.

(21) Cf. Lei 7.347/85, art. 16 e art. 103 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), cujo § 4.º se refere expressamente à sentença penal condenatória.

(22) Cf. Ada Pellegrini Grinover, *Código de Defesa do Consumidor*, 4. ed., Forense Universitária, p. 574 *et seq.*.

(23) Cf. Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.*, p. 575.

(24) Cf. João Francisco Moreira Viegas, "O Ministério Público e a Ação Reparatória

Quando se tratar, porém, de decisão penal absolutória, mesmo que afirme ela a inexistência do fato ou negue a autoria atribuída ao acusado, é de todo em todo óbvio que tais verdades processuais somente podem referir-se a quem foi parte no feito. E, em tal caso, a vítima poderá afirmar, com carradas de razão, que não conferiu ao Ministério Público procuração para representá-la na causa. Se não foi parte no processo, contra a vítima não se aplicam as limitações objetivas e subjetivas da *res judicata penalis*.

Verdade é que nossos civilistas não se debruçam mais aprofundadamente sobre tal questão. Tanto Aguiar Dias[25] como Carlos Roberto Gonçalves[26] e Rui Stocco,[27] para citarmos um autor clássico e dois autores mais atuais, dão como certo, ainda que implicitamente, que *cessat in claris interpretatio*. Como, entretanto, em face das normas constitucionais, se haverá de sustentar que a absolvição do réu, no processo criminal, deva ser respeitada pela vítima, que, por não haver atuado no processo, não teve assegurado nem o princípio do contraditório nem o duplo grau de jurisdição? Trata-se aquela decisão, em relação ao ofendido ou seus dependentes, de autêntica *res inter alios acta*.

Justamente por isso, os processualistas distinguem entre duas situações mui diversas, embora lastreadas no mesmo fato: a coisa julgada material (restrita às partes) e a eficácia natural da sentença trânsita em julgado (oponível a todos). Assim, se alguém consegue obter, em um processo judicial, que seja anulada uma escritura e, portanto, alterada a matrícula no Registro Imobiliário, teremos aí dois fatos distintos: de um lado, a coisa julgada material, que impede que aquele réu questione contra aquele autor o acerto ou desacerto da decisão (pressuposto o descabimento da ação rescisória); de outro lado, o fato natural do cancelamento daquela matrícula, o que, como todos os atos da vida, poderá ser questionado por qualquer pessoa que não tenha sido parte naquele feito, desde que demonstre seu interesse processual em fazê-lo. E nem necessita ele de valer-se de ação rescisória, pois esta se refere, em princípio, aos que haviam contendido nas vias ordinárias.

"Se a declaração de falsidade não tivesse eficácia natural contra o terceiro estranho ao processo, este poderia impunemente utilizar o documento público ou privado reconhecido falso, contrariando a proibição, penalmente sancionada, contida no art. 489 do Código Penal italiano. A declaração tem, pois, eficácia plena e total; apenas, não é imutável com relação aos terceiros, juridicamente prejudicados, que podem opor-se a seus fundamentos", conclui Ada Pellegrini Grinover, em oportuno estudo sobre o tema.[28]

É de todo evidente que tais considerações se aplicam aos chamados efeitos civis da condenação penal. "O caráter público do processo, civil ou penal que seja, justifica a distinção de Liebman: enquanto não for demonstrada sua contrariedade ao direito, a sentença deve ser reconhecida como válido exercício do poder jurisdicional e se reveste, portanto, de uma eficácia normal, *erga omnes*, como conseqüência direta da presunção

de Danos", *in RT* 671/262; 1.º TACivSP *RT* 719/162; TJSP *RT* 653/113; STJ Rec. Esp. 57.092-1/MG, rel. Min. Costa Leite, julgado em 04.06.1996.

(25) José de Aguiar Dias, *Responsabilidade Civil*, 6. ed., Forense, p. 521.

(26) *Responsabilidade Civil*, 6. ed., Saraiva, p. 371, resumo.

(27) *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, 2. ed., Ed. RT, p. 97.

(28) Cf. "Eficácia e Autoridade da Sentença Penal", *in Revista do Processo*, v. 28, p. 34.

de legitimidade de que se reveste. Mas os direitos constitucionais de defesa, o princípio do contraditório, a bilateralidade da ação e da exceção fazem com que a imutabilidade da sentença somente possa valer *inter partes*. Eis aí a natureza da coisa julgada, enquanto qualidade da sentença e de seus efeitos", pondera a ilustre processualista de São Paulo.[29]

Como se vê, aquela afirmação que se lê no V. Aresto merecia um pouco mais de meditação.

Quanto ao ponto fulcral da decisão em estudo, não podemos deixar de fazer uma digressão, que as circunstâncias justificam.

O povo norte-americano pode ser considerado um povo *espetaculoso*, na medida em que sua grande vocação dirige-se invariavelmente para o exibicionismo pessoal. Andy Warhol sintetizou, melhor do que ninguém isso, ao afirmar o direito a cinco minutos de glória que cada um de nós buscaria ter na vida. E os espetáculos teatrais e cinematográficos em que os norte-americanos conseguem transformar os fatos mais banais do cotidiano também nos mostram isso. Nem que seja necessário atropelar a História (o endeusamento de Evita Perón e de outros tantos heróis que jamais o foram estão aí para testemunhar isso), a máxima *the show must go on* preside o cotidiano dos norte-americanos e, por influência de sua avassaladora mídia, boa parte do globo terrestre.

Ilude-se, no entanto, quem imaginar que tudo isso decorra de infantilismo daquele povo. Muito pelo contrário, há por trás de muitas dessas manifestações culturais claros propósitos de manipulação de corações e mentes em prol de ideologias. O veículo mais utilizado para canalizar isso (paralelamente aos *comics*, ou histórias em quadrinhos, como comprova o prestígio de Superman, nascido precisamente na época da grande crise econômica que antecedeu a II Guerra Mundial) é, sem sobra de dúvidas, o cinema, no qual, graças aos recursos tecnológicos (a empresa Magic Lights, do mago George Luccas, pai da sintomática trilogia Guerra nas Estrelas, confessadamente inspirada na obra de Joseph Campbell[30] – que se notabilizou pelos estudos em torno da importância dos mitos e dos heróis míticos – torna viável a realização cinematográfica do mais delirante dos delírios, contribuindo, assim, para a criação de novos mitos em nossa sociedade, ou para modernizar os mitos eternos), a fantasia vem a confundir-se com a realidade, sem que saibamos onde termina o real e tem início o chamado mundo virtual.

E tudo isso seria apenas isso, não tivesse o cinema o poder mágico de reescrever a História, como denunciou recentemente um historiador norte-americano, censurando a leviandade com que foram tratadas em filmes as vidas de Kennedy e Nixon, para citarmos figuras mais recentes. Voltássemos ao passado e muito haveria que escrever sobre os vilões impostos pelo cinema aos menos avisados (Silvester Stallone massacrando um loiro russo em uma de suas inúmeras encarnações de Rocky tem muito a ver com a queda do muro de Berlim e o esfacelamento da União Soviética, da mesma forma como seu Rambo era, aos olhos dos membros da geralmente acrítica *audience*, para os

(29) Ada Grinover, *op. cit.*, p. 17.

(30) "Quando a máscara de Darth Vader é retirada, você vê um rosto informe, de alguém que não se desenvolveu como indivíduo humano", comenta o mitólogo em interessante e longa entrevista publicada sob o título "O Poder do Mito" (Editora Palas Athena, 1990). Aliás, o nome do vilão é uma corruptela de Dark Father.

nefandos comunistas o mesmo que era John Wayne, ao ver dos mesmos espectadores, para os carniceiros sioux e apaches: o resgatador da lei e da ordem).

Um desses fazedores de mágica é o eternamente jovem Steven Spielberg. À ingenuidade de seu feíssimo E.T. (e seu desesperado bordão *phone home*, repetido à exaustão quando toma conhecimento da maldade dos terráqueos), à simpática criminosidade de seus Gremlins (figurinhas naturalmente boas, que, talvez por força dos efeitos do meio ambiente, se tornam capazes dos atos mais atrozes) e à pacífica visita de novos seres extraterrestres e sua mensagem de paz (Cocoon, Contatos Imediatos do 3.º Grau) seguiu-se, porém, um curioso MIB (*Men in Black*), não dirigido por ele, como os citados, mas por ele produzido, o que vem a dar na mesma.

Tal como o nome do simpático Jedai Bem Kennobi de Guerra das Estrelas, dirigido por seu amigo George Luccas, seria uma homenagem à maconha,[31] será o nome do filme produzido por Spilberg uma homenagem (ou orientação?) à Magistratura?

Resumamos a aparente comédia: considerando que a Terra (isto é, os Estados Unidos) estão sendo invadidos por extraterrestres (isto é não-nascidos naquele país), cria-se um grupo de elite (os tais MIB), com poderes superiores (se isso for possível) aos dos membros da CIA e do FBI. Compete-lhes *fiscalizar* esses seres que, assumindo a forma humana, tanto podem ser benéficos à Humanidade (leia-se, Estados Unidos da América do Norte), trabalhando, por exemplo, na própria sede dos MIB (o número de pesquisadores estrangeiros arregimentados pelos *brain hunters* e regiamente remunerados que trabalham naquele país é simplesmente incontável) como prejudiciais a ela, traficando armas e/ou drogas proibidas (a Máfia não é composta de norte-americanos típicos, pois não?). Com pouco tempo de filme descobre-se que esses extraterrestres são, na verdade, enormes baratas (ou, em castelhano, *cucarachas*, que é como são chamados nos EUA os americanos nascidos em terras situadas abaixo do rio Grande), que somente podem ser destruídos se um dos *black men* se infiltrar (literalmente, ser devorado pela barata) entre eles. E esses guardiães da sociedade contam com um elemento relevante para que sua atuação não seja exposta ao público: apagam da memória das pessoas todas as suas atividades, que se caracterizam essencialmente pela arbitrariedade.

E basta recordar o início do filme para verificar que não se trata de uma visão deturpada de uma obra cinematográfica sem pretensões. Nele, um grupo de mexicanos é detido pela polícia exatamente quando tentava ingressar (no meio deles havia, sem que soubessem, um extraterrestre) no território norte-americano.

Cômodo será ver nessa crítica pura manifestação paranóide. Mas se considerarmos que a ideologia da *law and order*[32] (pura e simplesmente uma *refilmagem* da ideologia da segurança nacional, que tanto estrago fez na América Latina poucas décadas passadas[33]) vem ganhando adeptos em nossa sociedade, seja na elaboração afanada de leis penais que julgam poder eliminar a criminalidade com a adoção de sanções cada vez mais rigorosas (sem que haja estabelecimentos penais adequados para o

(31) O nome do jedai seria uma corruptela de *cannabis*.

(32) Cf. Alberto Zacharias Toron, "O Indevido Processo Legal, a Ideologia da *Law and Order* e a Falta de Citação do Réu Preso para o Interrogatório", *in RT* 685/277.

(33) Cf. Joseph Comblin, *Ideologia da Segurança Nacional*, 1. ed. *passim*, Duas Cidades.

cumprimento da pena imposta), seja na postura de juízes que não se pejam de negar princípios constitucionais, como o da presunção de inocência, que é lido como se apenas significasse princípio da não-culpabilidade (criando-se arbitrariamente um *tertium genus*, ubicado entre inocência e culpabilidade),[34] seja treslendo o princípio que assegura o direito ao silêncio, lido como silenciosa admissão de culpa,[35] ou minimizando seus efeitos processsuais,[36] tudo parece ter sentido. É sob tal ótica que se devem ler (i.e., interpretar) algumas afirmações constantes do Acórdão *supra*, cujas incongruências certamente passaram despercebidas aos demais membros da Câmara.

Eis a premissa: "nestes tempos de extrema violência, com a segurança pública comprometida pela atividade tresloucada de meliantes que, associados em quadrilhas, empreendem verdadeiras batalhas urbanas, na busca de supremacia garantidora de maiores lucros nas atividades criminosas, não se pode tolher a atividade repressora do Estado, cerceando-se a faculdade conferida ao Judiciário de recolher à prisão, mediante custódia provisória, *indivíduos envolvidos nas práticas delitivas*". Nota-se claramente aí a referência à *segurança pública* (que poderia chamar-se segurança nacional, já que estaríamos diante de "verdadeiras batalhas urbanas") como justificativa para o cerceamento da liberdade individual. E nota-se que se deve garantir ao Poder Judiciário recolher à prisão, não os suspeitos, mas "indivíduos *envolvidos* nas práticas delitivas". Ninguém jamais buscou tolher isso, nem mesmo em nome do respeito devido aos direitos humanos.

Uma coisa, porém, é alguém *estar* ou *ter estado* envolvido em práticas criminosas. Outra coisa é o Delegado de Polícia ou o Ministério Público convencer o Juiz de que determinada pessoa *estaria* envolvida em prática criminal. Como se sabe, a verdade que antecede a sentença definitiva de mérito é sempre uma verdade processual provisória.

(34) Eis o que diz a Convenção Americana dos Direitos Humanos, adotada, em 22.11.1969, na Conferência Especializada nos Direitos Humanos, realizada em San José da Costa Rica, porém só ratificada (com reservas) pelo nosso país em 25.09.1992, 23 anos depois: "Toda pessoa acusada de um delito *tem direito a que se presuma sua inocência*, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa" (cf. Pacto de San José, art. 8.º, n. 2).

(35) Cf. Ap. 1.001.23517, de Taquaritinga, julgado pelo TACrimSP, cuja ementa reza: "embora a opção pelo silêncio derive de previsão constitucional, ela não inviabiliza o convencimento judicial no sentido desfavorável ao réu, pois a reação normal do inocente é proclamar, com insistência e ênfase, a sua inocência e não reservar-se para prestar esclarecimentos apenas em juízo." Isso mereceu do jurista argentino Luiz Fernando Niño o seguinte comentário: "ningún brasileño debería dormir tranquilo a la luz de lo resuelto en Taquaritinga", *in* "Hay Jueces en Brasil?", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 16, p. 343 *et seq.*.

(36) Cf. "Princípio da Presunção de Inocência – Art. 5.º, LVII, da CF – Postulado constitucional que não se qualifica como obstáculo jurídico à imediata decretação de prisão do acusado" (STF *RT* 716/542); "Crime Hediondo – Liberdade provisória – Concessão vedada pela Lei 8.072/90 – Princípio da presunção de inocência, ademais, não é óbice ao recolhimento provisório – Inteligência da Súmula 9 do STJ" (TJSP *RT* 701/316); "Crime contra a Saúde Pública – Tráfico de entorpecente – Direito de recorrer em liberdade pleiteado pelo condenado com base no princípio da presunção de inocência consagrado no inc. LVII do art. 5.º da CF – Inadmissibilidade – Prisão provisória decorrente da determinação legal do art. 35 da Lei 6.368/76, presumida a periculosidade do agente" (STJ *RT* 657/342).

Logo, sendo o réu inocente por presunção constitucional e em face de norma internacional subscrita pelo Brasil, após longos lustros de reflexão, não tendo havido decisão condenatória, continua ele a ser inocente e os *indícios* de que estaria a participar da prática crimonosa não mais subsistem.

Como pode, então, o Acórdão afirmar que o interessado *esteve envolvido* em práticas delitivas se foi ele absolvido? Pouco importa que isso se tenha dado por insuficiência de provas, pois não pode mais haver, diante dos preceitos constitucionais, distinção entre réu amplamente absolvido e réu restritamente absolvido, já que ambos continuam a desfrutar do estado de inocência, que somente seria destruído por uma sentença condenatória definitiva, que não houve. Também aqui tal tema não é pacífico nos Tribunais.[37]

Para fugir à conseqüência lógica da absolvição (não é preciso esforço algum para concluir que o ato judicial implicou em evidentes prejuízos a alguém que teve cerceado seu direito constitucional de ir e vir), busca o Aresto amparo em outro argumento, que não esconde um sofisma e que assim pode ser apresentado: a) premissa maior: a lei autoriza o Juiz a decretar a prisão de alguém quando haja prova da ocorrência do delito e indícios evidentes da autoria; b) premissa menor: havia indícios suficientes de autoria e prova do delito; c) logo, tratou-se de ato de legalidade indiscutível, incapaz de gerar direitos à indenização.

Estamos, portanto, bem próximos de equipararmos os atos judiciais aos *act of God*, que, nas apólices de seguro, desoneram a seguradora. Atribuir aos atos do juiz um tal alcance será, positivamente, um exagero.

A sentença colocara – e bem – que não se trata de discutir a culpa do agente do Estado. Tal discussão, como se sabe, tem relevância quando se trata de estabelecer a responsabilidade civil do agente, não quando se cuida da responsabilidade do Estado. Esta se rege, como consta da sentença, pelo risco administrativo, expressamente acolhido na Constituição Federal.[38] A melhor doutrina entende que tal princípio é o que melhor distribui entre todos os encargos decorrentes do mau funcionamento do serviço público.

Não se trata de advogar a adoção da teoria do risco integral, pela qual "a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima".[39] Basta, para bem solucionar casos como o presente, a teoria do risco administrativo pela qual "não se cogita de culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público".[40] Ressalte-se que se não exige que o ato seja *ilegal*, bastando seja ele *injusto*, que é coisa diversa, pois a prisão de alguém pode ser legal, porém injusta, como, sem a menor dúvida, será aquela de alguém que venha a ser, a final, absolvido da acusação que motivara tal prisão. Recorde-se que a lei processual penal nem exige a comprovação da ocor-

(37) "Presunção de Inocência – Art. 5.º, LVII, da CF – Consagração que não importou revogação do inc. VI do art. 386 do CPP, que prevê a absolvição do réu por insuficiência de prova para a condenação – Dispositivo que apenas impede que, antes de passar em julgado a sentença condenatória, se aplique ao acusado quaisquer das conseqüências que a lei atribui como sanção punitiva" (TACrimSP *RT* 677/370).

(38) Cf. art. 37, § 6.º

(39) Cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 22. ed., Malheiros. p. 563.

(40) Lopes Meirelles, *op. et loc. cits.*

rência do crime e de indícios de autoria para que alguém seja preso temporariamente: basta que a autoridade policial represente ao juiz criminal declarando que tal prisão (quem quer que seja seu alvo!) seja "imprescindível para as investigações do inquérito policial" ou se o mero indiciado "não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade".[41]

A adoção da mencionada teoria representa aplicação de elementar princípio de eqüidade, pois "baseia-se ela no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do Erário, representado pela Fazenda Pública". E conclui, com toda razão o ilustre administrativista pátrio: "O risco e a solidariedade são, pois, os suportes desta doutrina que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF de 1946".[42]

Aliás, quando o Acórdão sustenta que atos praticados de acordo com a lei não podem gerar indenização, esquece-se do caso evidente das desapropriações. É que a doutrina não distingue a responsabilidade extracontratual do Estado pela prática de atos lícitos ou ilícitos, como parece buscar fazer o V. Aresto. "No caso dos atos lícitos" – pondera Diógenes Gasparini, exemplificando com a construção de um calçadão que interessa à coletividade, não obstante impeça a utilização de um prédio, construído e regularmente utilizado como garagem – o fundamento da responsabilidade do Estado é o princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargos a que estão sujeitos os administrados".[43]

No que diz com a prisão cautelar, enquadra-se ela perfeitamente no escaninho em tela, pois "se o serviço ou a obra é de interesse público, mas, mesmo assim, causa dano a alguém, toda a comunidade deve responder por ele, e isso se consegue através da indenização. Para isso todos concorrem, inclusive o prejudicado, já que este, como os demais administrados, também paga tributos".[44]

Admira que o Aresto sob comento desconheça o tema, que é hoje albergado em todos os Estados democráticos.[45]

E nem se diga que os autores excluem da responsabilidade extracontratual os atos praticados pelo Poder Judiciário. Longe vai o tempo em que isso era tranqüilo na doutrina e na jurisprudência, pois implica em uma visão imperial de uma atividade estatal como outra qualquer, embora com características peculiares.[46] Donde dizer Maria Emília Mendes Alcântara que nada justifica não seja responsabilizado, ao menos por danos morais, o Estado em caso de

(41) Cf. Lei 7.960/89, art. 1.º

(42) Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, p. 562.

(43) Cf. *Direito Administrativo*, 4. ed., Saraiva, p. 587.

(44) *Id., ib.*

(45) Cf. Jean Rivero, *Droit Administratif*, 3. ed., Ed. Dalloz, p. 254, *apud* Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 9. ed., Malheiros, p. 608.

(46) Cf. Adauto Suannes, "Má Prestação Judicial e Indenização Correspondente", *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número de lançamento, p. 62 *et seq.*; Artur Marques da Silva Filho, "Juízes Irresponsáveis?", *in RT* 674/70 *et seq.*

prisão preventiva decretada contra quem afinal veio a ser absolvido.[47]

Dizer que o art. 5.º, LXXV, da Constituição Federal constitui exceção a tal princípio é contrariar tudo o que se conhece sobre o tema (aliás, nenhum autor é citado pelo culto relator defendendo tal tese). Aquele inciso diz, com efeito, que "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença". Tal dispositivo se aplica ao caso ali julgado? Salta aos olhos que não, pois tal inciso não se refere à prisão processual, que, portanto, deve ter disciplina em outro lugar da *Magna Charta*, que, como vimos, não só cogita da responsabilidade pelo cometimento de atos ilícitos, como também pelo cometimento de atos lícitos necessários que podem redundar em prejuízo a determinados administrados, como no caso da prisão cautelar.

Sem o dizer, a decisão colegiada aplicou – e mal – o princípio segundo o qual *inclusio unius exclusio alterius est* (referindo-se à condição do condenado, sem se referir ao que foi absolvido, quis o legislador constituinte deixar de fora da proteção este segundo). O latinório, porém, deveria ser outro: *comodissimum est id accipi quo res de qua agitur magis valeat quam pereat*. Em vernáculo: prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, em vez da que os reduza à inutilidade.[48]

Se o legislador constituinte quis cuidar da específica situação do condenado (como o demonstra quando fala em condenação injusta – erro judiciário – e retardo na expedição ou no cumprimento de alvará de soltura relativo ao cumprimento da pena imposta – preso além do tempo fixado na sentença), que motivos o levaria a cuidar da situação do absolvido?

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, até mesmo decisões de conteúdo menos dramático geram a responsabilidade do Estado, como, por exemplo, a não concessão de liminar nos casos em que seria cabível, fazendo perecer o direito, ou retardamento injustificado de decisão ou de despacho interlocutório, causando prejuízos à parte. "As garantias de que se cerca a magistratura no direito brasileiro, previstas para assegurar a independência do Poder Judiciário, em benefício da Justiça, produziram a falsa idéia de intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, não reconhecida aos demais agentes públicos, gerando o efeito oposto de liberar o Estado de responsabilidade pelos danos injustos causados àqueles que procuram o Poder Judiciário precisamente para que seja feita justiça".[49]

Fiquemos, porém, com o argumento do V. Aresto: figure-se que o réu tenha estado preso provisoriamente durante a instrução do processo. Apelou em liberdade, vindo a ser condenado em Segunda Instância. Pergunta-se: uma vez recolhido ao cárcere, o tempo da prisão temporária será computado no tempo de execução da pena imposta? É a própria lei que dá a resposta, ao cuidar da detração penal.[50] Figuremos então que tal réu tenha sido absolvido em sede revisional, afirmando-se, por hipótese, a ocorrência de erro judiciário. Indaga-se: o tempo a ser considerado para efeito da fixação da indenização será apenas aquele relativo ao encarceramento decorrente da sentença condenatória, ou também se levará em conta o tempo da prisão processual? Nada justifica que se faça a distinção, pois a lei não distingue. Logo, se a prisão provisória será indenizável em um caso, deverá necessariamente ser indenizada no outro, já que *ubi eadem ratio ibi idem jus*.

(47) Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 8. ed., Atlas, p. 419.

(48) Cf. Carlos Maximiliano, *op. cit.*, p. 310.

(49) *Op. et loc. cits.*

(50) Cf. Código Penal, art. 42.

Como se vê, a questão não era tão singela assim, sendo oportuno recordar que um texto de lei não pode ser lido sem consideração da totalidade do corpo onde está inserido. "Não se encontra um princípio isolado em ciência alguma. Acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituam elementos autônomos operando em campos diversos. Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo".[51]

O ilustre processualista e Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, embora por outros caminhos, chega ao mesmo resultado, pois dá como certo que o tempo da prisão processual, incluindo-se no tempo de cumprimento da pena, caso venha a ocorrer condenação, não pode ter tratamento autônomo, argumentando com o contido no aludido art. 5.º, LXXV, da CF: "Ora, se a Constituição assegura a presunção de inocência e reconhece o direito de indenização ao réu que ficar preso além do tempo fixado na sentença, parece claro que o tempo de prisão provisória sempre deve merecer reparação: havendo uma sentença absolutória, o tempo de prisão cautelar será sempre maior do que o *fixado na sentença*".[52] Logo, se houver absolvição, incide o dever de indenizar.

De fato, se quem propôs a ação indenizatória não teve contra si sentença condenatória (logo, não poderia ficar preso, além do prazo previsto em sentença – pois esta não houve – nem fora condenado por erro judiciário – simplesmente porque foi absolvido), qual o fundamento ético para dizer que sua situação deve permanecer fora do Direito, como se não tivesse ocorrido?

Imagine-se que alguém, por homonímia, seja preso indevidamente sob a acusação de ser depositário infiel. Rigorosamente a prisão decorreu de um ato legal, pois a lei autoriza o juiz a decretar tal tipo de prisão. O nome do preso coincide com o nome que constou da decisão e do mandado que a tornou cumprida. Alguém sustentará que, por se tratar de prisão legal não determinada em processo penal, tal pessoa não terá direito de ser indenizada, porque o inc. LXXV do art. 5.º da Constituição Federal se referiria apenas à prisão efetuada em decorrência de ação penal?

Em súmula, eis os dois fundamentos da decisão sob comento: a *lei* autorizava a prisão de uma pessoa que o Estado vem a afirmar posteriormente ser inocente; sua prisão era necessária para preservar a *ordem*, pouco importando se se tratava de algum desocupado, de um pai de família ou de alguém que veio a perder o emprego em razão da prisão indevida. O que se verifica é que, em nome da lei e da ordem, um homem presumido inocente pela Constituição Federal e por Tratado Internacional subscrito pelo Brasil, que tem o direito de ter respeitada sua dignidade,[53] teve seu direito de ir e vir violado pelo Estado, o que seguramente lhe causou transtornos irreparáveis. Em nome de se tratar de decisão lastreada em preceito constitucional, lhe foi denegado o mínimo a que faria jus em uma sociedade democráti-

(51) Carlos Maximiliano, ob. cit., p. 165.

(52) Cf. Antonio Magalhães Gomes Filho, "Prisão Cautelar e o Princípio da Presunção de Inocência", *in Fascículos de Ciências Penais*, Sérgio Fabris editor, ano 5, v. 5, n. 1, p. 24.

(53) Cf. Constituição Federal, art. 1.º, inc. III.

ca: ser indenizado pelo evidente dano moral (se não provado dano material) que isso lhe causou. É como se os MIB de Spilberg acionassem sua lanterna e apagassem da memória de todos o ato que haviam praticado.

O argumento em que se lastreia a improcedência da ação de indenização prova além do pretendido. De fato, como justificaremos o tão decantado poder do Estado de restringir os direitos individuais em proveito da coletividade? Será caso de legítima defesa? de Estado de necessidade?

Ocorre que, se considerarmos que a sociedade está a defender-se de uma agressão injusta, como é, de fato, a conduta criminosa, uma vez absolvido o acusado, segue-se que estávamos diante de uma legítima defesa putativa. Se se entender que o direito de quem é preso provisoriamente decorre na necessidade de instruir-se adequadamente o processo, esse estado de necessidade também não justifica a isenção da indenização.

De fato, "embora a lei declare que o ato praticado em estado de necessidade não é ato ilícito, nem por isso quem o praticou se libera de reparar o prejuízo que causou", anota Carlos Roberto Gonçalves.[54] E assim tem entendido a jurisprudência.[55] Igualmente quando se tratar de legítima defesa putativa (se o réu foi absolvido, força é convir em que o Estado tomara a nuvem por Juno, defendendo-se de quem, na realidade, não estava atacando a sociedade), dúvidas não há de que a indenização é devida.[56]

O que tudo nos demonstra que a reforma da sentença foi, a nosso sentir, absolutamente afrontosa da necessária tutela dos direitos individuais, um dos quais o de ninguém ser molestado em seus afazeres normais da vida. Como todo direito, uma vez desrespeitado, fez surgir o dever de indenizar.

(54) Ob. cit., p. 497.

(55) Cf. STF *RTJ* 81/542; TJSP *RT* 509/69.

(56) Cf. Carlos Roberto Gonçalves, ob. cit., p. 502; Rui Stocco, ob. cit., p. 102.

10. JURISPRUDÊNCIA

10.2 Jurisprudência Comentada

HABEAS CORPUS E REGIME DE PENA

ELIZABETE MATSUSHITA

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.*

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, ao fim, da própria sociedade. Atendidos os pressupostos objetivos e subjetivos impostos pela ordem jurídica, descabe potencializar os crimes comedidos para indeferi-lo. Óptica contrário importa em bis in idem, *de todo incompatível com o Direito Penal. Com a condenação trânsita 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 conseqüência 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 ato 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, alfim, esse direito. Vieram aos autos os documentos de folhas 17 a 107 (f. 111).

Informo que, após ressalvar 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 e 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 9 de agosto de 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 de junho de 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 e 120). Remetidos os autos à Procuradoria Geral da República, pronunciou-se o Órgão mediante peça da lavra cuidadosa do Subprocurador-Geral da República, Doutor 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 29 de fevereiro de 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 juízes estaduais, estão submetidos à jurisdição direta, nos crimes comuns e de responsabilidade, do Tribunal de Justiça local – inc. 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 314/DF, em que fiquei vencido, na companhia honrosa dos Ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Celso de Mello, coloco a conclusão própria em pleno secundário e conheço do pedido formulado. O tema foi melhor desenvolvido quando verificado o debate junto ao Plano (acórdão publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 9, p. 140 a 146).

O Juízo indeferiu o primeiro pedido de progressão de regime de cumprimento da pena à luz da seguinte fundamentação: "O pedido não é de ser deferido. Com efeito, o condenado não demonstrou suficientemente 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

a 411). O segundo pedido também foi rechaçado remetendo-se ao caráter negativo da análise subjetiva (f. 429 a 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, formalizados sob os ângulos psicológicos 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 revelando-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 a 454). Interposto o agravo, tal entendimento foi mantido, pronunciando-se o Procurador 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) possuiu recursos internos que mantêm 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 e 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 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, inc. 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 no autos. Soma-se a isto a circunstância de que houve nova tentativa de proceder-se à intimação via carta precatória, sendo novamente a Escrivã certificou não só que fizera contato telefônico com o Impretante, 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 de dezembro de 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 8.072, de 25.06.1990.

Da inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 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 argüição de conflito do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90 com a Constituição Federal, considerado quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no inc. 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 a 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 uma linha, teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade ímpar, 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 ao 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 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 o 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 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado, afastando a progressividade, a 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 8.072/90, foi introduzido no art. 83 do Código Penal 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 – inc. V. Pois bem, a Lei em comento impede a evolução no cumprimento da pena e prevê, me 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, assiste-lhe 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 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, fincando sujeitos não às regras relativas aos cidadãos em geral, mas às 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 Código Penal que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências 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 (inc. I), como também o quantitativo (inc. II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade – e, portanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigorosos (inc. 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 individualmente preconizada e garantida constitucionalidade 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 junge a condições pessoais do próprio réu, dentre as quais exsurgem o grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, da personalidade, alfim, os próprios fatores subjetivos que desaguaram 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 inc. III do próprio art. 59. Todavia, ao que tudo indica, receou-se, quando da edição da Lei 8.072/90, que poderia faltar aos integrantes do aparelho judiciário aos juízes, 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 de 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 delinqüir, 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 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar a relativa à progressividade do regime de cumprimento da pena. O inc. XLIII do rol de garantias constitucionais – art. 5.º – afasta, tão-somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inc. posterior (inciso XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa na individualização da pena. Como, então, entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos 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 (inc. 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, *a contrario sensu,* as demais ações ficam sujeitas à regra geral de 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 – inc. XLIII do art. 5.º.

Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1.º do art. 2.º da Lei 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 para 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 rejulgamento do Paciente considerados os crimes cometidos. Já foi ele devidamente apenado pelo Estado-Julgador. Os esforços devem ser direcionados a estimular-se a autoestima do condenado, ficando com isso aberto o caminho para, tanto quanto possível, observar-se 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 de 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 semiaberto. Pouco importa haver-se mostrado o examinando 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. A 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 Valoração Humana, comissão técnica, manifestou-se favoravelmente: "a equipe técnica, em vista dos pareceres obtidos, considera que o reeducando reúne condições para o 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 semiaberto.

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 julgamos 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 o 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 juízes 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 revolva lhe 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 intimamente ligados a 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 Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Maurício Corrêa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

WAGNER AMORIM MADOZ, Secretário.

COMENTÁRIO

Tem se tornado cada vez mais freqüente nas decisões judiciais proferidas na Segunda Instância a afirmação de que o *habeas corpus* não se presta ao exame da pretensão de progressão de regime prisional. Por trás dessas decisões está a antiga polêmica sobre a admissibilidade, ou não, do exame de prova nos estreitos limites de cognição dessa ação.

Ação prevista na Constituição da República para proteger o direito à liberdade de locomoção, o *habeas corpus* tem se revelado particularmente ineficaz nos casos em que, para o exame da ilegalidade, se faz necessária a apreciação da prova. É certo que inexiste uma fase de instrução no procedimento do *habeas corpus* e, por isso, não se admite a dilação probatória. Mas, como adverte o Prof. Antônio Magalhães Gomes Filho, "tal restrição não se confunde, evidentemente, com a tantas vezes proclamada impossibilidade de exame de provas em sede de *habeas corpus*, pois isso significaria tornar letra morta a garantia constitucional. Como poderia decidir o juiz ou tribunal sobre a existência de uma coação ou ameaça sem analisar os fatos que a constituem? (O *Habeas Corpus* como instrumento de proteção do direito à liberdade de locomoção, *in Justiça Penal*, n. 5: Tortura, Crime Militar, *Habeas Corpus*, coord. Jacques de Camargo Penteado, São Paulo : Ed. RT, 1997, p. 57-69).

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça há tempos vêm admitindo o exame da prova no *habeas corpus*, quando necessário à avaliação da legalidade ou da ilegalidade do ato que importe em restrição à liberdade de locomoção. Tem-se entendido que, se a ilegalidade decorre de questão de fato, não há como recusar a análise da prova, sob pena de se sacrificar a garantia constitucional (*RTJ* 35/517, *RF* 212/241 e *RHC* 758, j. 05.11.1990, rel. Min. Costa Lima).

Recentemente, a Colenda Segunda Turma da mais alta Corte do país, no julgamento do HC 74.689/SP, contrariou o entendimento corrente de que, em sede de *habeas corpus*, não é possível rever decisão que indefere pedido de progressão de regime, porque é imprescindível para tanto a análise da prova, e concedeu a ordem para deferir a progressão do paciente do regime fechado para o semi-aberto.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal rejeitou, de plano, o fundamento de que, em se tratanto de pedido de progressão de regime, a dúvida sobre o atendimento dos requisitos subjetivos deve ser resolvida em favor da sociedade e não do condenado. Esse importante aspecto da

questão havia sido abordado com muita propriedade pelo Exmo. Sr. Subprocurador-Geral da República, Dr. Marden Costa Pinto, em seu parecer: "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."

O eminente Ministro-Relator destacou que o requisito temporal havia sido atendido pelo paciente há muito tempo; tratava-se do quarto pedido por ele formulado e indeferido; o laudo criminológico era favorável ao paciente; a equipe técnica e a diretoria do estabelecimento penitenciário pronunciaram-se pelo deferimento da progressão de regime; a sua conduta carcerária era ótima, não havendo registro de qualquer conduta desabonadora. Considerou preenchidos os requisitos impostos para a progressão de regime. A par disso, rechaçou as também freqüentes objeções calcadas na natureza dos crimes praticados e na quantidade da pena a cumprir, por não constituírem óbices legais à progressão.

Júlio Fabbrini Mirabete, em sua obra *Execução Penal*, tem ensinado que "a natureza do delito do qual resultou a condenação não pode ser alegada como óbice a pedido de progressão de regime, pois é inadmissível argüir motivo extralegal em desfavor do sentenciado que preenche os requisitos temporal e subjetivos previstos no art. 112 da LEP. Pela mesma razão não pode ser indeferido o pedido de progressão fundamentado na longa pena a ser cumprida pelo sentenciado ou na inexistência de estabelecimento adequado para o regime semi-aberto ou aberto" (6. ed., São Paulo : Atlas, 1996, p. 263), lição que, como se viu, restou integralmente acolhida.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre esse tema é de relevância ímpar.

Primeiro, por admitir que se reveja a decisão denegatória da progressão, por via do *habeas corpus*.

Segundo, por afastar por completo a alegação errônea e, infelizmente, cada vez mais difundida de que, em se tratando de execução da pena, toda dúvida se resolve em favor da sociedade e, por conseqüência, contra o condenado.

Terceiro, por impedir que, no julgamento do pedido de progressão de regime, o Juízo das Execuções Criminais volte a invocar a natureza dos delitos cometidos pelo sentenciado para indeferi-lo. As considerações sobre a gravidade do delito são realizadas no processo de conhecimento, quando da fixação da pena e do regime prisional inicial, por isso não se admite que, em sede executional, esse aspecto seja novamente valorado para impedir a promoção, o que importaria em *bis in idem*, incompatível com o Direito Penal.

Quarto, por rejeitar a objeção quanto à extensão da pena por cumprir, pois a Lei de Execução Penal estabelece como requisito temporal o cumprimento de 1/6 dela.

Quinto, por lembrar a todos que a progressão de regime prisional é um instrumento de individualização da pena, garantia inscrita no inc. XLVI do art. 5.º da Constituição da República, tarefa que não termina com a prolação da sentença condenatória, mas se estende até o último momento da execução da pena privativa de liberdade. De um lado, a progressão de regime viabiliza o preceito constitucional que assegura a humanização da pena e, de outro, incentiva o condenado a manter um bom comportamento carcerário, a corrigir o seu rumo e, por conseqüência, a voltar mais preparado para o convívio social, o que interessa não apenas ao sentenciado, mas ao Estado e à sociedade.

10. JURISPRUDÊNCIA

10.2 Jurisprudência Comentada

LEI DAS PEQUENAS CAUSAS PENAIS. RETROATIVIDADE

PAULO SÉRGIO LEITE FERNANDES

A lei que rege as causas penais de pequeno potencial ofensivo trouxe alguns problemas sérios à coletividade jurídica. Vinda a lume com a finalidade de desafogar a justiça e gerar benefícios até então inatingíveis, já tem seus objetivos benéficos postos em dúvida por advogados e dogmatas. Na verdade, o denominado "sursis processual" começa a aparecer como uma condenação disfarçada, gerando prejuízos à liberdade jurídica do cidadão e projetando efeitos extrapenais apreciáveis. Já há os que sustentam, na denominada jurisdição disciplinar, que a transação e a suspensão do curso do procedimento caracterizam forma anômala de confissão. Paralelamente, alguns tribunais resistem à aplicação da lei nova a casos em tramitação. Ressalte-se a posição do Supremo Tribunal Federal, ao qual, mesmo inexistindo até agora a denominada Súmula Vinculante, outras sedes de jurisdição haverão de curvar-se mais cedo ou mais tarde, a exemplo das turmas do próprio STF, que aceitam as decisões do pleno, embora discordando internamente. O Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, assentou: "Por aparente contrariedade ao disposto no art. 5.º, XL, da CF ("A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"), o Tribunal, por unanimidade, deferiu, em parte, o pedido de liminar formulado em ação direta ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra o art. 90 da Lei 9.099/95 ("As disposições desta lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada"), para dar interpretação conforme à Constituição e excluir, com eficácia *ex tunc*, do dispositivo impugnado, o sentido que impeça aplicação aos processos penais com instrução já iniciada quando da vigência da referida lei – de norma de direito penal mais favorável ao réu. Precedentes citados. Inq 1.055-AM (*DJU* de 24.05.1996) e HC 74.305-SP (Acórdão pendente de publicação, v. *Informativo* 57). ADInMC 1.719-UF, rel. Min Moreira Alves, 03.12.1997 (V. *Informativo* 95 1/5/12/97 – STF).

A decisão que servia de precedente à ementa acima transcrita (74.305-SP) acentuava, no trecho que interessa: "*Se já foi prolatada sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, antes da entrada em vigor da Lei 9.099/95, não pode ser essa transação processual (art. 89) aplicada retroativamente, porque a situação em que, nesse momento, se encontra o processo penal, já não mais condiz com a finalidade para a qual o benefício foi instituído, benefício esse que, se aplicado retroativamente, nesse momento, teria, até, sua natureza jurídica modificada para a de verdadeira transação penal.* No caso dos autos, a sentença

condenatória e o acórdão que, em grau de apelação, a manteve, por maioria de votos, foram proferidos antes do advento da referida lei" (HC 74.305, rel. Min. Sidney Sanches).

Fica difícil, na hipótese vertente de vigência da lei nova antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, impedir-se a retroatividade benéfica. Na verdade, a decisão recorrível ainda funciona, ali, com imenso sentido provisório, pois sujeita à modificação resultante de recurso interposto pelo acusado. E enquanto não fazendo coisa julgada material, parece que a sentença condenatória não pode obstar a retroação da Lei 9.099/95. Requisito fundamental para tal retroação seria, é claro, *o recurso interposto pelo condenado*, não se compreendendo na interpretação os recursos extraordinário e o especial, ambos ineficazes como geratrizes do efeito pretendido.

10. JURISPRUDÊNCIA

10.5 Jurisprudência Organizada e Comentada

EXECUÇÃO PENAL[1]

PARTE III

SÉRGIO MAZINA MARTINS[2]

Diretor do IBCCrim, Secretário da Associação Juízes para a Democracia, Professor de Direito Penal na Universidade São Marcos (São Paulo), Juiz de Direito na Vara das Execuções Criminais de São Paulo

Sumário:

29. Livramento Condicional

29.1 Lapso temporal
- 29.1.1 Especial para reincidente
- 29.1.2 Beneficiário de maus antecedentes
  - a) lapso comum
  - b) lapso especial
- 29.1.3 Momento de aferição

29.2 Merecimento
- 29.2.1 Natureza
- 29.2.2 Conduta disciplinar
  - a) deferimento
  - b) indeferimento

29.3 Pareceres técnicos: hipótese de necessidade

29.4 Parecer do Conselho Penitenciário: hipótese de desnecessidade

29.5 Concessão por *habeas corpus*: meio inidôneo

29.6 Revogação obrigatória: novo crime com condenação irrecorrível

29.7 Revogação facultativa: descumprimento de condição

(1) As duas partes anteriores deste trabalho foram publicadas nos números 19 e 20 da *RBCCrim*, sendo agora apresentada sua terceira e última parte, como sempre obedecendo a ordem das matérias seguida pela Lei 7.210/96 (Lei de Execução Penal – LEP). Dentro de um mesmo item, as ementas seguem a seqüência da data de julgamento ou, na sua falta, da época de publicação. As siglas e abreviaturas seguem os padrões consagrados nas publicações do IBCCrim, com as seguintes observações específicas: "red." indica que a ementa foi redigida pelo organizador, a partir do original do Acórdão; "dtj" indica que a decisão transitou em julgado; "tj" indica a data do trânsito em julgado; "1.ª inst." (seguida da Vara respectiva) indica o número do feito em primeira instância (caso não haja outra indicação, trata-se do número do feito na Vara das Execuções Criminais de São Paulo); "VEC/SP" indica a Vara das Execuções Criminais da capital de São Paulo. Julgados que versam sobre mais de um tema eventualmente foram divididos por mais de um item.

(2) O organizador externa novamente seus agradecimentos pelas colaborações do Promotor de Justiça Dr. Álvaro Busana, renovando também sua gratidão pelas colaborações dos Juízes de Direito da Vara das Execuções Criminais de São Paulo e, em particular, dos magistrados Benedito Roberto Garcia Pozzer, Fernanda Gomes Camacho e Mariano Cassavia Neto.

29.8 Suspensão do livramento: possibilidade

29.9 Restabelecimento: inadmissibilidade por *habeas corpus*

29-A. Interdição Temporária de Direitos

29-A.1 Natureza jurídica

30. Suspensão Condicional da Pena – *Sursis*

30.1 Concessão pelo Juízo da condenação: critérios e natureza jurídica

30.2 Omissão na condenação: suprimento na execução

30.3 Condenação sem especificação das condições: suprimento na execução

30.4 Audiência admonitória: ausência do beneficiário

30.5 Condições e natureza do *sursis* simples

30.6 Condições especiais: hipótese de inadmissibilidade

30.7 Revogação

30.7.1 Oportunidade

30.7.2 Obrigatoriedade: não caracterização

30.7.3 Incompatibilidade com pena privativa de liberdade

30.8 Prorrogação do período de prova

30.8.1 Processo em andamento

30.8.2 Declaração expressa: desnecessidade

30.9 Prescrição da pretensão executória: suspensão no curso do *sursis*

30.10 *Habeas corpus*

30.10.1 Admissibilidade restrita

30.10.2 Inadmissibilidade

31. Pena de Multa

31.1 Natureza jurídica e advento da Lei 9.268/96

31.2 Correção monetária: termo inicial de incidência

31.2.1 A partir da data do fato

31.2.2 A partir do trânsito em julgado

31.2.3 A partir do 10.º dia após o trânsito em julgado

31.3 Multa e privação de liberdade

31.3.1 Antes da Lei 9.268/96: hipótese de não conversão

31.3.2 Após a Lei 9.268/96: inadmissibilidade

31.4 Liquidação

31.4.1 Competência do Juízo criminal ou da execução

31.4.2 Notificação para pagamento voluntário

31.5 Execução civil (após a Lei 9.268/96)

31.5.1 Titularidade ativa do Ministério Público e competência do Juízo da execução penal

31.5.2 Titularidade ativa da Fazenda Pública e competência do Juízo cível especializado

31.6 Prescrição da pretensão executória no curso do período de prova (após a Lei 9.268/96)

31.6.1 Admissibilidade

31.6.2 Inadmissibilidade

31.7 *Habeas corpus*

31.7.1 Meio idôneo

31.7.2 Meio inidôneo

31.8 Extinção por detração analógica

31.8.1 Admissibilidade

31.8.2 Inadmissibilidade

31.9 Extinção em face do valor irrisório (inexeqüibilidade): admissibilidade

32. Medidas de Segurança

32.1 Prazo máximo: pena concreta aplicável ao caso

32.2 Recolhimento indevido em estabelecimento prisional: inadmissibilidade e soluções

32.3 Prescrição da pretensão executória: inadmissibilidade

32.4 Incidente de cessação de periculosidade na internação: procedimento

32.5 Cessação de periculosidade e encaminhamento a estabelecimento hospitalar comum: admissibilidade

32.6 Conversão da pena privativa de liberdade em medida de segurança na superveniência de doença ou perturbação mental (LEP, art. 183)
32.6.1 Procedimento
32.6.2 Inadmissibilidade
32.6.3 Limites específicos
32.7 *Habeas corpus*: hipótese de inadmissibilidade
33. Indulto e Comutação Coletivos
33.1 Natureza do indulto coletivo
33.2 Competência abstrata do Presidente da República
33.3 Competência jurisdicional: Juízo da execução
33.4 Exclusão em face da hediondez ou caráter assemelhado
33.4.1 Exclusão geral: admissibilidade
33.4.2 Exclusão específica de autores de crimes na época do fato não classificados legalmente como hediondos ou assemelhados: admissibilidade
33.4.3 Exclusão de homicídio qualificado em geral no Dec. Presid. 1.242/94
a) admissibilidade
b) inadmissibilidade
33.5 Discriminação por tempo de cumprimento de pena: casuística
33.6 Discriminação por critério de reincidência: deferimento
33.7 Exclusão de beneficiários de comutações anteriores
33.8 Reparação do dano
33.8.1 Deferimento
33.8.2 Indeferimento
33.9 Condenados em *sursis*
33.10 Discriminações subjetivas
33.10.1 Prognóstico de não reincidência e pareceres técnicos: indeferimento
33.10.2 Comportamento disciplinar: hipóteses de indeferimento
33.10.3 Comportamento disciplinar: período de abrangência
33.11 Indulto especial (Dec. Presid. 1.860/96)
33.11.1 Reincidência: indeferimento
33.11.2 Exclusão de roubos qualificados pelos incs. II e III do par. 2.° do art. 157 do Cód. Penal
a) cumulatividade do impedimento
b) alternatividade do impedimento
33.11.3 Imposição de condições: admissibilidade
33.11.4 Deferimento por política criminal
33.12 Indulto humanitário
33.12.1 Estágio avançado de doença grave e irreversível
a) deferimento
b) indeferimento
33.12.2 Comprovação médica e seus critérios
33.13 Efeitos do indulto pleno: inadmissibilidade da extinção da multa
33.14 Questões processuais em geral
33.14.1 Oitiva do Conselho Penitenciário: desnecessidade
33.14.2 Demora judicial
33.14.3 Instrução do pedido: ônus da parte
33.15 *Habeas corpus*: meio inidôneo
34. Procedimento Judicial em Geral
34.1 Princípios da economia, da informalidade e da celeridade
34.2 Procedimento: oitiva das partes interessadas
34.3 Recursos
34.3.1 Interesse
34.3.2 Tempestividade
34.3.3 Procedimento: rito do agravo do processo civil
34.3.4 Procedimento: rito do recurso em sentido estrito

34.3.5 Embargos infringentes e de nulidade: inadmissibilidade
34.4 Mandado de segurança
34.4.1 Hipótese de admissibilidade
34.4.2 Hipóteses de inadmissibilidade
34.5 *Habeas corpus* em geral
34.5.1 Hipóteses de admissibilidade
34.5.2 Hipóteses de inadmissibilidade
34.5.3 Generalidades
35. Reabilitação Criminal
35.1 Natureza jurídica
35.2 Ausência de ressarcimento do dano: indeferimento
35.3 Recurso de ofício
35.3.1 Admissibilidade
35.3.2 Inadmissibilidade
35.4 Renovação do pedido: admissibilidade
35.5 Insubsistência do instituto após a LEP
35.6 *Habeas corpus*: inadmissibilidade
36. Temas Diversos
36.1 Conceitos de maus antecedentes e de reincidência
36.2 Expulsão de estrangeiro: hipótese de inadmissibilidade
36.3 Homonímia e/ou incidente de identificação: critérios

29. Livramento Condicional

Nota: o livramento condicional geralmente é reservado para o último estágio da execução penal, o que não significa que deva necessariamente ser antecedido da progressão de regime prisional: não é incomum o condenado não haver sido progredido ao semi-aberto por tal ou qual razão específica (muitas vezes até pela demora na tramitação de seu pedido respectivo) e, apesar disso, já estar desde logo em condições de receber o livramento condicional. O que importa ter claro é que o pressuposto lógico do livramento condicional nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça é mais veemente do que aquele da progressão: para o livramento, nesses casos, faz-se imprescindível o prognóstico de não reincidência que, dificilmente, pode ser colhido já nos estágios iniciais do cumprimento da pena.

O livramento condicional presta-se como ponto de ruptura da concepção puramente aritmética das penas privativas de liberdade: não são elas medidas que se cumpre por algum compromisso formal, mas sim por compromisso material, isto é, se e enquanto o condenado reclamar uma medida de contenção em vista de seu específico potencial criminógeno. Para além desse ponto, há necessidade de substituir a pena privativa de liberdade por outras formas não mais de vigilância, mas de acompanhamento do condenado em seu reencontro com a liberdade plena. Eis aí, de retorno, a inteligência específica e mais exuberante do direito de execução penal, em toda a sua plenitude.

Malgrado a riqueza da lei penal, infelizmente nossa realidade é precária para o atendimento desse compromisso de acompanhamento ao liberado, pese a economia que esse acompanhamento significa em relação aos elevados custos materiais e humanos reclamados pelo cumprimento das penas privativas de liberdade.

29.1 Lapso temporal

29.1.1 Especial para reincidente

Nota: tratando-se de condenado tecnicamente reincidente, a lei penal reserva-lhe um lapso temporal mais dilatado (metade da pena). As mesmas considerações que já tecemos quanto à natureza do lapso temporal para a progressão de regime prisional podem ser aqui relembradas.

• *"Livramento condicional – Concessão – Inadmissibilidade – Requisito temporal – Não preenchimento – Réu reincidente – Necessidade de cumprimento de ao menos metade da pena – Sentença reformada – Recurso provido"* (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 202.205-3, São Paulo; j. 22.4.96, v. u., Rel. Renato Talli; Bol. TJSP 17/11).

29.1.2 Beneficiário de maus antecedentes

Nota: irretorquível esquecimento do legislador trouxe-nos o problema de qual seria o lapso temporal para aquele condenado que, embora primário, porta todavia maus antecedentes. Geraram-se assim duas correntes jurisprudenciais: uns afirmam que, nesses casos, o lapso seria o do condenado primário (um terço); para outros, o do condenado reincidente (metade). Uma leitura rigorosamente técnica imporia a construção de um lapso entre um terço e metade, o que nos forçaria a aceitarmos que, em se tratando de réu primário de maus antecedentes, o único lapso admissível seria o de um terço mais um dia de pena.

(a) lapso comum

"Não se aplica ao condenado portador de maus antecedentes o requisito temporal mais amplo de dever cumprir metade das penas exeqüendas para postular o livramento condicional, requisito este reservado para os reincidentes. É que a reincidência, circunstância agravante, não se confunde com os maus antecedentes, simples circunstância judicial do art. 59 do CP, não sendo possível, neste último caso, sob pena de utilização de analogia *in malam partem*, a adoção da regra contida no art. 83, II, do mesmo código (cf., a propósito, precedentes desta Câmara, da lavra do Juiz Augusto César, *in* RJDTACRIM 10/23, e da 11.ª Câmara, relatado pelo Juiz Sidnei Benetti no Ag. Exec. 640.545-9, colacionado por Alberto Silva Franco e outros, *in* Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, p. 1.045/1.046, n. 2.00, Ed. Rev. dos Tribunais, 5.ª ed., 1995)" (TACRIM-SP, 7.ª C.; Ag. Exec. 1.021.155/0, São Paulo; j. 15.08.1996, v. u., Rel. Nogueira Filho; red.).

(b) lapso especial

• "*Livramento condicional.* Condenado primário, mas possuidor de maus antecedentes. Aplicação da exigência do inciso II do art. 83 do Código Penal (cumprimento de mais da metade da pena), e não do pressuposto temporal requerido no item I do mesmo dispositivo (mais de um terço). *Habeas corpus* indeferido" (STF, 1.ª T.; HC 73.002-7, Rio de Janeiro; j. 06.02.1996, v. u., Rel. Octavio Gallotti; DJU 26.04.1996, p. 13.114).

• "O prazo mínimo de cumprimento da pena, para fins de obtenção de livramento condicional, ao sentenciado portador de maus antecedentes é igual ao estabelecido para o reincidente" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 215.218-3/9, São Paulo; j. 25.11.1996, v. u., Rel. Andrade Cavalcanti; red.).

29.1.3 Momento de aferição

Nota: o momento exato de aferição é a data do julgamento do pedido em primeira instância, com a cautela de serem ouvidas as partes após completado o lapso mínimo legal (tendo porventura sido ouvidas antes, uma vez atingido o lapso mínimo o juiz deve reabrir-lhes a oportunidade de nova manifestação).

• "Dá-se por prejudicado o agravo interposto pelo Ministério Público contra concessão cautelar de livramento condicional, sob a alegação exclusiva de insatisfação do requisito objetivo quando, à diferença da época da decisão recorrida, na data do julgamento do recurso pelo tribunal tal pressuposto já se encontra superado, estando assim atingido o lapso exigido por lei" (TACRIM-SP, 4.ª C.; Ag. Exec. 979.945/0, São Paulo; j. 05.12.1995, v. u., Rel. Passos de Freitas; tj 21.02.1996; red.; 1.ª inst. 379.104).

29.2 Merecimento

Nota: há duas situações distintas: tratando-se de condenado por crime sem violência ou grave ameaça, basta o atendimento dos requisitos genéricos da lei penal (Cód. Penal, art. 83, incisos I a IV); tratando-se porém de condenado por qualquer desses crimes (ainda que a pena tenha sido unificada a outras sem tais qualidades), faz-se necessária o prognóstico de não reincidência (Cód. Penal, art. 83, parágrafo único).

Questão interessante diz respeito a condenados por crimes de tráfico de entorpecentes: a rigor, pese anotações jurisprudenciais em contrário, para esses a lei penal não exige a subscrição daquele prognóstico, satisfazendo-se, portanto, com os requisitos genéricos qualificados por lapso temporal mais veemente (Cód. Penal, art. 83, inciso V).

29.2.1 Natureza

• "O livramento condicional é benefício vinculado não apenas ao preenchimento de condições objetivas. Mais importantes até do que estas são as circunstâncias subjetivas, autorizadoras de conclusão de se encontrar o sentenciado apto a enfrentar a vida em liberdade, cônscio de seu erro, imbuído do propósito de não mais delinqüir" (TACRIM-SP, 11.ª C.; Ag. Exec. 973.185/4, São Paulo; j. 04.12.1995, v. u., Rel. Renato Nalini; red.).

29.2.2 Conduta disciplinar

Nota: um dos mais importantes dos requisitos genéricos é que o condenado apresente satisfatório comportamento disciplinar no curso da execução de sua pena. Necessário, todavia, compreender com exatidão a inteligência da lei: as faltas disciplinares, mesmo as mais graves, são impeditivas na medida direta de sua atualidade e importância. Logo, não se pode denegar o livramento condicional com vistas a faltas disciplinares que já nada mais representam do que um mero registro de épocas mais pretéritas no cumprimento da pena e que, à vista de informações mais recentes, cederam espaço para uma conduta disciplinar melhor elaborada.

(a) deferimento

• "Tratando-se de pedido de livramento condicional, deve ser interpretada em favor do condenado a circunstância de ter sido autorizado em várias oportunidades a sair do presídio, horando a palavra empenhada e retornando espontaneamente ao estabelecimento" (TJSP, 3.ª C. Crim.; Ag. 108.413-3/3, São Paulo; j. 25.05.1992, v. u., Rel. Carlos Bueno; dtj; 1.ª inst. 296.011 – VEC/SP; red.).

(b) indeferimento

• "Não obstante parecer favorável da CTC, não satisfaz os pressupostos à obtenção de livramento condicional o condenado que se evadiu do semi-aberto e, recapturado, voltou a se envolver em episódio criminal no interior do estabelecimento prisional, ostentando assim comportamento insatisfatório durante a execução da pena, óbice a alcançar o benefício pleiteado. É que o art. 83, III, do CP exige *comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena*, requisito que, uma vez não atendido, impede o condenado galgar o livramento condicional, consoante reiterada jurisprudência (RT 616/373 e 643/334)" (TJSP, 3.ª C. Crim. de Férias; Ag. 123.941-3/2, São Paulo; j. 08.07.1992, v. u., Rel. Péricles Piza; red.).

• "De acordo com o que estabelece o art. 83, III, do CP, para que possa obter o livramento condicional deve o detento apresentar comportamento satisfatório durante a execução da pena. Assim, não deve ser deferido esse pedido quando o condenado registra anterior evasão do semi-aberto, praticou faltas disciplinares e envolveu-se em crime no interior do presídio. A boa conduta carcerária posterior, à evidência, não afasta o mau comportamento anterior, de modo que o livramento condicional deve ser, nesses casos, recusado" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 163.156-3/2, São Paulo; j. 18.8.94, v. u., Rel. Augusto César; red.).

• *"Penal – Livramento condicional – Requisitos.* 1. Não faz jus ao livramento condicional o apenado que foge do cárcere e pratica novo crime, pois não preenche ele o requisito de comportamento satisfatório exigido na lei (CP, art. 83, III). 2. Recurso não conhecido" (STJ, 5.ª T.; REsp. 72.637, Rio de Janeiro; j. 26.03.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 22.04.1996, p. 12.601).

• "Não faz jus à concessão do livramento condicional o condenado que não preenche de forma satisfatória os requisitos do art. 83, III, primeira parte e do parágrafo único do Código Penal, não reunindo condições pessoais de que não voltará a delinqüir" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 213.527-3/4, São Paulo; j. 10.10.1996, v. u., Rel. Gentil Leite; red.).

29.3 Pareceres técnicos: hipótese de necessidade

Nota: os pareceres técnicos completos das CTCs são imprescindíveis quando se tratar de condenado por crime cometido com violência ou grave ameaça. Para além dessas hipóteses, já não são eles indispensáveis, bastando ao pretendente comprovar o atendimento dos demais requisitos legais genéricos.

• "A norma inscrita no parágrafo único do art. 83 do Código Penal, que faculta a realização de perícia médico-psiquiátrica do condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, para obtenção do benefício do livramento condicional revela-se materialmente compatível com a Carta Política de 1988, achando-se, conseqüentemente, em plena vigência. O magistrado, sempre que entender essencial ao deferimento do livramento condicional a constatação de condições pessoais que façam presumir que o sentenciado não voltará a delinqüir, poderá, para efeito de formação do seu próprio convencimento, ordenar a perícia médico-psiquiátrica. O Supremo Tribunal Federal, muito embora acentue em seus pronunciamentos jurisprudenciais que o art. 83, parágrafo único do Código Penal não torna compulsória a perícia médica, adverte que esta não se acha vedada pela norma legal, submetendo-se, quanto à sua realização, à apreciação discricionária – e sempre motivada – do juiz" (STF, 1.ª T.; HC 69.740-2, São Paulo; Rel. Celso de Mello; DJU 18.06.1993, p. 12.112).

29.4 Parecer do Conselho Penitenciário: hipótese de desnecessidade

Nota: pese o entendimento adotado pelo julgado abaixo, é certo que o parecer prévio do Conselho Penitenciário é imprescindível para a apreciação do pedido de livramento condicional, o que, todavia, não implica excluir em absoluto a hipótese de medida judicial de caráter cautelar quando estiverem presentes seus pressupostos próprios (aparência do bom direito reclamado e perigo de demora na prestação jurisdicional), casos em que o Juízo poderá até mesmo suspender a aplicação da pena privativa de liberdade enquanto é colhido o parecer do Conselho Penitenciário para que, adiante, seja apreciado o mérito do pedido em caráter definitivo.

• "É possível a apreciação do benefício de livramento condicional, sem o laudo de exame criminológico e o parecer do Conselho Penitenciário, se decorridos tantos meses, em razão da deficiência dos meios administrativos, a Coordenadoria ou o Conselho Penitenciário retém o procedimento, pois a delonga, não motivada pelo paciente, pode comprometer seu *jus libertatis*" (TACRIM-SP, 4.ª C.; HC 182.740/6, São Paulo; j. 26.07.1989, v. u., Rel. Luiz Pantaleão; RJDTACRIM 4/183).

29.5 Concessão por "habeas corpus": meio inidôneo

Nota: em princípio, o *habeas corpus* não é meio idôneo para a apreciação do pedido de livramento condicional. A exceção fica reservada para a rara hipótese de indeferimento anterior baseado em questão puramente técnica, embora admitida a presença dos requisitos específicos no caso concreto (por exemplo, um indeferimento baseado exclusivamente no não atendimento do lapso temporal especial que, porventura, pode não ser aplicável ao caso concreto). Também em caráter acessório, obstáculos impeditivos para a apreciação do pedido podem vir a ser afastados por *habeas corpus*, caso em que o Tribunal determinará ao Juízo da execução a apreciação do mérito da pretensão que lhe está sendo apresentada.

• "Exigindo a verificação da ocorrência, ou não, dos requisitos subjetivos necessários, para a concessão do livramento condicional, exame aprofundado de fatos, não é o *habeas corpus* o instrumento processual idôneo para fazê-lo" (STF, 1.ª T.; HC 69.727-5, São Paulo; Rel. Moreira Alves; DJU 12.03.1993, p. 3.561).

• "O pedido de livramento condicional, por implicar uma série de requisitos objetivos e subjetivos, não tem como ser apreciado via *habeas corpus*" (STJ, 6.ª T.; HC 4.323, Pará; j. 26.02.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; extraído de DJU 15.04.1996, p. 11.553). No mesmo sentido: STJ, 6.ª T.; HC 4.324, Pará; j. 26.02.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 15.04.1996, p. 11.553.

• "*Criminal – Livramento condicional – Progressão carcerária. Habeas corpus.* Ordem bem denegada, na origem, dada a impropriedade do *writ* para exame dos fatos embasadores dos pretendidos benefícios carcerários pendentes de apreciação em primeiro grau" (STJ, 5.ª T.; HC 4.341, São Paulo; j. 16.04.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 27.05.1996, p. 17.880).

• "O *habeas corpus* não é meio adequado para se pleitear a concessão de livramento condicional que depende de apreciação de re-

quisitos objetivos e subjetivos, o que não pode ser apreciado no âmbito restrito da ordem pleiteada" (TACRIM-SP, 16.ª C.; HC 296.720/1, São Paulo; j. 21.11.1996, v. u., Rel. Carlos Bonchristiano; red.).

29.6 Revogação obrigatória: novo crime com condenação irrecorrível

Nota: o advento de nova condenação irrecorrível, por crime cometido na vigência do livramento condicional, impõe sua revogação. Necessário, todavia, aguardar o trânsito em julgado da nova condenação, facultando-se, quando presentes os pressupostos próprios, a suspensão provisória do livramento enquanto é aguardado o desfecho do novo processo criminal. Também aqui, evidentemente, é necessária a oitiva prévia das partes.

• "A LEP consagrou a jurisdicionalização da pena. O condenado deixou de ser – objeto – e passou a ser – sujeito – da execução. Assim, o contraditório (Const., art. 5.º, LV) não pode ser olvidado. Compreende tanto o processo judicial como o administrativo. A suspensão do livramento condicional antecede a sentença condenatória trânsita em julgado. A revogação, contudo, depende de sentença firme. Em qualquer caso, porém, impõe-se o direito de defesa" (STJ, 6.ª T.; HC 2.696-9; j. 24.06.1994, v. u., Rel. Vicente Cernicchiaro; DJU 26.09.1994, p. 25.668; Bol. IBCCrim 23, nov. 1994, p. 76).

29.7 Revogação facultativa: descumprimento de condição

Nota: importante observar que a revogação exige sempre a oitiva prévia do condenado, de forma que não há como subsistirem decisões que a impõem sem tal procedimento (LEP, art. 143, parte final).

• "*Criminal – Livramento condicional.* Revogação. Incensurabilidade da decisão, dada a sua conformação ao permissivo do art. 87 do Código Penal" (STJ, 5.ª T.; RHC 5.310, Paraíba; j. 26.03.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 06.05.1996, p. 14.434).

29.8 Suspensão do livramento: possibilidade

Nota: v. nota ao item 29.6 (*supra*).

• "Diante do cometimento de falta disciplinar de natureza grave, a suspensão cautelar do livramento condicional é perfeitamente legal" (TJSP, 2.ª C. Crim.; HC 204.771.3/6, São Paulo; j. 18.03.1996, v. u., Rel. Renato Talli; red.).

29.9 Restabelecimento: inadmissibilidade por "habeas corpus"

Nota: o restabelecimento não se confunde com a concessão de novo livramento condicional, esta sim proibida expressamente (Cód. Penal, art. 88). Há casos em que houve a revogação por motivos que se superaram após no tempo, sobretudo em hipóteses de revogação facultativa: nesses casos é admissível o restabelecimento do livramento condicional quando o contexto que trouxe a revogação já não mais subsiste. O pedido de restabelecimento, é claro, deve ser apresentado ao Juízo da execução, cuja decisão é passível de recurso de agravo.

• "*Processual penal – 'Habeas corpus' – Restabelecimento do benefício de livramento condicional – Remédio processual impróprio – Contrangimento ilegal – Inexistência – Exame de provas – Inviabilidade.* Inviável a concessão do *writ* quando a pretensão nele veiculada concerne a pedido de restabelecimento do benefício de livramento condicional. O *habeas corpus*, remédio constitucional assecuratório da liberdade física ou do direito de locomoção, tem rito especial, não comportando, no seu curso, dilação probatória. Ordem denegada" (STJ, 6.ª T.; HC 4.125, São Paulo; j. 04.12.1995, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 11.03.1996, p. 6.663).

29-A. Interdição Temporária de Direitos

29-A.1 Natureza jurídica

Nota: com a reforma da parte geral do Código Penal, ocorrida em 1984, surgiram as penas ditas alternativas (restritivas de direito), as quais substituem na própria decisão condenatória a pena privativa de liberdade.

• "Desapareceu a pena acessória de interdição de direito ou incapacidade temporária

para profissão ou atividade (art. 69, IV, do CP de 1940). Agora, qualquer interdição constitui pena principal e autônoma e substitui, nos casos previstos, as privativas de liberdade (arts. 32, 44, 47, I e III, 56 e 57 do CP vigente)" (TACRIM-SP, 2.ª C.; MS 138.522-7, São Paulo; j. 07.02.1985, v. u., Rel. Dimas Ribeiro; RT 595/359).

30. Suspensão Condicional da Pena – "Sursis"

30.1 Concessão pelo Juízo da condenação: critérios e natureza jurídica

Nota: pese a terminologia legal, há hoje uma franca corrente jurisprudencial entendendo que o *sursis* é modalidade de cumprimento de pena, já que herdou, da reforma legislativa de 1984, um nítido caráter sancionatório. Há porém graves conseqüências desse entendimento: imagine-se por exemplo a revogação do *sursis* quando já decorrido quase todo o período de prova, caso em que entendê-lo como modalidade de cumprimento de pena imporia o prosseguimento da execução apenas pelo saldo restante da pena privativa de liberdade, proporcionalmente descontada daquela parte referente ao que já se cumpriu do período de prova. Assim também há conseqüências importantes referentes à interrupção do lapso prescricional (Cód. Penal, art. 117, V).

Cabe ao Juízo da condenação a fixação original do *sursis*, com a especificação literal de suas condições (são altamente desaconselháveis as fórmulas genéricas e imprecisas, assim como é desaconselhável relegar a imposição das condições ao Juízo da execução).

• "*'Sursis' – Antecedentes – Condenação anterior prescrita. Habeas corpus.* Ré condenada a dois anos de reclusão. *Sursis*. Condenação anterior à pena de multa não impede a concessão do benefício. Código Penal, art. 77, § 1.º. Hipótese em que, em grau de apelação, veio, ainda, a ser declarada extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Essa anterior condenação não marca, assim, os antecedentes do réu, nem gera futura reincidência. Não havia, dessa maneira, amparo legal para o acórdão cassar o *sursis* concedido na sentença, onde condenada a paciente a dois anos de reclusão. *Habeas corpus* deferido, para restabelecer o *sursis* concedido na decisão de primeiro grau" (STF, 2.ª T.; HC 69.918-9; j. 02.03.1993, v. u., Rel. Néri da Silveira; DJU 26.03.1993, p. 5.005; *apud* TORON, Alberto Zacharias; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, Revista dos Tribunais; ano 1, n.º 2, abril-junho 1993, p. 240).

• "Com a reforma de 1984, o *sursis* passou a ser medida alternativa, tipicamente sancionatória, já que implica na satisfação de encargos e condições consistentes na restrição de direitos, de modo a ser impossível sua concessão sem a imposição de condições, por entender o juiz que as mesmas não são necessárias" (TACRIM-SP, 13.ª C.; Ap. 707.691; j. 16.11.1993, v. u., Rel. San Juan França; Bol. IBCCrim 14/42).

• "Tendo esta Corte reduzido a pena a um ano e seis meses, é obrigatório o pronunciamento sobre a suspensão condicional da pena (art. 157 da Lei 7.210/84). O *sursis* é um direito do condenado, desde que preenchidos os requisitos legais, o que ocorre no caso. (...) *Sursis* concedido, conferindo-se ao Juízo de Execução o disposto no art. 159, § 2.º, da Lei 7.210/84" (TRF – 2.ª Reg., 1.ª T.; Ap. 90.02.13339-1, Espírito Santo; j. 07.02.1994, v. u., Rel. Tânia Heine; DJU 01.03.1994, p. 6.871; extraído *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; ano 2, n.º 6, abril-junho 1994; p. 231).

• "Cumpre ao órgão judiciário sentenciante, sempre que fixar o período de prova do *sursis* acima do mínimo legal, proceder a uma necessária e adequada fundamentação desse ato decisório, sob pena de injusta coação ao *status libertatis* do condenado (RTJ 135/686). Jurisprudência e doutrina" (STF, 1.ª T.; HC 71.697-1, Goiás; j. 27.09.94, v. u., Rel. Celso de Mello; DJU 16.08.1996, p. 28.107).

• "*'Habeas corpus' – Suspensão condicional da pena – Decisão fundamentada.* Impõe-se ao juiz o dever de dizer sobre o *sursis* quando a condenação não excede dois anos. O art. 77-II do Código Penal pede ao magistrado a apreciação dos antecedentes, da conduta so-

cial e da personalidade do agente: assim foi feito, e essa análise não resultou favorável ao paciente. Ausência de ilegalidade. Ordem denegada" (STF, 2.ª T.; HC 73.041-8, Rio de Janeiro; j. 21.11.1995, v. u., Rel. Francisco Rezek; DJU 31.05.1996, p. 18.801).

• "*REsp. – Penal – Processual penal – 'Sursis'*. O *sursis*, denominado, no Código Penal, *suspensão condicional da pena* (*rectius* – suspensão condicional da execução da pena) deixou de ser mero incidente da execução para tornar-se modalidade de execução da condenação. Livra o condenado da sanção que afeta o *status libertatis*, todavia, impõe-se-lhe pena menos severa, eminentemente pedagógica. O confronto do instituto na redação inicial da Parte Geral do Código Penal e a dada pela reforma de 1984 evidencia ser a primeira mais benigna" (STJ, 6.ª T.; REsp. 54.695-8, São Paulo; j. 27.11.1995, v. u., Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro; DJU 15.04.1996, p. 11.556).

• "Comprovada a culpabilidade, correta a pena imposta de dois anos de reclusão mas, inexistindo decisão quanto ao mérito, por ilícito penal praticado anteriormente, e atendendo à condição de o réu ter mais de 70 anos, deve-se conceder o *sursis*, suspendendo-se a execução da pena pelo prazo de quatro anos com as condições que se estipulam" (TRF – 4.ª Reg., 2.ª T.; Ap. 295.04.46130-1, Rio Grande do Sul; j. 14.12.1995, m. v., Rel. designado Dória Furquim; DJU 14.02.1996, p. 7.365; Bol. IBCCrim 40, abril 1996, p. 134).

• "*REsp. – Processual penal – Sentença incompleta.* A sentença é válida quando contém os elementos essenciais (relatório, motivação, dispositivo). A omissão, dada a natureza do julgado, que silencia quanto ao *sursis*, torna-a incompleta. Não se confunde, entretanto, com a nulidade. No caso *sub judice*, o Tribunal atuou nos limites de *tantum appellatum, tantum devolutum*" (STJ, 6.ª T.; REsp. 75.995, Santa Catarina; j. 19.12.1995, v. u., Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro; DJU 13.05.1996, p. 15.582).

• "*Criminal – Aplicação da pena – Suspensão condicional.* Maus antecedentes. Como tal se classificam, com empeço da suspensão condicional da pena, outros procedimentos penais em curso contra o réu" (STJ, 5.ª T.; REsp. 72.248, São Paulo; j. 12.2.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 25.03.1996, p. 8.593).

• "*'Habeas corpus' – 'Sursis' – Condições objetivas do benefício: ausência. Sursis* recusado na conformidade dos motivos narrados pelo tribunal de origem. Ausência de constrangimento ilegal. *Habeas corpus* indeferido" (STF, 2.ª T.; HC 73.262-3, São Paulo; j. 13.02.1996, v. u., Rel. Francisco Rezek; DJU 17.05.1996, p. 16.326).

• "*Sursis – Réu reincidente – Condenação anterior por crime culposo Precedente que não impede a concessão do sursis' – Instituto que prevalece sobre o do regime mais severo previsto para a reincidência – Inteligência dos arts. 33, § 2.º, alínea c', 63 e 77, I todos do CP – Recurso provido em parte*" (TJSP, 4.ª C. Crim.; Ap. 200.247-3, São José do Rio Preto; j. 19.03.1996, v. u., Rel. Ary Belfort; Bol. TJSP 16, julho 1996, p. 10).

• "*Suspensão condicional da pena.* Encontra amparo no benefício do art. 84 do CPM, o réu que respondendo processo em outro juízo, não tem condenação definitiva. Reconhecida a primariedade e os bons antecedentes. Decisão unânime" (STM; Ap. 47.444-7, Paraná; j. 28.03.1996, Rel. Luiz Guilherme de Freitas Coutinho; DJU 24.05.1996, p. 17.715).

• "*Penal – Processual penal – 'Habeas corpus' – 'Sursis': indeferimento – Maus antecedentes. Sursis* indeferido em razão dos maus antecedentes do paciente, segundo a prova existente nos autos. Impossibilidade de reexame dessa prova, em sede de *habeas corpus*" (STF, 2.ª T.; HC 73.629-7, Santa Catarina; j. 09.04.1996, v. u., Rel. Carlos Velloso; DJU 17.05.1996, p. 16.328).

30.2 Omissão na condenação: suprimento na execução

• "Compete ao Juiz ou ao Tribunal, motivadamente, pronunciar-se sobre o *sursis*, deferindo-o ou não sempre que a pena privativa de liberdade situar-se dentro dos limites em que ele é cabível. A fatos ocorridos após a vigência das Leis 7.209 e 7.210 de 1984 não se admite que o Juiz conceda a suspensão condicional *sem condições especiais*, tendo em vista o que está expressamente previsto nas

aludidas leis. Todavia, se o Juiz se omite em especificar as condições na sentença, cabe ao réu ou ao Ministério Público opor embargos de declaração, mas se a decisão transitou em julgado, nada impede que, provocado ou de ofício, o Juízo da Execução especifique as condições. Aí não se pode falar em ofensa à coisa julgada, pois esta diz respeito à concessão do *sursis* e não às condições, as quais podem ser alteradas no curso da execução" (STJ, 5.ª T.; REsp. 15.368-0, São Paulo; Rel. Jesus Costa Lima; DJU 28.02.1994, p. 2.906).

30.3 Condenação sem especificação das condições: suprimento na execução

Nota: a rigor, há limites para a competência do Juízo da execução fixar as condições do *sursis* quando estas foram simplesmente esquecidas pelo Juízo da condenação: aquele pode alterar as condições já fixadas quando do advento de fatos novos que assim recomendem, mas sua competência legal não alcança a fixação *ab ovo* de condições.

• "*'Sursis' – Fixação das condições – Juízo da Execução.* 1. Compete ao Juiz ou ao Tribunal, motivadamente, pronunciar-se sobre o *sursis*, deferindo-o ou não sempre que a pena privativa de liberdade situar-se dentro dos limites em que ele é cabível. A fatos ocorridos após a vigência das Leis 7.209 e 7.210 de 1984 não se admite que o juiz conceda a suspensão condicional *sem condições especiais*, tendo em vista o que está expressamente previsto nas aludidas leis. Todavia, se o Juiz se omite em especificar as condições na sentença, cabe ao réu ou ao Ministério Público opor embargos de declaração, mas se a decisão transitou em julgado, nada impede que, provocado ou de ofício, o Juízo da Execução especifique as condições. Aí não se pode falar em ofensa à coisa julgada, pois esta diz respeito à concessão do *sursis* e não às condições, as quais podem ser alteradas no curso da execução da pena. 2. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, 5.ª T.; REsp. 15.368-0, São Paulo; j. 09.02.1994, v. u., Rel. Jesus Costa Lima; DJU 28.02.1994, p. 2.906; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; ano 2, n.º 6, abril-junho 1994; p. 231).

30.4 Audiência admonitória: ausência do beneficiário

Nota: a ausência do beneficiário à audiência admonitória traz a revogação do *sursis* (e não propriamente que seja tornado *sem efeito* como disse o legislador no art. 161 da LEP). De qualquer modo, é comum, todavia, seu subseqüente restabelecimento quando esclarecidos e razoavelmente justificados os motivos da ausência anterior, cabendo também ao postulante comprovar seu paradeiro residencial.

• "O não comparecimento do beneficiário da suspensão condicional da pena à audiência de advertência não se confunde com a quebra das condições impostas na concessão do benefício. A primeira, situação imposta em que o Juiz-Auditor torne sem efeito a concessão, enquanto que, a segunda, implica na revogação da suspensão condicional da pena, por não cumprimento de uma das condições impostas" (STM; Correição Parcial 1.489-9, Paraná; j. 13.02.1996, v. u., Rel. Antônio Carlos de Seixas Telles; extraído de DJU 21.03.1996, p. 8.187).

30.5 Condições e natureza do "sursis" simples

Nota: sursis simples é aquele que comporta a imposição das condições do art. 78, par. primeiro, do Código Penal (enquanto *sursis* especial é aquele que comporta as condições de seu parágrafo segundo). Surgiu há alguns anos nos Tribunais paulistas a posição de que seria incorreto impor ao condenado as condições do *sursis* simples, já que tanto a prestação de serviços à comunidade quanto a limitação de fim de semana seriam penas substitutivas e não poderiam, assim, acompanhar a suspensão condicional da pena. A tese, por si própria insustentável, não vingou todavia nos Tribunais superiores, sendo inúmeros os julgados que a repelem sistematicamente. E de outra forma não poderia ser, já que aqueles institutos, na reforma de 1984, nem sempre têm o caráter de pena propriamente dita, admitindo o legislador que possam também adquirir o caráter de simples condição do *sursis*.

• "As condições elencadas no art. 78, par. 1.º, do CP são de imposição obrigatória no

primeiro ano da suspensão condicional da pena, mesmo porque o *sursis*, com o advento da Lei n.º 7.209/84, passou a ter caráter sancionador, não podendo mais ser considerado como mero incidente de execução" (TACRIM-SP, 1.ª C.; Ap. 763.579; j. 16.12.1993, v. u., Rel. Pires Neto; Bol. IBCCrim 16, maio 1994, p. 50).

• "Na dicção da ilustrada maioria do Supremo Tribunal Federal, o regime de cumprimento da pena não se coloca no âmbito da individualização desta, o que atrai a impossibilidade de assentar-se a procedência da pecha de inconstitucional em relação à regra do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90" (STF, 2.ª T.; HC 70.467-1, Mato Grosso do Sul; Rel. Marco Aurélio; DJU 03.09.1993, p. 17.744).

• "*REsp. – Penal – 'Sursis' – Condições.* O *sursis* foi reformulado na reforma da Parte Geral do Código Penal. Deixou de ser mero incidente da execução e passou a constituir modalidade da execução da pena. Daí a exigência de inclusão de prestação de serviços à comunidade, ou limitação de fim de semana" (STJ, 6.ª T.; REsp. 62.725-7, São Paulo; j. 27.11.1995, v. u., Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro; DJU 20.05.1996, p. 16.745).

• "*Penal – Recurso especial – Suspensão condicional da pena – 'Sursis' simples (CP, art. 78, § 1.º) – Primeiro período de prova – Prestação de serviços à comunidade.* O Código Penal, em seu art. 78, ao dispor sobre as espécies de suspensão condicional da pena, prevê, no parágrafo primeiro, o chamado *sursis* simples, que autoriza a sujeição do condenado à prestação de serviços à comunidade no primeiro ano de prova. A reforma penal introduzida pela Lei n.º 7.209/84 conferiu ao *sursis* a natureza de pena efetiva, afastando o antigo conceito de mero incidente de execução. – Recurso especial conhecido e provido" (STJ, 6.ª T.; REsp. 61.966-1, São Paulo; j. 04.12.1995, v. u., Rel. Vicente Leal).

• "*Penal – Recurso especial – Suspensão condicional da pena – Sursis' simples (CP, art. 78, § 1.º) – Primeiro período de prova – Prestação de serviços à comunidade.* O Código Penal, em seu art. 78, ao dispor sobre as espécies de suspensão condicional da pena, prevê, no parágrafo primeiro, o chamado *sursis* simples, que autoriza a sujeição do condenado à prestação de serviços à comunidade no primeiro ano de prova. A reforma penal introduzida pela Lei n.º 7.209/84 conferiu ao *sursis* a natureza de pena efetiva, afastando o antigo conceito de mero incidente de execução. – Recurso especial conhecido e provido" (STJ, 6.ª T.; REsp. 67.060-8, São Paulo; j. 13.02.1996, m. v., Rel. Vicente Leal; DJU 18.03.1996, p. 7.621).

• "*'Sursis' – Condição de prestação de serviços à comunidade – Art. 78, § 1.º, do Código Penal.* A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não há incompatibilidade com o atual sistema penal a imposição, na sentença, da prestação de serviços à comunidade ou a limitação de fim de semana, como condição do *sursis*. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, 6.ª T.; REsp. 81.575, São Paulo; j. 13.02.1996, v. u., Rel. William Patterson; DJU 13.05.1996, p. 15.604).

• "*Penal – Prestação de serviços à comunidade – Suspensão condicional da pena – Precedentes – Recurso especial conhecido e provido.* I – É perfeitamente cabível a prestação de serviços à comunidade como condição do *sursis* (art. 78, § 1.º, 1.ª parte, do CP). II – Precedentes da Corte: REsp. 57.858/SP, REsp. 6.442/SP e REsp. 15.239/SP. III – Recurso especial conhecido e provido" (STJ, 6.ª T.; REsp. 77.871, São Paulo; j. 13.02.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 15.04.1996, p. 11.571). No mesmo sentido: STJ, 6.ª T.; REsp. 67.014, São Paulo; j. 13.02.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 15.04.1996, p. 11.558.

• "*Penal – Pena privativa de liberdade – Substituição – Prestação de serviços à comunidade – 'Sursis'.* 1. Não há qualquer incompatibilidade na imposição de prestação de serviços à comunidade como condição do *sursis*. 2. Recurso conhecido e provido" (STJ, 5.ª T.; REsp. 61.087, São Paulo; j. 27.02.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 13.05.1996, p. 15.565). No mesmo sentido: STJ, 5.ª T.; REsp. 62.527, São Paulo; j. 27.02.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 13.05.1996, p. 15.565).

• "*Penal – Pena privativa de liberdade – Suspensão condicional da pena – Imposição de prestação de serviços à comunidade no primei-*

ro ano – Possibilidade. 1. É cabível a imposição de prestação de serviços à comunidade como condição do *sursis*. 2. Recurso conhecido e provido" (STJ, 5.ª T.; REsp. 69.143, São Paulo; j. 19.03.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 27.05.1996, p. 17.885). No mesmo sentido: "*Penal – Prestação de serviços à comunidade – Suspensão condicional de pena – Precedentes – Recurso especial conhecido e provido.* I – É perfeitamente cabível a prestação de serviços à comunidade como condição do *sursis*. II – Precedentes da Corte: REsp. 57.858/SP, REsp. 6.442/SP e REsp. 15.239/SP. III – Recurso especial conhecido e provido" (STJ, 6.ª T.; REsp. 67.633, São Paulo; j. 12.03.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 27.05.1996, p. 17.925).

• "*Penal – Pena privativa de liberdade – Suspensão condicional da pena – Imposição de prestação de serviços à comunidade no primeiro ano – Possibilidade.* 1. É cabível a imposição de prestação de serviços à comunidade como condição do *sursis*. 2. Recurso conhecido e provido" (STJ, 5.ª T.; REsp. 80.681, São Paulo; j. 19.03.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 06.05.1996, p. 14.445).

• "*Penal – Recurso especial – Suspensão condicional da pena – 'Sursis' simples (CP, art. 78, § 1.º) – Primeiro período de prova – Prestação de serviço à comunidade.* O Código Penal, em seu art. 78, ao dispor sobre as espécies de suspensão condicional da pena, prevê, no parágrafo primeiro, o chamado *sursis* simples, que autoriza a sujeição do condenado à prestação de serviços à comunidade no primeiro ano de prova. A reforma penal introduzida pela Lei n.º 7.209/84 conferiu ao *sursis* a natureza de pena efetiva, afastando o antigo conceito de mero incidente de execução. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, 6.ª T.; REsp. 81.865, São Paulo; j. 26.03.1996, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 10.06.1996, p. 20.418).

• "*Penal – Suspensão condicional da pena – Possibilidade da imposição de prestação de serviços à comunicade como condição do 'sursis' – Compatibilidade – Precedentes do STJ – Recurso conhecido e provido*" (STJ, 6.ª T.; REsp. 75.564, São Paulo; j. 25.03.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 03.06.1996, p. 19.290).

• "*Criminal – Condenação – 'Sursis' – Condições – Prestação de serviços sociais.* Prestação de serviços à comunidade. Legitimidade da imposição, consoante a reiterada orientação do Superior Tribunal de Justiça" (STJ, 5.ª T.; REsp. 81.277, São Paulo; j. 02.04.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 06.05.1996, p. 14.446).

30.6 Condições especiais: hipótese de inadmissibilidade

Nota: é totalmente inadmissível a imposição da reparação do dano como pressuposto para a concessão ou para a subsistência do *sursis*.

• "*Suspensão condicional da pena – Ressarcimento do dano como condição do 'sursis'.* A obrigatoriedade da reparação do dano ao lesado é efeito extrapenal da condenação e não condição do *sursis*. Assim, não pode o magistrado assinalar prazo para o ressarcimento do dano acarretado à vítima como condição para manutenção da suspensão condicional da pena" (STF, 2.ª T.; HC 70.500-6; j. 19.10.1993, v. u., Rel. Francisco Rezek; DJU 25.03.1994, p. 5.997; Bol. IBCCrim 15, abril 1994, p. 45).

30.7 Revogação

30.7.1 Oportunidade

Nota: via de regra, uma vez expirado o período de prova, cabe ao Juízo da execução averiguar a existência de novos processos criminais porventura em andamento em face do condenado: existindo processos (ou seja, não basta a existência de simples inquéritos policiais) já em andamento no último dia do período de prova, este está *automaticamente* prorrogado até o final desses novos processos, prescindindo-se que haja expressa declaração judicial do Juízo da execução nesse sentido, seja antes ou seja depois de findo o período de prova em sua versão original (Cód. Penal, art. 81, parágrafo 2.º). Contudo, porventura expirado o período de prova original sem que, até seu último dia, tenha sido instaurado novo *processo* penal, o Juízo da execução deve prontamente julgar extinta a pena privativa de liberdade a que se refere o *sursis* (Cód. Penal, art. 82),

efetuando então as comunicações pertinentes: essa decisão é meramente declaratória, de forma que a data exata da extinção da pena é aquela em que ela se operou, e não a data em que o Juízo assim declarou.

Questão interessante diz respeito à oportunidade da revogação após extinto o período de prova em sua versão original e já em curso sua automática prorrogação: até quando o *sursis* pode ser revogado em vista do advento de nova condenação penal? Há quem proponha a leitura de que o Juízo apenas poderia decretar tal revogação ainda no curso da prorrogação prevista no parágrafo 2.° do art. 81 do Código Penal. Essa posição, todavia, não é operativa, já que levaria o Juízo da execução a ter, em tese, um único dia para tomar conhecimento do trânsito em julgado da nova condenação, obter sua comprovação documental, ouvir ambas as partes e decretar a revogação. Daí porque é evidente que poderá revogar o *sursis* mesmo após o trânsito em julgado da nova condenação e desde que, também evidentemente, ainda não tenha ocorrido a prescrição da respectiva pretensão executória contada desde o dia daquele trânsito.

Outra posição polêmica advoga que, nessas hipóteses de revogação, faz-se imprescindível que o novo processo penal tenha sido instaurado após o ingresso do condenado no período de prova: aqui novamente a exigência é descabida, bastando que o novo processo esteja em curso durante o período de prova original do *sursis*.

• "Terminado o período de prova do *sursis*, não há como se revogar ou se cassar o decreto de suspensão condicional da pena, até porque não mais subsistem os seus efeitos, prescindindo-se de despacho ou declaração judicial para que se dê como extinta a pena, ante a simples passagem do tempo" (TACRIM-SP, 5.ª C.; Rec. 377.623-2, Capão Bonito; j. 05.02.1985, v. u., Rel. Carmona Morales; RT 595/373).

• "Esgotado o período de prova do *sursis* é imperativa a extinção da pena, para o que não serve de óbice a simples existência de inquérito policial sem notícia de seu desdobramento" (TACRIM-SP, 13.ª C.; Ag. Exec. 979.949/7, São Paulo; j. 07.11.1995, v. u., Rel. Abreu Oliveira; red.).

• *"Penal – 'Sursis' – Nova condenação – Revogação.* 1. Se durante o período probatório do *sursis* o réu é definitivamente condenado pela prática de crime doloso, dá-se automaticamente a revogação do benefício. 2. Não importa que o juiz só venha declarar a revogação depois de expirado o prazo de prova, já que a mesma ocorre de forma automática, com o trânsito em julgado da sentença condenatória. 3. Recurso conhecido e provido" (STJ, 5.ª T.; REsp. 61.961, São Paulo; j. 27.02.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 13.05.1996, p. 15.565).

• *"Revogação do 'sursis' após o término do prazo da prova – Nova condenação – Inexistência do alegado constrangimento ilegal.* Não há ilegalidade ou constrangimento ilegal no ato do Juiz das Execuções em negar o *sursis*, mesmo depois do término do prazo de prova, posto que a suspensão condicional da pena é automaticamente prorrogada se o beneficiário arca com nova condenação. Norma estabelecida pelo art. 81, § 2.° do CP e jurisprudência do STF" (STJ, 5.ª T.; j. 26.03.1996, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezzini; DJU 27.05.1996, p. 17.881).

30.7.2 Obrigatoriedade: não caracterização

• *"Pena – Suspensão condicional – Revogação – Inadmissibilidade – Condenação à pena de multa por crime doloso – Hipótese que não pode ser incluída como causa obrigatória de revogação do* sursis *Inteligência do art. 77, III, § 1.°, do CP. Recurso não provido.* A condenação à pena de multa, ainda que por crime doloso, não afasta a possibilidade de concessão do benefício, consoante dispõe o art. 77, III, § 1.°, do CP. Se não impede a concessão, jamais poderia ser incluída como causa de sua revogação; a contradição seria evidente e intolerável" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 189.007-3, São Paulo; j. 04.09.1995, v. u., Rel. Marcial Hollanda; Bol. IBCCrim 35, nov. de 1995, p. 114).

30.7.3 Incompatibilidade com pena privativa de liberdade

Nota: realmente, não é caso de revogação do *sursis* quando se trata simplesmente da

chamada *incompatibilidade* com a pena privativa de liberdade. Desde longevos tempos, a jurisprudência vem reiteradamente entendendo que, em havendo cumprimento de pena privativa de liberdade, seria sempre o caso de determinar-se igualmente a revogação da suspensão condicional da pena concedida em nova condenação que se fez definitiva, ainda quando não se tratar de qualquer das hipóteses do artigo 81 do Código Penal, uma vez que estaria caracterizada a incompatibilidade entre ambas as espécies de cumprimento de pena.

Todavia, mais recentemente, uma vez refletindo mais detidamente sobre o tema, compreende-se que tal posicionamento não se justifica no plano técnico. Há de se partir da premissa de que o legislador não arrolou, entre as hipóteses elencadas no referido art. 81 do Código Penal, a possibilidade de revogação do *sursis* quando o trânsito em julgado da outra condenação, porventura já exeqüenda, ocorreu antes do início do período de prova da nova condenação. Cabe assim a indagação: pode o Juiz da execução inventar nova causa de revogação do *sursis* à revelia daquelas já elencadas taxativamente pelo legislador? À vista do estrito princípio da legalidade que vigora em todo o Direito Penal, essa questão já se apresenta com o aroma da resposta negativa.

Advogam os subscritores da resposta adversa que, no caso, haveria uma incompatibilidade lógica entre o cumprimento do *sursis* e o cumprimento da pena privativa de liberdade. De fato assim é mas, de outra parte, é de se acrescentar: por acaso cumprimentos incompatíveis trazem consigo a modificação de um título exeqüendo sem lei que expressamente a respalde? Ora, não devemos nos acabrunhar com essa incompatibilidade lógica pois, afinal, em princípio incompatíveis são os cumprimentos de quaisquer penas, de quaisquer naturezas, uma vez que, salvo raríssimas exceções (como ocorre, por exemplo, em certos tipos de penas substitutivas), em princípio nenhuma pena pode ser compatível com a outra. De fato, duas penas privativas de liberdade são por si próprias incompatíveis e, nem por isso, há de se cogitar de modificação de qualquer delas; assim também duas penas de prestação de serviços à comunidade, ou duas penas de limitação de final de semana, são também simultaneamente incompatíveis e, nem por isso, é caso de conversão de qualquer delas.

E por que isso? Simplesmente porque nosso sistema legal contempla exatamente essa hipótese de incompatibilidade, regulando-a pelo princípio geral estatuído no artigo 76 do Código Penal: caberá ao julgador eleger a mais gravosa, dando-lhe prioridade no cumprimento, seguindo-se então o cumprimento daquela menos gravosa. A resposta, portanto, é fundamentalmente simples e não precisa o julgador, para enfrentá-la, recorrer a ilações extralegais, inventando causas de revogação não previstas expressamente no texto legal. E, diga-se mais, não previstas não em razão de um esquecimento do legislador, mas sim porque o legislador dispôs expressamente, no seu artigo 76 do Código Penal, a solução técnica adequada. Diferentemente agiu o legislador em face de novas condenações cujo trânsito em julgado ocorre no curso do período de prova: aqui há um sentido próprio, embora pudesse ele ser aperfeiçoado nos moldes do que procedeu quanto ao art. 86 para o livramento condicional. De qualquer modo, em se tratando de condenação transitada em julgado antes do período de prova, realmente não há razões lógicas suficientes para a revogação do *sursis*, bastando, nesses casos, a aplicação do princípio geral do art. 76 do Código Penal: deve o condenado cumprir a pena privativa de liberdade já exeqüenda e ser intimado para, no primeiro dia útil imediato ao seu final, dar início ao cumprimento do período de prova do *sursis*.

• "Posterior a condenação definitiva por crime doloso à concessão do benefício do *sursis*, embora precedendo o início do respectivo período probatório, a decisão que o revoga encontra suporte no art. 81, I, do CP, pois o fato de estar respondendo a outro processo durante o *sursis* automática e independentemente de decisão judicial ensejaria a prorrogação do prazo do benefício até o julgamento definitivo deste último. A prorrogação, aliás, é também obrigatória, como se infere dos arts. 81, § 1.°, e 82, § 2.°, do CP. Nesse sentido, realmente, a lição de Mirabete: *Embora não expressa em lei, pode ocorrer outra hipótese de cassação do benefício, ou seja, de caso em que ele é tornado sem efeito. Se, durante o período entre a concessão do* sursis *e a data da realização da audiência admonitória, registrar-se o trânsito em julgado de sentença condenatória proferida em outro processo, em que é imposta pena inferior a dois anos ou é*

negado, por outra razão, o sursis, *o benefício já concedido torna-se sem efeito. É absoluta a incompatibilidade de serem executadas, ao mesmo tempo, a pena privativa de liberdade e a suspensão condicional da pena. Não pode ele cumprir com as condições impostas na sentença e não é possível que corra o prazo de* sursis *estando o condenado cumprindo pena. Recebida a guia de recolhimento, o juiz da execução torna sem efeito a suspensão, procedendo a soma ou unificação de penas* (*Execução penal*, Atlas, 1987, p. 401-402). A propósito, igualmente já restou decidido que *A revogação do* sursis *decorre do trânsito em julgado da sentença condenatória por crime doloso, pouco importando tenha o crime sido cometido antes ou depois daquele em relação ao qual foi concedido o sursis' ou até mesmo durante seu prazo* (TACRIM-SP, HC, Rel. P. Costa Manso, JUTACRIM 91/99. Ver também: RT 403/275, 422/266, 445/394, 484/377, 528/374, 560/327, 575/400, 584/341; JUTACRIM 33/391, 35/143, 66/155). A decisão que revoga o *sursis* nessas hipóteses, portanto, está correta e com inteiro acerto aplica à espécie o art. 111 da LEP, inexistindo qualquer constrangimento ilegal a reconhecer ou a reparar" (TACRIM-SP, 9.ª C.; HC 297.600/6, São Paulo; j. 04.12.1996, v. u., Rel. Lourenço Filho; red.).

30.8 Prorrogação do período de prova

30.8.1 Processo em andamento

Nota: v. nota ao item 30.7.1.

• "A lei usa da expressão *processado*, o que significa a existência de ação penal em curso. Não basta, pois, a simples prática de infração penal ou a instauração de inquérito policial, sendo necessário, para a prorrogação do *sursis*, o início de nova ação penal" (TJSP, 3.ª C.; Rec. 32.123-3, Itu; j. 19.11.1984, v. u., Rel. Diwaldo Sampaio; RT 594/317).

• "*Processual penal* – Sursis – *Prorrogação*. Beneficiário do *sursis* que é processado pela prática de crimes comuns durante o período de prova. Prorrogação necessária pelo prazo bastante para que se veja transitar em julgado a sentença decorrente do novo processo (§ 3.º do art. 614 do CPPM)" (STM; Rec. 6.254-3, São Paulo; j. 18.12.1995, v. u., Rel. Paulo César Cataldo; DJU 11.03.1996, p. 6.809).

30.8.2 Declaração expressa: desnecessidade

Nota: v. nota ao item 30.7.1.

• "A teor do § 2.º, do art. 81, do Código Penal, prorroga-se o prazo da suspensão até o julgamento definitivo, se o beneficiário está sendo processado, por outro crime ou contravenção. É o caso dos autos, o paciente teve como termo *a quo* do seu período de prova o dia 22.05.87 e, por conseqüência, o *ad quem* seria o dia 22.05.89. Entrementes, em 08.04.88, instaurou-se o segundo processo, o que fez com que o período de prova ficasse prorrogado. Prorrogação, aliás, que é automática, nos termos da jurisprudência dominante deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal. Logo, não restou extinta a punibilidade deste crime, devido a revogação do *sursis*" (STJ, 6.ª T.; RHC 3.025-9, São Paulo; Rel. Pedro Acioli; DJU 13.12.1993, p. 27.489).

• "*Penal* – Habeas corpus – Sursis – *Beneficiário que está sendo processado por crime culposo: prorrogação automática do terminus ad quem' da suspensão condicional da pena (CP, art. 82, § 2.º) – Precedentes do STJ – Recurso improvido*" (STJ, 6.ª T.; RHC 4.918, São Paulo; j. 12.03.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 27.05.1996, p. 17.920).

• "Sursis – *Prazo – Prorrogação X Revogação*. O preceito do § 2.º do art. 81 do Código Penal revela automaticidade no que dispõe que se considera prorrogado o prazo da suspensão, até o julgamento definitivo, quando o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção. A regra relativa à extinção da pena privativa de liberdade prevista no artigo 82 pressupõe expiração do prazo e esta não coabita o mesmo teto da prorrogação automática de que cuida o referido § 2.º" (STF, 2.ª T.; HC 72.147-8, São Paulo; j. 16.04.1996, v. u., Rel. Marco Aurélio; extraído de DJU 24.05.1996, p. 17.413).

30.9 Prescrição da pretensão executória: suspensão no curso do sursis

• "Estando o condenado em gozo de *sursis*, não corre a prescrição da pretensão

executória, tal como resulta do disposto no art. 112, I, do Código Penal" (TJSP, 2.ª C. Crim.; HC 201.308-3/2, São Paulo; j. 16.01.1996, v. u., Rel. Segurado Braz).

30.10 "Habeas corpus"

Nota: em princípio o *habeas corpus* não é meio idôneo para a concessão do *sursis*, cabendo a lembrança das execeções semelhantes já fixadas quando tratamos do tema em referência ao livramento condicional. Por outro lado, a ação pode também ser empregada para outros temas envolvendo o *sursis* e que sejam matéria exclusivamente de direito.

30.10.1 Admissibilidade restrita

• "Habeas corpus – *Paciente condenado a dois anos de reclusão, por crime militar – Suspensão condicional da pena – Pressuposto para a sua concessão.* 1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de não ser possível verificar em *habeas-corpus* o preenchimento ou não dos pressupostos de natureza subjetiva relacionados ao *sursis*. 2. Preenchidos pelo condenado por crime militar os pressupostos necessários para o deferimento do benefício do livramento condicional – ter cumprido, no mínimo, metade da pena, se primário –, indefere-se o pedido, porque a análise desses pressupostos é inviável em sede de *habeas-corpus*, mas concede-se, de ofício, o *writ*, para que o Tribunal de origem se manifeste sobre a concessão ou não do *sursis*" (STF, 2.ª T.; HC 72.825-1, Mato Grosso; j. 13.02.1996, v. u., Rel. Maurício Corrêa; DJU 19.04.1996, p. 12.214).

30.10.2 Inadmissibilidade

• "*Processual penal* – Habeas corpus – *Sursis' – Requisitos.* O *habeas corpus* não é o meio apropriado para a verificação dos pressupostos subjetivos do *sursis* (art. 77, II, do CP). Recurso de *habeas corpus* que se nega provimento" (STJ, 5.ª T.; RHC 3.264-2, Minas Gerais; j. 15.12.1993, v. u., Rel. Assis Toledo; DJU 28.02.1993, p. 2.903; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; ano 2, n.º 6, abril-junho 1994; p. 231).

31. Pena de Multa

31.1 Natureza jurídica e advento da Lei 9.268/96

Nota: particularmente com relação à pena de multa, a Lei 9.268/96 trouxe duas importantíssimas inovações: a primeira delas é a impossibilidade de sua conversão em pena privativa de liberdade; a segunda é que, após o trânsito em julgado da condenação, *a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa a dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição* (atual redação do art. 51 do Cód. Penal, trazida pela referida Lei 9.268/96). Adiante trataremos melhor da primeira dessas inovações, sem dúvida particularmente feliz em vista da irracional possibilidade constante do Direito anterior de possibilitar aquela conversão. Interessa-nos, aqui, cuidarmos da segunda dessas inovações.

A jurisprudência que logo se formou a respeito da atual redação do art. 51 do Código Penal via de regra incorreu em um grave erro: aplaudiu a inovação quando melhor faria se a lamentasse. De fato, o legislador de 1996 foi de uma espantosa infelicidade, seja deixando de aclarear pontos já então desde há muito controvertidos (como é o caso da data inicial da incidência da atualização monetária do valor da multa), seja investindo em aspectos que ele próprio aparentemente desconhecia. Há julgados que, pese tamanha imprecisão técnica do legislador, aplaudem sua iniciativa ao frisar que o Juízo da execução não dispunha de maiores recursos para a cobrança da multa: por acaso os teria então o Juízo da execução fiscal? Muito pelo contrário, esses primeiros meses de vigência da alteração legislativa demonstraram cabalmente que, agora, o pagamento da multa praticamente se tornou voluntário, instaurando-se um autêntico caos na sua cobrança judicial, em prejuízo seja do erário público, seja do interesse da sociedade em ver a pena cumprida, seja dos próprios condenados cujo maior interesse será sempre o de pagar a multa o mais rapidamente possível, abreviando assim a incidência do período depurador do art. 64, inc. I do Código Penal.

De todo modo, duas correntes formaram-se a respeito da nova redação do art. 51 do Código

Penal: a) para uns, agora a pena de multa há de ser judicialmente cobrada no Juízo da execução fiscal, recaindo a titularidade ativa dessa cobrança nos ombros da Fazenda Pública e não mais do Ministério Público; b) para outros, a nova redação apenas teve o condão de alterar aspectos procedimentais da cobrança da multa, cujo Juízo competente continuaria sendo o Juízo da execução, recaindo a titularidade ativa dessa cobrança, como sempre esteve aliás, nos ombros do Ministério Público. Nenhuma dessas correntes é ainda a majoritária, havendo casos de Tribunais e mesmo Câmaras que comportam ambas as posições. Entendemos que a literalidade do atual art. 51 do Código Penal não admite outro entendimento do que aquele esposado naquela primeira posição (letra "a" *supra*), embora certas ressalvas devam ser frisadas.

Em primeiro lugar, parece-nos insustentável a afirmação de que a multa teria perdido sua natureza *penal* específica apenas porque agora o Direito literal a qualifica como *dívida de valor*: ora, isso é pura redundância, porque toda e qualquer multa penal apenas pode ser considerada como *dívida de valor*, espécie dentro do gênero das penas pecuniárias, tendo, ademais, previsão constitucional expressa (CF, art. 5.º, inc. XLVI, letra "c").

Em segundo lugar, necessário harmonizar a alteração na competência e na titularidade ativa para a cobrança judicial com o procedimento prévio do art. 50 do Código Penal, procedimento aliás particularmente relevante porque possibilita ao devedor o conhecimento e o subseqüente pagamento da multa antes mesmo de sua execução civil (mesmo porque, como vimos, o condenado é o maior interessado na extinção imediata dessa pena). Daí porque o estabelecimento da premissa: uma vez transitada em julgado a condenação, o Juízo da execução deve liquidar o valor da multa e notificar o devedor para seu pagamento em até 10 dias, sob as penas legais: nesse prazo poderá o devedor comparecer perante o Juízo da execução e pagar seu débito ou, ainda, postular seu pagamento em parcelas. Apenas quando o devedor quedar-se em silêncio após esses 10 dias é que o Juízo da execução deverá extrair certidão do débito a ser então encaminhada à Procuradoria da Fazenda Pública (embora haja notícias de que, ao menos no Estado de São Paulo, a Procuradoria Geral do Estado esteja se declarando parte ilegítima para o ajuizamento da respectiva execução fiscal).

• "*Penal – Pena de multa substitutiva da pena privativa de liberdade – Equivalência quantitativa entre estas – Desnecessidade.* 1. Na fixação da multa substitutiva não é necessário haver correspondência entre a quantidade de dias-multa e a quantidade da pena privativa de liberdade substituída. 2. Preenchidos os requisitos legais que permitem a substituição, o Juiz deve, a partir daí, orientar-se por regras próprias estabelecidas na lei para a fixação da pena pecuniária. 3. Recurso conhecido e improvido" (STJ, 5.ª T.; REsp. 63.830, Paraná; j. 19.03.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 06.05.1996, p. 14.437).

• "A multa penal não perdeu a natureza de pena: o próprio art. 114 do CP, na redação da Lei 9.268/96, e que continuou a tratá-la como tal, é bastante para espancar qualquer dúvida, não dispusesse o art. 31, I a III, que são penas as privativas de liberdade, as restritivas de direito e a de multa" (TACRIM-SP, 7.ª C.; Ag. Exec. 1.038.259/8, São Paulo; j. 20.02.97, m. v., Rel. designado Nogueira Filho; red.).

• "Na esteira do e. Juiz Nogueira Filho, no julgamento do Ag. 1.038.259-8 por esta Câmara, é de se determinar a liquidação da multa imposta pela r. decisão condenatória e a intimação do condenado para solvê-la, procedimentos estes que devem ser feitos na Vara das Execuções Criminais e, porventura passado o prazo de 10 dias para pagamento, deve ser extraída certidão a ser remetida à Procuradoria da Fazenda do Estado, para a inscrição da dívida ativa, negada ao Ministério Público legitimidade para intentar a competente execução fiscal, a ser ajuizada, na Capital, perante uma das Varas das Execuções Fiscais da Justiça Estadual" (TACRIM-SP, 7.ª C.; Ag. Exec. 1.045.377/5, São Paulo; j. 06.03.1997, m. v., Rel. José Habice; red.). Transcreve-se, a seguir, trechos do fundamentado voto vencedor declarado pelo Juiz Luiz Ambra: "1) A Lei 9.268 não buscou, bem examinada, subtrair qualquer prerrogativa institucional do Ministério Público. Visou, bem ao contrário, desonerá-lo de atribuições menores, em boa hora cometidas a órgãos típicos de arrecadação e com desafogo da sobrecarregada Vara de Execuções. Com sua elaboração buscou-se, em primeiro lugar, solucionar divergência que grassava acesa nos Pretórios, acerca do correto entendimento do art. 49, § 2.º, do CP (*o valor da multa*

será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária). Entendiam alguns – todos os integrantes desta Câmara, inclusive – que a expressão *quando da execução* haveria que ser entendida *em termos*. Não implicaria em que a correção monetária se devesse computar apenas *a partir* da execução. Ou, em outras palavras, *dali para a frente*, mesmo em se tratando de delito cometido anos atrás, deixando *em aberto* hiato temporal enorme, entre cálculo e cometimento. Num delito de 1990 com início de execução em 1995, a não se entender assim, o valor da multa se fixaria pela base de 1990. Mas só principiaria a sofrer correção de 1995 em diante, e a corrosão da moeda praticamente pulverizaria o importe final a ser pago. Situação essa que o art. 49, § 2.°, convenha-se, jamais pretendeu gerar; mesmo por dizer, apenas – e nem poderia ser diferente, pois a condenação só se liquida após transitada em julgado –, que a correção se computa *quando do cálculo* (de liquidação) em execução, e mais nada. Na execução é que o débito pecuniário aritmeticamente se *acerta*, por cálculo do Contador. E nesse momento – pois não há outro a tanto processualmente destinado, insista-se – *se corrige*, mas desde a data *do delito*. Essa, ao menos, a posição de ponderável parcela da jurisprudência, com base em extensa argumentação que não vem ao caso novamente desenvolver. Para corrente oposta, entretanto, estribada em raciocínio de Mirabete que se reputa menos correto (dez dias após intimado o devedor a pagar, se não o fizer, *haverá mora*; e só *a partir daí* o débito contado se corrigirá, não antes), correção monetária somente incidirá *após o inadimplemento* da multa, uma vez transcorrido o decêndio de que o réu dispõe para solvê-la (LEP, art. 164). Parece o legislador, com a Lei 9.268/96, ter optado pela última solução. Proibindo a conversão da pecuniária inadimplida em corporal (o que, como justificou, por via indireta implicaria em inconstitucional *prisão por dívida*), ao assim proceder o art. 51 da Lei Penal foi expresso a respeito: *transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor* – corrigível desde então, pois. E seu montante será havido através de aplicação *das normas da legislação relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição*. Certo ou errado, trata-se de critério validamente adotado. E, computada a correção sob *maior* (desde o fato imponível, ou seja, o delito) ou *menor* extensão (a partir do trânsito em julgado; ou melhor, dez dias após o inadimplemento: prazo que a LEP define como de tolerância ao pagamento, no art. 164), é inequívoco que a pena pecuniária será cobrada *do mesmo modo* que num *executivo fiscal*. Discordar desse raciocínio é ir contra a literalidade do próprio texto legal novo. 2) Mas, tornando ao que aqui interessa dirimir. Dir-se-á, em conclusão primeira, implicar em verdadeira heresia o *reconstituir* título de dívida *líquida e certa* (extraindo *certidão da inscrição de dívida*, da qual deriva a sua *força executiva*), quando nada há para ser reconstituído: débito derivado de *sentença*, efetivamente, já é líquido e certo por si só; *o mais executório de todos*, decorrente do mais certo de todos os títulos. A impropriedade, entretanto, é apenas aparente. Como inadequado se mostra, do mesmo modo, falar em extinção da punibilidade através do Juízo Fiscal – que nenhuma punibilidade extingue, em qualquer circunstância, e não do Criminal, decretação da prescrição executória igualmente naquele, revogação ali de *sursis*, como decorrência do inadimplemento, imposição de *regressão* de regime prisional e coisas do gênero. Começando pelo princípio. O derivar *de sentença* não impede possa, o título de dívida – já *líquida e certa*, bem em razão disso, vir a ser inscrito. Porque a inscrição, aí, obedece a *finalidades outras* que não a constituição da eficácia executiva; ligadas, primordialmente, à confecção da *peça orçamentária* pelo ente de direito público ao qual a correspondente receita se destine. Se o título inscrito já era líquido e certo, em outras palavras, após a inscrição obviamente continuará sendo. E a inscrição *nada lhe acrescentará* sob esse aspecto. A inscrição, como anotado em *O Procedimento na Cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Pública* (José Alfonso Beltrame, Régis Fernandes de Oliveira e Rui Stoco, ed. 1981, p. 15), à luz do art. 2.°, § 3.° da Lei 6.830/80, *é ato de controle*. Contabilmente, segundo o magistério de Milton Flaks então mencionado, *facilita o controle da arrecadação e faculta que o débito, se não for liquidado no exercício, conste da próxima previsão orçamentária como receita a realizar*. Antes da Lei 6.830/80, mas com idêntico regramento nessa parte, vigia o Decreto-Lei 960, de 1938. Depois (José Afonso da Silva, *Execução Fiscal*, 2.ª ed., 1976, p.

18), durante cerca de seis anos – até o advento da Lei 6.830 sob análise, onde sob esse prisma a situação continua a mesma; mesmo o que não precisa ganhar força executiva é igualmente inscrito, ao menos para fins contábeis, passou a fazê-lo o CPC, que então entrou em vigor. E que, ao tratar desse tipo de execução (dita *fiscal*, muito embora abrangente de receitas inclusive *não tributárias*) *unificou* os diversos títulos de dívida líquida e certa de molde a abranger, inclusive, os derivados de *provimentos jurisdicionais* – de *sentença*, como aqui. Confira-se o quanto ali ponderado (José Afonso da Silva, p. 18, cit.), ao tratar da *unificação do processo de execução e a execução fiscal*: *o CPC, em vigor desde o dia 1.º.01.1974, eliminou a duplicidade de meios de promover a execução forçada, unificando o processo de execução nos seus arts. 566 a 794. Não há mais as ações executivas fundadas em títulos líquidos e certos tal como conhecia o Código anterior. Toda execução forçada segue o mesmo procedimento em geral, pouco importando o título em que se fundamente. Por isso, não cabe mais a distinção feita por Liebman entre 'ação executória', destinada à execução da 'sentença' condenatória, e ação executiva, considerada ação de cognição incompleta ou de misto de execução e cognição, destinada a promover a execução de atos ou documentos (não entremos na polêmica quanto a saber se são atos ou documentos) dotados de certeza e liquidez, estritamente enumerados na lei. A execução forçada agora é uma só, tal como era antes a execução de sentença. O que é distinto é o título executivo que fundamenta o processo de execução. Toda execução terá por base título executivo judicial ou extrajudicial (art. 583), de acordo com o princípio tradicional: 'nulla executio sine titulo'. Os títulos executivos judiciais consubstanciam-se em atos judiciais enumerados no art. 584 do CPC, dos quais o mais importante é a sentença condenatória proferida no processo civil. Os títulos executivos extrajudiciais são títulos ou documentos formais que materializam créditos líquidos e certos, aos quais a lei atribui eficácia executiva* (...) *dentre os enumerados se acha a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública correspondente aos créditos inscritos na forma da lei.* Valeria a *inscrição de sentença*, consoante então com propriedade anotado (José Afonso da Silva, ob. cit., p. 28) com arrimo no magistério de Castro Nunes, *antes como providência de simplificação procedimental, provando o débito* à vista da só certidão, sem que todo o processo respectivo (de outra Vara, aliás), ou o inteiro teor da decisão exeqüenda, tivesse que ser anexado à inicial da cobrança. Ou seja (f. 28, cit.): *materialmente, o título executivo é isto: é um meio legal de demonstração de existência do direito exeqüendo. Não é pois em rigor esssencial e necessariamente um ato,* (...) *nem essencial e materialmente um documento* (...) *Tem naturalmente natureza mais genérica de algo que abrange uma e outra realidade – é um meio de prova, prova legal e sintética, do direito exeqüendo, ou melhor, meio de demonstração de sua existência.* 3) Posta essa primeira premissa, outra ressalva há de proceder. Também não é correta falar que *somente débito tributário* possa ser havido mediante execução fiscal. O crédito *que legitima inscrição da dívida ativa* (Beltrame, Régis, Rui Stoco, ob. cit., p. 13/14), *para efeito de formação do título executivo extrajudicial, e que legitima a cobrança executiva, não decorre apenas da receita tributária. O 'caput' do art. 2.º da nova lei inclui, no conceito de dívida ativa, além da receita tributária, a não tributária e remete o intérprete à Lei 4.320, de 17 de março de 1964.* Disso se tem (ob. cit., p. 14) que *qualquer valor atribuível às pessoas jurídicas mencionadas* (União, Estados, Municípios e respectivas autarquias), *cuja cobrança a elas pertença, será considerado dívida ativa da Fazenda Pública.* Ou, como quer o art. 39 da Lei 4.320/64: *as importâncias relativas a tributos, multas e créditos da Fazenda Pública, lançados mas não cobrados ou não recolhidos no exercício de origem, constitutem dívida ativa a partir da data da sua inscrição.* Lançamento, como se sabe, em aspecto amplo nada mais representa senão, quanto à multa, legítimo *ato de imposição punitiva.* Procedido, aqui, pela sentença; emanado, em outras situações diferenciadas – mas sujeitas ao mesmo regramento jurídico –, do poder de polícia administrativa comum: de uma autuação de trânsito, de um auto de infração e imposição de multa por infringências a posturas ligadas à saúde pública, a disposições edilícias, etc. Tratando a Lei 4.320, como quer que seja, das várias receitas destinadas ao Poder Público, no art. 11 menciona, entre as várias receitas ditas *correntes* não tributárias (nas quais, exemplificativamente, à p. 14 de sua obra incluem, Regis, Beltrame e Stoco, débitos derivados de *aval, locação,*

foros, laudêmios, fianças, etc.: dotados igualmente de *força executiva própria* e inscritos, somente, para fins contábeis) as *multas* de qualquer espécie, sejam quais forem. Multa penal, como se sabe, em São Paulo pertence ao Estado, que gere e administra os diversos presídios aqui existentes. Mas isso representa questão que, por ora, não vem ao caso dirimir. Se ao Estado, se à União, havendo conflito em outro Foro, de futuro, se discutirá. 4) Não será por não se tratar de débito fiscal, de qualquer modo, que a execução em Vara de Fazenda deixará de ocorrer. E prerrogativa alguma do Ministério Público, de outra banda, o regramento novo da Lei 9.268 terá subtraído. Diminuído se acharia o órgão do *parquet*, na realidade, em continuando a atual *qual verdadeiro agente arrecadador*, como o art. 164 da LEP determinava. Se não é órgão arrecadador, descaberia desviá-lo de suas atividades precípuas e o levar a perder tempo em funções subalternas, acionando Oficiais de Justiça, instando-os a localizar devedores e a vasculhar seu patrimônio, para aferir a existência de bens exeqüíveis. A acompanhar Praças e Leilões, a aparelhar execução em síntese. Como descabido também se afigurava, até poucos anos atrás, *executar no Interior a dívida ativa da União Federal*, sem nada receber por esse *plus, como se fosse advogado desta* e não órgão de poder, com elevadas atribuições institucionais. 5) Agora, consoante o novo ordenamento, o que sucede é o seguinte. Podendo o réu optar por *pagar de boa vontade* seu débito, antes de mais nada será intimado a fazê-lo. De conformidade, aliás, com o que o art. 164 da LEP determina. E o será *no bojo da ação penal*, mesmo porque a confecção de conta de liquidação nela é que tem lugar, visto se encartar *em fase procedimental de conhecimento* como reconhece a melhor doutrina. Para espancar qualquer dúvida a esse respeito, confira-se, desta Câmara, o excelente voto do juiz Waldemar Nogueira Filho no Ag. Exec. 1.038.259/9, Capital, transcrito pelo relator da presente irresignação e que não custa, no que aqui interessa, repisar. Consoante ali posicionado, *as decisões condenatórias, embora fornecendo os parâmetros para a apuração dos valores devidos, de regra não o enunciam, de sorte que é preciso liquidar a pena de multa, torná-la líquida, atualizá-la, o que não integra, em princípio, o processo executório* – como também não integra no Cível, faça-se adendo: citação e penhora somente têm lugar após homologado o cálculo de liquidação – , *cuidando, ao revés, de procedimento que complementa, ainda, o conhecimento e que permite aparelhar a execução.* Irrepreensível, a propósito, o magistério do e. Sérgio Pitombo, posto na Correição Parcial 830.989-9: *a liquidação da pena de multa, em regra, não integra o processo executório. Cuida-se de procedimento que complementa, ainda, o conhecimento. Vale dizer: a liquidação da sentença penal, ou do comando nela contido, é conjunto de atos processuais, pelo qual se fixa, em determinada quantidade, ou valor, a condenação estabelecida; mas, cujo devido não surgiu, antes, marcado, ou sofreu modificação. A modificação pertine a soma ou unificação das penalidades (art. 111 da LEP). Tudo, assim, aparelhando a execução das sanções penais negativas. A liquidação irrompe, portanto, como primeiro lanço, como eventual fenômeno de iliquidez de qualquer reprimenda. Liquidar, então, consiste em, por via de operação aritmética, tornar precisa a quantidade, ou valor, que não o eram. Fazer, pois, constar dos autos, reduzida a quantidade e o montante ostensivo, a condenação ilíquida, ou que, assim, se tornou. Note-se que um simples cálculo não constitui a ninguém devedor da pena. A liquidação regula-se pela decisão judicial e é, ao fim, para ela que se liquida. Atos, portanto, só voltados a revelação judicial do quantitativo desconhecido da penalidade imposta* (*apud* Alberto Silva Franco e outros, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 654/655, n. 3.02, ed. RT, 5.ª ed., p. 1.995). E sobre esse cálculo faz-se imperiosa a *prévia manifestação da defesa*, para que possa, querendo, exercitar o *direito de impugnação* que lhe é assegurado nos incisos LIV e LV, do art. 5.º da CF (cf. Sérgio Pitombo, Correição Parcial 830.989-9, anteriormente invocada). Para então sobrevir a homologação, da qual *se intimará o condenado para, em dez dias, satisfazer o débito*, e inclusive requerer parcelamento (art. 50, segunda parte, do CP). *Quedando-se inerte, aplicará o juiz, se for o caso, as providências atinentes à regressão prisional ou à revogação do 'sursis', fazendo encaminhar à Procuradoria Fiscal certidão necessária à inscrição da dívida ativa.* 6) De tudo, a conclusão é uma só, e não se choca com qualquer prerrogativa funcional da acusação. Intimado o réu a pagar, *se o não fizer é que se extrairá certidão*, e se providenciará remessa desta *à Fazenda*. Que velará pela

cobrança, não o Promotor. Este não é *advogado do Estado*, muito menos agente arrecadador; não irá contactar Oficial de Justiça, bisbilhotar se existem bens a penhora, sucessores do devedor quando morto – *até o limite das forças da herança*, há convir, o espólio responde pela pena pecuniária, sob pena de o gravame ultrapassar a pessoa do delinqüente – e coisas do gênero. Tem o Ministério Público, reconheça-se, mais o que fazer, no exercício de suas funções. Daí a lei nova ter buscado, ao que parece, lhe mitigar a carga de serviço, a par de desafogar a Vara de Execuções. E é certo que, *na esfera penal* não pago o débito após a intimação do devedor para fazê-lo, *nada lhe impedirá* peticionar pela revogação do *sursis*, ou regressão de regime. Isso continuará a ser feito no Crime. O réu, este não tem que ser tratado com regalias suplementares. De futuro, se se imbuir de bom senso e pagar a pecuniária, para regularizar sua situação bastará proceder qual devedor comum, em repartição administrativa qualquer. De posse da quitação, dirigir-se-á ao Anexo Fiscal da Fazenda onde, à sua vista, se cuidará da *baixa* no executivo correspondente. Para isso, ao menos, existem Procuradores do Estado. 7) A extinção da punibilidade, por outro lado, evidentemente não será decretada no bojo do executivo, mas no Juízo Criminal, único competente para procedê-la por se tratar de competência *ratione materiae*. Do devedor o ônus da prova, de qualquer modo, optando por ingressar com embargos e vindo a alegar pagamento *antecedente* à execução, ou outro fato *prévio* extintivo da exigibilidade do título (prescrição da pretensão executória, por exemplo), no bojo da execução deverá demonstrá-los. Ou, quando não, ao juiz será dado se precatar, tomando a cautela aventado pelo eminente Nogueira Filho no seu voto: suspender o andamento da execução, a teor do art. 265, IV, *a*, do CPC, até que *no Crime* a questão venha a ser deslindada. 8) Acena-se ainda, no agravo, com a impossibilidade prática de na execução regular, por modo eficaz, situação outras relativas à pena pecuniária que nela se esteja a exigir. Como, por exemplo, sua conversão em *restritiva de direitos*, permitida pela Lei 9.099/95 – nesse ponto não revogada pelo diploma legal novo – no art. 85. O que, entretanto, está mal colocado: se a multa for convertida (isto é, *substituída*) em restritiva de direitos, evidentemente *desaparecerá*. E só remanescendo a última sanção (restritiva) no seu lugar, *nada haverá que executar na Fazenda*. Trata-se de questão, bem se vê, *antecedente* à própria inscrição da dívida. 9) Dir-se-á mais que o legislador, aludindo à conversão em dívida de valor *imediatamente após o trânsito* em julgado da decisão – e, *ipso facto*, à sua inscrição como – *dívida ativa* da Fazenda Pública, independentemente de outras formalidades –, não previu providência antecedente, qual a necessária intimação do réu *para pagamento espontâneo*. Nem, todavia, deveria tê-lo feito. Pois sem ela – é seu *pressuposto* – não há falar em *inadimplemento*, justificador da execução aparelhada. O pormenor, a Júlio Fabbrini Mirabete, não escapou. E ao explicitá-la deu conta do óbvio: de que se execução aparelhada houver (o que a LEP no art. 164 já previa, cominando ao Promotor seu impulsionamento como se de agente fazendário se tratasse), *reger-se-á pelo direito processual civil comum*. Como aqui, na sistemática da Lei 9.268, razão pela qual nada impede que *o próprio credor* (isto é, a Fazenda que ficará com o dinheiro) a proponha. A propósito, Mirabete, em *Execução Penal* (*Comentários à Lei 7.210, de 11.7.84*, 2.ª ed., Atlas, 1988, p. 413/414), onde alude à *mora após os dez dias* da citação para pagar: *as ações executivas têm como pressuposto um título executório e visam à realização de atos que tornam efetiva a sanção, dada a existência de uma pretensão insatisfeita. Por isso, como bem acentua Rogério Lauria Tucci, pareceria difícil, senão temerário, estabelecer-se a possibilidade da existência de uma ação penal de execução. Realmente, a execução das penas privativas de liberdade e das restritivas de direitos inicia-se independentemente de provocação dos órgãos de persecução penal, procedendo-se o juiz de ofício ao ordenar a expedição da guia de recolhimento ou execução. Ademais, não há a citação necessária para se estabelecer a relação processual válida à existência da ação executória. Acontece, porém, que se pode cogitar da ação penal executiva quanto à execução da pena de multa. Dispõe o art. 164 da LEP que, extraída a certidão da sentença condenatória, como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de dez dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora. Inicia-se assim a execução, legitimado o Ministério Público para promover a cobrança judicial da multa. Nem todos*

os processualistas, porém, se põem de acordo com essa solução, preferindo muitos tê-la como ação civil (...) O processo de execução, a partir da nomeação de bens à penhora ou da efetivação desta, obedecerá, nos termos do artigo 164, § 2.º, da LEP, ao que dispõe a lei processual civil, aplicando-se, portanto, os artigos 652 e seguintes do Código de Processo Civil. Agora, pelo regramento, novo, o CPC não mais será aplicado (art. 652), mas a Lei 6.830/80, relativa à execução fiscal. Essa a única distinção palpável, mais de forma do que de fundo. 10) Para resumir. À luz da nova redação do art. 51 do CP, em tema de execução de multa, o trabalho puramente burocrático de cobrar vem a ser retirado do Ministério Público. Que, entretanto, tanto que não pago o débito, após a intimação do réu para fazê-lo *no Crime*, antes da remessa à Fazenda *já proporá revogação do* sursis, *regressão de regime e que tais*. O que tudo isso resolverá *o juiz do Crime*, ainda uma vez. O executado, insista-se, de tudo isso no Crime é que se defenderá. E se, mais à frente, *quitar o débito* ou demonstrar ser indevido, obtendo decisão favorável *no Crime*, de posse dela se dirigirá ao anexo Fiscal, e dará baixa na cobrança. Isso e tão só isso, *data venia*. 11) O que aqui menos importa, insista-se ainda uma vez, é se tratar de débito *não fiscal* aquele derivado do inadimplemento pecuniário penal. Pois a legislação sobre dívida ativa, como se viu, possui espectro *suficientemente amplo* para igualmente abrangê-lo. A outra conclusão não chegaram os Juízes do Anexo Fiscal ao examinar o tema. Inclusive no que pertine aos prazos de prescrição, que continuam o mesmo da lei penal (art. 114, CP, dois anos), a ele não se aplicando o qüinqüênio decadencial instituído em favor da Fazenda Pública. Prazos, de qualquer modo, a lei pode modificar a seu talante, em questões de sua competência. E aqui o legislador federal assim procedeu, ao menos no que pertine a novas *causas de suspensão ou interrupção* da cobrança, estranhas à legislação penal. Que agora, ajuizado o executivo, passam a ser as do direito fazendário comum, muito embora a prescrição da pretensão executória continue a ser bienal (art. 114, CP, pois o direito novo não a alterou). A prescrição qüinqüenal dos débitos administrativos em geral, dest'arte, aqui não tem aplicação. Confira-se, a propósito, trabalho publicado por Odmir Fernandes e outros juízes (*A cobrança da multa penal, art. 51 do CP*, no Boletim IBCCrim 47/6, já à luz da Lei 9.268), que atuam no Anexo das Fazendas Públicas e cujas conclusões bem se amoldam ao presente posicionamento. Consoante ali salientado, em primeiro lugar, *a doutrina é praticamente unânime em admitir a exigência da inscrição mesmo nos casos de dívida ativa não tributária, nos exatos termos da lei. Note-se que não é o caso do argumento tantas vezes usado de que a inscrição tornaria o título executivo judicial em título extrajudicial. A inscrição, caracterizando o débito como fiscal, permite a inclusão do crédito no orçamento do ente estatal e a utilização de um procedimento mais vantajoso para a Fazenda, tornando efetiva a cobrança do valor que originariamente era uma sanção penal. Portanto, competente é o Juízo das Execuções Fiscais, observadas as regras do art. 578 e parágrafo único do Código de Processo Civil.* Mais: *referidos valores reverterão, em regra, ao Fundo Penitenciário do Estado de São Paulo (Funpesp), criado pela Lei Estadual 9.171, de 31.05.1995, que especificou as diretrizes gerais estabelecidas na Lei Complementar Federal 79, de 07.01.94.* Ainda, *os prazos prescricionais aplicáveis na espécie são aqueles previstos no art. 114, incisos I e II, do Código Penal (na redação da Lei 9.268/96), contados do decurso do prazo para pagamento consignado na notificação expedida pelo juízo criminal. Inaplicável, no caso, o art. 174 do Código Tributário Nacional, já que estamos diante de dívida ativa não tributária. As causas suspensivas e interruptivas da prescrição são aquelas previstas na legislação da dívida ativa.* Assim, por exemplo, dispõe o art. 2.º, § 3.º, da Lei 6.830/80 que, operada a inscrição, ficará suspensa a prescrição *para todos os efeitos de direito, por cento e oitenta dias ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.* Trata-se, bem se vê, de hipótese que se aplica à situação sob exame, específica do regramento novo. 12) Federal a lei velha, na pior das hipóteses, podia perfeitamente ser revogada ou completada na parte em que não previa *suspensão* da prescrição da pretensão executória por nova, incompatível (ou adicionadora de ressalva, como aqui), no todo ou em parte (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2.º, §§ 1.º e 2.º). Disso, igualmente, não decorreria eiva qualquer. Nada impede, de tudo, que a orientação esposada no voto do douto relator prevaleça. Esse, aliás, é o magis-

tério de Damásio E. de Jesus, em artigo sobre o assunto (*Alterações do Código Penal, Lei n.º 9.268, de 1.º de abril de 1996*, no Bol. IBCCrim 41/6): *nos termos da lei nova, transitada em julgado a sentença condenatória, o valor da pena de multa deve ser inscrito como dívida ativa em favor da Fazenda Pública. A execução não se procede mais nos termos dos arts. 164 e seguintes da LEP. Devendo ser promovida pela Fazenda Pública, deixa de ser atribuição do Ministério Público, passando a ter caráter extrapenal.* Mais: *as causas suspensivas e interruptivas da prescrição referidas na disposição não são as do Código Penal (arts. 116, parágrafo único e 117, V e VI), mas sim as da legislação tributária.* Ressalva, mais (Damásio, ob. cit.): *note-se que a lei não fala que o valor da multa deve ser recolhido aos cofres da União, referindo-se à Fazenda Pública. Abre espaço a que seja arrecadado aos erários estaduais, o que nos parece correto e vem acontecendo em alguns Estados, como em São Paulo.* Esse, a meu ver, o melhor entendimento a se conferir ao diploma legal novo. Daí porque, isso estabelecido, acompanho o voto do relator". Finalmente, transcreve-se agora também trechos do igualmente fundamentado voto vencido do Juiz Souza Nery: "O *thema decidendum* está diretamente relacionado com a nova redação do art. 51 do CP, reveladora da atual tendência do legislador, de buscar evitar ao máximo o encarceramento dos delinqüentes considerados de menor periculosidade. Revogada a permissão para converter em pena corporal a pecuniária inadimplida, vige agora o dispositivo que submete a execução da pena de multa às normas procedimentais concernentes à dívida ativa da Fazenda Pública. Sustentam alguns, dentre eles o i. prolator da r. decisão impugnada, a meu ver de modo equivocado, como procurarei demonstrar adiante, que a vigente redação do art. 51 do CP transformou a multa penal não paga em dívida ativa fazendária, que como tal deve ser inscrita e, subsequentemente, executada no Juízo especial. A multa penal, no entanto, e como ninguém em sã consciência ousaria negar, manteve incólume sua natureza sancionadora, retributiva, de pena propriamente dita. Reconhecer o contrário significa adotar posição que virá a desmoralizar ainda mais o já desprestigiado sistema judicial repressivo pátrio, causando, na população, sentimento de impunidade ainda mais acentuado. Basta que se confiram os termos dos arts. 32 e 114 do CP – este último também alterado pela mesma Lei 9.268/96 – para chegar à inelutável conclusão acerca da natureza evidentemente penal da multa criminal. A douta decisão recorrida está assentada em pressupostos jurídicos que refogem aos princípios específicos da execução penal, fazendo *tabula rasa* das regras de hermenêutica. Nesse sentido, primeiro, cabe destacar que a lei que alterou a redação do artigo aqui examinado, de conteúdo eminentemente material, não abordou, sequer *en passant*, eventual alteração de competência para a excussão da multa criminal. Mais do que isso: podendo tê-lo feito, a Lei 9.268/96 não revogou, expressa ou tacitamente, o mandamento contido no art. 164 da LEP que, compatível com os termos da nova leitura, permanece em vigor. Segundo, ressalto que a *equiparação* da multa criminal à dívida ativa fazendária tem alcance jurídico meramente formal. A própria expressão empregada, *será considerada*, implica apenas a idéia de assemelhação, jamais de transubstanciação, da desnaturação de um fato penal para outro, meramente fazendário. A par disso, verdadeiro absurdo entender que a sentença condenatória definitiva, que por si só constitui título executivo judicial, necessite – a fim de possibilitar sua execução da inscrição por órgão do Executivo, vale dizer, da Procuradoria Geral, verdadeira afronta ao princípio constitucional da separação de poderes. A propósito, convém ressaltar que o dispositivo legal aqui examinado, CP art. 51, não se refere, implícita ou explicitamente, à exigência da inscrição da multa como pressuposto de sua excutibilidade. Essa multa constitui dívida, intrínseca e independentemente de sua inscrição. Isso decorre do fato de que a lei confere à sentença condenatória definitiva força executiva de título judicial, em que se integra, a toda evidência, a multa criminal. Demais disso, e como já asseverei anteriormente, dispositivos legais em vigor há, dentre eles o art. 114 do CP – com nova redação proporcionada pela mesma Lei 9.268/96 –, que continuam a dar à multa criminal o tratamento legal de pena, impondo graves sanções, ainda que não mais possível sua conversão em encarceramento, para as hipóteses de seu inadimplemento. Confiram-se, exemplificativamente: a disposição que permite a conversão da multa criminal não paga, decorrente de transação penal, em pena restritiva de direitos. Ainda que haja quem sustente o contrário,

tal possibilidade de conversão já foi objeto de reconhecimento por esta mesma C. Câmara (Ag. Exec. 1.032.297); a obrigatoriedade da revogação do *sursis*, acaso não seja adimplida a multa criminal; a regressão a regime prisional mais severo, ocorrida a mesma hipótese. Inconcebível que, de mero crédito fazendário, possam decorrer tão graves conseqüências. Um outro complicador pode ser adicionado, em desfavor da tese esposada pela r. decisão combatida: transmudar-se-á o Juízo Fazendário no competente para resolver os incidentes da execução penal, decretando a revogação do *sursis* ou a regressão a regime mais severo, como acima apontado? Adquirirá competência para, em embargos à execução, ou diante do pagamento da multa, reconhecer a extinção da punibilidade? Ninguém será capaz de advogar tenha sido, também, revogado o art. 65 da LEP! O que dizer, ademais, da violação do princípio da personificação da pena, que não se transferirá, jamais ultrapassando a pessoa do delinqüente? Os créditos fazendários, como é sabido, não enfrentam tal restrição. As penas de multa, que prosseguem tendo lapso prescricional ordinário de dois anos, transmudando-se em crédito fazendário passam a prescrever apenas em cinco anos? Interpretação pretoriana formulada *in pejus* e contrariamente ao texto expresso da lei assemelha-se à antiga e repudiada prática de promulgar leis *ex post facto*. A atual vedação para a conversão da pena pecuniária em corporal funda-se no entendimento do legislador – sobre cujo acerto não importa ao Juiz perquirir – de ser inconstitucional tal prática, vez que a Carta Magna somente contemplou duas hipóteses de prisão por dívidas. Isso não significa, contudo, tenha a multa perdido seu caráter de pena, como penso haver demonstrado. E, nessa qualidade, a iniciativa de sua cobrança forçada compete ao Ministério Público, devendo o processo respectivo tramitar perante o Juízo criminal. Uma última palavra, relativa à por vezes invocada inconstitucionalidade da lei que instituiu o Fundo Penitenciário do Estado de São Paulo – FUNDESP: tal eiva não está, a meu ver, suficiente e adequadamente demonstrada, principalmente se se considerar que, em nosso Estado, mesmo condenados por crimes de competência da Justiça Federal, são os presos recolhidos em estabelecimentos estaduais, em que se os mantêm com dotação orçamentária igual e exclusivamente proveniente de recursos estaduais. Demais disso, é regra geral de hermenêutica que todas as presunções militam em favor da validade de atos do Poder Público, devendo – exceção feita a hipóteses aberrantes a interpretação validar a deliberação da autoridade, somente declarando a inconstitucionalidade quando seja evidente, não deixando margem a sérias objeções. Em síntese, subsistentes e inalterados os princípios que regem a jurisdição e a competência em matéria de execução penal, segue-se como corolário que a excussão da pena de multa, não obstante sua equiparação ou assemelhação com a dívida ativa fazendária, continua a ser da competência da Justiça Criminal, com legitimidade e interesse ativos deferidos ao Ministério Público".

31.2 Correção monetária: termo inicial de incidência

31.2.1 A partir da data do fato

Nota: tendo a oportunidade de fazê-lo, a Lei 9.268/96 não resolveu de vez a polêmica jurisprudencial a respeito da data inicial da incidência da correção monetária na pena de multa (Cód. Penal, art. 49, parágrafo segundo), prosseguindo incólumes as diversas posições desde há muito registradas: a) desde a data do fato ilícito; b) desde o trânsito em julgado da condenação; c) a partir do décimo primeiro dia após o trânsito em julgado da condenação; d) desde a citação para a execução civil; e) a partir do décimo primeiro dia após a citação para a execução civil. A primeira dessas posições, que também é a nossa, parece atender melhor o reclamo da lei penal, mesmo porque atualização monetária não representa um *plus* na multa mas, simplesmente, a manutenção pura do valor correto. Essa também é aquela posição mais freqüente na jurisprudência, perante a qual a expressão legal *quando da execução* diz respeito tão-somente ao tempo em que deverá ser liquidado o valor devido.

• "É inadmissível a alegação de que a correção monetária da pena de multa a partir da data do fato fere o princípio da legalidade, pois não se trata de aumentar a pena, mas apenas de atualizá-la, até porque a correção monetária foi criada exatamente para se obter a reposição do poder aquisitivo da moeda, não se tratando, portanto, de aumento, mas de simples atualiza-

ção" (TACRIM-SP, 2.ª C.; Ap. 782.339; j. 07.10.1993, v. u., Rel. Oliveira Passos; Bol. IBCCrim 15, abril 1994, p. 47).

• "*Pena – Multa – Atualização – Contagem a partir da data da infração – Admissibilidade – Inocorrência de mudança da individualização da pena – Mera reposição do valor da moeda – Recurso não provido.*No acórdão: "A individualização da pena não sofre nenhuma mudança pela correção da multa, visto que ela, tão-só, repõe o valor da moeda sem nenhum acréscimo à penalidade a ser satisfeita pelo sentenciado (*RJTJSP*, 135/418), cujo termo inicial remonta ao fato delituoso, como se proclamou no julgamento da Apelação Criminal 109.791-3-Cruzeiro, nesta Colenda 4.ª Câmara Criminal, da qual foi relator o eminente Desembargador Dante Busana (*RJTJSP*, 135/418). Anote-se, em demasia, que a reprimenda pecuniária perderia seu efeito retributivo se a correção fosse feita a partir do termo preconizado no recurso (atualização a partir do trânsito em julgado do acórdão) pouco importando o que dispõe a Lei 7.730/89, acerca da atualização dos valores dos débitos, visto que após o dia 1.º de fevereiro de 1991, a Taxa Referencial Diária (TRD), em substituição às BTN's, passou a ser o parâmetro dessa correção, inclusive no tocante às multas penais (RT, 689/373), que – na atualidade – obedece a outro critério, representado pela Unidade Real de Valor (URV), implantado através de recente Medida Provisória 434/94" (TJSP, 4.ª C.; Ag. 132.705-3; j. 09.05.1994, m. v., Rel. Emeric Levai; Bol. IBCCrim 30, jun. 1995, p. 102). Transcreve-se o voto vencido do Des. Sinésio de Souza: "Votei vencido por entender que, enquanto não ocorrer a homologação do cálculo – o que só pode ser feito a partir do trânsito em julgado – a obrigação imposta ao réu de pagar a multa não é nem líquida, nem certa; vale dizer que é inexigível, tanto assim que não lhe é dado cumpri-la por antecipação, *v. g.*, mediante depósito à ordem do Juízo, com correção monetária. E também não me parece justo carregar ao réu a responsabilidade pelos desacertos e descompassos do valor do padrão monetário. A lei de execução penal, por outro lado, concede ao sentenciado o prazo de dez dias, a contar de usa intimação, para a liquidação do débito; aplicar-se, assim, correção monetária ou qualquer outro acréscimo antes do décimo primeiro dia será o mesmo que penalizar, por mora, quem em mora não foi constituído".

• "*Multa – Correção monetária – Marco inicial.* Diante dos expressos termos do § 1.º do art. 49 do Código Penal, estabelecendo piso mínimo *ao tempo do fato* e não constituindo a correção monetária alteração da expressão nominal da dívida, mas simples atualização monetária, o ponto de partida da correção deve ser estabelecido na data do fato. Recurso especial conhecido pela divergência e provido" (STJ, 5.ª T.; REsp. 29.144, São Paulo; j. 13.12.1995, m. v., Rel. designado Assis Toledo; DJU 11.03.1996, p. 6.643).

• "*Penal – Pena de multa.* Atualização monetária. Fiel ao termo básico estabelecido no parágrafo 1.º do art. 49 do Código Penal, o tempo do fato também se impõe como marco da atualização monetária estabelecida no parágrafo 2.º do referido artigo" (STJ, 5.ª T.; REsp. 67.611, São Paulo; j. 6.2.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 04.03.1996, p. 5.415, *apud* DELMANTO JÚNIOR, Roberto, Ementário de Jurisprudência, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 14, ano 4, abril-junho 1996, p. 425). No mesmo sentido: STJ, 5.ª T.; REsp. 67.747, Minas Gerais; j. 06.02.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 04.03.1996, p. 5.415.

• "*Penal – Multa – Correção monetária – Termo inicial.* 1. A correção monetária da multa deve incidir desde a data do fato, já que não representa nenhuma alteração nominal da dívida, mas tão-somente a sua atualização frente à desvalorização da moeda. 2. Recurso conhecido e provido" (STJ, 5.ª T.; REsp. 39.429, São Paulo; j. 02.04.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 06.05.1996, p. 14.436).

• "*Criminal – Pena de multa – Atualização monetária.* Fiel ao termo básico estabelecido no parágrafo 1.º do art. 49 do Cód. Penal, o tempo do fato também se impõe como marco da atualização monetária estabelecida no parágrafo 2.º do referido artigo" (STJ, 5.ª T.; REsp. 81.277, São Paulo; j. 02.04.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 06.05.1996, p. 14.446).

• "*Penal – Multa – Correção monetária – Termo inicial.* 1. A correção monetária da multa deve incidir desde a data do fato, já que não representa nenhuma alteração nominal da

dívida, mas tão-somente a sua atualização frente à desvalorização da moeda. 2. Recurso conhecido e provido" (STJ, 5.ª T.; REsp. 81.578, São Paulo; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 13.05.1996, p. 15.568).

31.2.2 A partir do trânsito em julgado

• "A atualização do valor da pena de multa pelos índices de correção monetária deverá ocorrer, em face da letra expressa do § 2.º do art. 49, do CP, quando da execução. Logo, o termo inicial da mesma deverá coincidir com a data do trânsito em julgado para as partes, i. é, com a formação do título executivo, pois daí se torna exigível a pretensão executória, voluntária ou forçadamente" (TACRIM-SP, 2.ª C.; Ag. Exec. 661.571/5, São Paulo; j. 06.06.1991, m. v., Rel. Haroldo Luz; *apud* LUZ SOBRINHO, Haroldo Pinto da; Jurisprudência comentada: correção monetária da pena de multa; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, Revista dos Tribunais; número especial de lançamento; p. 116).

31.2.3 A partir do 10.º dia após o trânsito em julgado

• "I – Após o trânsito em julgado da sentença condenatória é que se forma o *status* de condenado. Constituição Federal, art. 5.º, II, princípio da presunção de inocência. II – A multa pode ser recolhida após o trânsito em julgado (CP, art. 50), dentro de 10 dias. Assim, a correção monetária começa a incidir após o 10.º dia, prazo para o recolhimento" (STJ, 6.ª T.; REsp. 23.695-6; j. 25.04.1994, v. u., Rel. Pedro Acioli; DJU 16.05.1994, p. 11.788; Bol. IBCCrim 17, jun. 1994, p. 56).

31.3 Multa e privação de liberdade

31.3.1 Antes da Lei 9.268/96: hipótese de não conversão

Nota: hoje tem valor puramente histórico a possibilidade de conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, o que se admitia à luz da revogada disposição do art. 51 do Código Penal, agora afastada pela Lei 9.268/96 (que, agora sim, se recordou de revogar expressamente também o art. 182 da LEP), disposição esta que, mais benéfica, tem completa retroatividade. Contudo, em dois pontos o legislador de 1996 novamente foi impreciso: a) esqueceu-se de revogar o art. 81, II do Código Penal; b) esqueceu-se de revogar ainda o artigo 118, parágrafo 1.º da LEP. A leitura da Exposição de Motivos que acompanhou a Lei 9.268/96 não deixa margem para dúvidas de que se tratou de puro esquecimento, mesmo porque o legislador de 1996 não se preocupou muito em esconder seu completo desconhecimento quanto a vários temas sobre os quais avançava temerariamente. De toda forma, se tratou o legislador de expressamente afastar a conversão direta da multa em pena privativa de liberdade, não teria razões para deixar de fazê-lo também quando essa conversão pode ser indireta: tal é o caso da revogação do *sursis* e, com ainda maiores razões, da regressão quando o condenado se encontra em regime aberto. Mais do que simples regra, nesse particular a modificação do art. 51 do Código Penal institui entre nós um princípio: nenhuma pena de multa pode acarretar privação de liberdade, sob qualquer pretexto.

• "A demonstração inequívoca da solvência do condenado é requisito para que se converta a sanção pecuniária em pena privativa de liberdade, pois em se tratando de levar alguém ao cárcere, nada pode ser presumido em seu desfavor. Assim não há conversão sem a localização do sentenciado e a prova de sua insolvência" (TACRIM-SP, 12.ª C.; Ag. Exec. 964.217/1; j. 16.10.1995, v. u., Rel. Ary Casagrande; Bol. IBCCrim 39, mar. 1996, p. 130).

31.3.2 Após a Lei 9.268/96: inadmissibilidade

Nota: v. nota ao item 31.3.1.

• "Com o advento da Lei 9.268/96 ficou vedada a possibilidade existente até então de conversão da pena pecuniária em detenção na hipótese de inadimplemento do condenado solvente" (TACRIM-SP, 4.ª C.; Ag. 1.039.267/1, São Paulo; j. 04.02.1997, v. u., Rel. Devienne Ferraz; red.).

31.4 Liquidação (após a Lei 9.268/96)

Nota: v. nota ao item 31.1 (*supra*).

31.4.1 Competência do Juízo criminal ou da execução

• "Descabe confundir a liquidação da multa penal com a execução da dívida ativa decorrente do seu não pagamento. A primeira processa-se, em São Paulo (Provimentos 491/92 e 1/93 da Corregedoria Geral de Justiça), quer no juízo da condenação, se a multa foi a única pena imposta, quer no juízo da execução criminal, se além da sanção pecuniária houve a imposição cumulativa de outra pena. Com efeito, o art. 50 do CP estabelece que a multa deve ser paga dentro de dez dias depois de transitada em julgado a sentença. Ocorre que as decisões condenatórias, embora fornecendo os parâmetros para a apuração dos valores devidos, de regra não o enunciam, de sorte que é preciso liquidar a pena de multa, atualizá-la, o que não integra, em princípio, o processo executório, cuidando, ao revés, de procedimento que complementa, ainda, o conhecimento e que permite aparelhar a execução (conf. o magistério de Sérgio Pitombo, na Correição Parcial 830.989-9, *apud* Silva Franco, Alberto e outros, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, Revista dos Tribunais, 5.ª ed., 1995, p. 654/655, n. 3.02; assim também o aresto do STJ, 4.ª T., REsp 586-PR, Rel. Sálvio de Figueiredo, j. 20.11.1990, v. u., DJU 18.02.1991, p. 1.041, *apud* Armelin, Donaldo, "A Nova Disciplina da Liquidação de Sentença", em *Reforma do Código de Processo Civil*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, 1996, p. 659, nota 7). Como o CPP não contém dispositivos semelhantes aos dos arts. 604 e 614, II, do CPC, é necessária a ida dos autos ao contador, para a elaboração do cálculo. E sobre esse cálculo faz-se imperiosa a prévia manifestação da defesa, para que possa, querendo, exercitar o direito de impugnação (CF, art. 5.º, LIV e LV) para, então, sobrevir a homologação, da qual se intimará o condenado para, em dez dias, satisfazer o débito e, inclusive, requerer o parcelamento (CP, art. 50, 2.ª parte). Quedando-se inerte, aplicará o juiz, se for o caso, as providências atinentes à regressão prisional ou à revogação do *sursis*, fazendo encaminhar à Procuradoria Fiscal certidão necessária à inscrição da dívida ativa" (TACRIM-SP, 7.ª C.; Ag. Exec. 1.038.259/8, São Paulo; j. 20.02.1997, m. v., Rel. designado Nogueira Filho; red.).

31.4.2 Notificação para pagamento voluntário

• "Quanto ao procedimento, observe-se que o juiz do processo criminal deverá determinar a notificação (CTN, art. 160) do sentenciado para pagar o débito em 10 dias (aplicação analógica do art. 164 da LEP), cumprindo assim o par. 1.º do art. 3.º da Lei 4.320/64, competindo ainda aos Juízos originais dos feitos criminais, quando não houver o pagamento, oficiar à Procuradoria Geral do Estado para a sua inscrição, mesmo porque seria séria violação do princípio da economia processual inscrever a multa como dívida ativa não tributária sem tentar, antes, o seu recebimento amigável, como já ocorre com a dívida ativa da Fazenda Pública" (TACRIM-SP, 16.ª C.; Ag. Exec. 1.038.271/9, São Paulo; j. 16.01.1997, v. u., Rel. Mesquita de Paula; red.).

• "Deve ser ressaltado que implicaria em séria violação do princípio da economia processual, inscrever a multa como dívida ativa não tributária sem tentar, antes, o seu recebimento amigável, como já acontece com a dívida ativa da Fazenda Pública, com o Juízo criminal devendo notificar o sentenciado a pagar a multa, no prazo de dez dias, sob pena de inscrição e, não efetuado o pagamento, deverá esse Juízo oficiar à Procuradoria Geral do Estado para sua inscrição" (TACRIM-SP, 16.ª C.; Ag. Exec. 1.038.265/3, São Paulo; j. 23.01.1997, v. u., Rel. Ubiratan de Arruda; red.).

• "Todos os incidentes da execução penal têm caráter nitidamente jurisdicional (LEP, arts. 2.º e 194), sendo que qualquer medida só pode ser adotada em processo revestido de jurisdicionalidade (*jurisditio sine executione esse non pontes*), obedecido, por conseguinte, o *due process of law*. E, ainda que alguém entendesse ter a execução penal índole meramente administrativa, o que seria um despropósito, mesmo assim o princípio do devido processo legal, que garante sempre o contraditório, a ampla defesa e o uso dos recursos a ela inerentes, haveria de ser preservado (CF, art. 5.º, LV). Sem o contraditório, *não pode haver o devido processo legal*, como ensina Frederico Marques (*Elementos de direito processual penal*, v. 1, p. 82). No caso, instaurado o incidente para a execução da sanção pecuniária ou

inscrição da dívida dela decorrente, e apurado o *quantum* devido através de cálculo, deve, previamente, ser ouvido o condenado a respeito (LEP, art. 196), podendo, quiçá, efetuar espontaneamente o pagamento da dívida, pondo fim ao procedimento, sem maiores polêmicas, ou podendo alegar os motivos que o impedem de fazê-lo. Não se pode determinar a inscrição da dívida como dívida ativa da Fazenda Pública sem mais nem menos, medida que, por colher o condenado de surpresa, atenta contra o princípio do devido processo legal. Não é possível tolerar a inscrição da multa como dívida ativa da Fazenda Pública se o devedor não conhecia seu valor, nem foi intimado pessoalmente para o adimplemento espontâneo" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 220.254-3/4, São Paulo; j. 17.03.1997, v. u., Rel. Silva Pinto; red.).

31.5 Execução civil (após a Lei 9.268/96)

Nota: v. nota ao item 31.1 (*supra*).

31.5.1 Titularidade ativa do Ministério Público e competência do Juízo da execução penal

• "A redação dada ao art. 51 do CP pela Lei 9.268/96 não autoriza concluir que a pena pecuniária foi transformada em simples débito monetário, perdendo a natureza sancionatória, antes levando ao entendimento que a expressão *dívida de valor* foi empregada com o sentido de que a multa terá ou receberá o mesmo tratamento do crédito fiscal, apenas reforçando-se a impossibilidade de sua conversão em prisão e indicando-se que deve ela ser atualizada monetariamente (v. Aviso 230/96 da Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, publicado no DOE de 24.5.96, Seç. I, item 4, p. 25/26), mesmo porque não se alterou outros momentos do CP e da LEP que dispõem ser a multa espécie de pena. Não convence igualmente o entendimento de que, apesar de sua natureza de pena, teria sido alterada substancialmente sua forma de execução, já que não foi revogada a legitimidade do Ministério Público para promovê-la (LEP, art. 164). Na verdade, a Lei 9.268/96, visando maior eficiência, celeridade e força executória à ação de cobrança da multa, a ela aplicou o mesmo regime processual da execução fiscal (Lei 6.830/80), apenas trazendo mudança no rito da LEP e nada alterando acerca da competência, somente operando uma mudança procedimental destinada a proporcionar melhor atuação do Estado na persecução criminal e na obtenção do cumprimento da pena, como processo de execução fiscal passando a ser disciplinado pela Lei de Execução Fiscal (conf. referido Aviso, item 1). Entendimento adverso deixaria sem solução a matéria referente a eventual preliminar, em embargos à execução, de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva ou executória, pois o Juiz cível, em razão da independência das jurisdições penal e civil vigente no sistema jurídico, não teria competência para decidir questões de natureza penal" (TACRIM-SP, 14.ª C.; Ag. Exec. 1.039.729/2, São Paulo; j. 21.01.1997, m. v., Rel. Renê Ricupero; red.).

• *"Lei 9.268/96 – Pena de multa – Pagamento.* Para o pagamento da pena de multa, necessário que se proceda à citação do sentenciado, em atendimento ao disposto no art. 164, *caput*, da LEP. Feito o recolhimento, a pena pecuniária será julgada extinta, atribuição do MM. Juízo das Execuções Criminais. Frustrado o pagamento, prossegue-se nos termos da lei processual civil pertinente, incidindo a Lei das Execuções Fiscais (nova redação do art. 51 do CP, dada pela Lei 9.268/96)" (TACRIM-SP, 11.ª C.; Ag. Exec. 1.038.255/1, São Paulo; j. 03.02.1997, m. v., Rel. Wilson Barreira).

• "A Lei 9.268/96 em nenhum momento modificou a competência do Juízo criminal para proceder à execução da sanção pecuniária. A única alteração de fundo havida diz respeito à adoção de novo rito procedimental destinado a proporcionar ao Estado-Administração, na busca da persecução criminal, uma mais célere e efetiva cobrança da pena imposta, de molde a fazer o agente cumprir a retribuição estatal. Ao considerar a multa *dívida de valor*, a Lei 9.268/96, além de impossibilitar sua conversão em custódia carcerária, quis dizer que ela está sujeita a atualização monetária até o seu efetivo pagamento. O Ministério Público continua tendo atribuição para promover a execução da pena pecuniária imposta em sentença criminal, sendo competente o Juízo da Vara das Execuções Criminais" (TACRIMS-SP, 11.ª C.; Ag. Exec. 1.038.717/1, São Paulo; j. 17.02.1997, v. u., Rel. Xavier de Aquino).

31.5.2 Titularidade ativa da Fazenda Pública e competência do Juízo cível especializado

• "De claríssimo conteúdo redacional, a Lei 9.268/96, ao dar nova redação ao art. 51 do CP, mesmo sem furtar à sanção pecuniária o caráter de pena, estabeleceu regime próprio para sua cobrança, idêntico àquele reservado à reclamação de pagamentos da dívida ativa da Fazenda Pública, relegando às Varas especializadas da Fazenda a competência para decidir sobre a pertinência delas e aos Procuradores respectivos aptidão para postular em juízo o pagamento devido" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 218.817-3/4, São Paulo; j. 16.12.1996, v. u., Rel. Canguçu de Almeida; red.).

• "Quanto à execução da pena de multa, a experiência demonstrou que, em regra, o Ministério Público e as Varas especializadas da execução penal, por falta de suporte humano, dificilmente têm condições de tornar aquela uma sanção efetiva, frustrando-se o pagamento. A Exposição de Motivos da Lei 9.268/96 consignou o objetivo de facilitar a cobrança da multa criminal, afastando-se as possibilidades de sua prescrição através de procedimento infenso às dificuldades para atingir maior eficácia desta forma de reação penal. Agora, o trânsito em julgado transubstancia a natureza da multa penal, que passa a ser dívida de valor, sendo aplicável a legislação referente à dívida ativa da Fazendo Pública, inclusive no que respeita às causas interruptivas e suspensivas da prescrição (REALE JÚNIOR, Miguel; AZEVEDO, David Teixeira de; "Projetos de Reforma do Código Penal"; Bol. IBCCrim 33/9), decorrendo também que a execução não se procede mais nos termos dos arts. 164 e ss. da LEP, devendo ser promovida pela Fazenda Pública e deixando de ser atribuição do Ministério Público, passando a ter caráter extrapenal (JESUS, Damásio E. de; "Alterações do Código Penal – Lei 9.268, de 1.° de abril de 1996"; Bol. IBCCrim 41/6). É evidente, pois, que a nova lei se tornaria letra morta se a execução não fosse atribuída a um órgão especializado nesse tipo de cobrança que, no caso, é a Fazenda Pública. Isso não alterou a natureza jurídica de sanção penal da multa, com todas as conseqüências daí decorrentes. Não se nega que poderão surgir dificuldades quanto à atribuição da execução da multa a órgão não penal mas isso, que é previsível em toda alteração legislativa, não pode sacrificar a efetividade da nova lei. Observe-se, apenas, que se trata de legitimidade da Fazenda Pública Estadual e não Nacional, não sendo, portanto, inconstitucional a Lei Estadual 9.171/95 que criou o Fundo Penitenciário do Estado de São Paulo, apenas especificando as diretrizes gerais da Lei Complementar Federal 79/94" (TACRIM-SP, 16.ª C.; Ag. Exec. 1.038.271/9, São Paulo; j. 16.01.1997, v. u., Rel. Mesquita de Paula; red.).

• "Com a entrada em vigor da Lei 9.268/96, a preponderância da natureza da execução da multa mostra-se mais nítida, a medida que o Ministério Público perde a sua titularidade ativa, passando a ser legitimada para promovê-la a Fazenda Pública, sendo competente o Juízo das Execuções Fiscais, observadas as regras do art. 578 e parágrafo único do CPP, como anotam os Juízes de Direito que integram o grupo de estudos do setor das execuções fiscais da Fazenda Pública (Bol. IBCCrim 47/6) e o Prof. Damásio E. de Jesus (Bol. IBCCrim 41/6), bem como o Promotor de Justiça de Rondônia Alex Nunes de Figueiredo (Bol. IBCCrim 48), o Procurador de Justiça João Bosco da Encarnação (MS 296.650/5, desta Corte) e, ainda, o e. Juiz Mesquita de Paula (Ag. Exec. 1.038.271/9, deste Tribunal)" (TACRIM-SP, 16.ª C.; Ag. Exec. 1.038.265/3, São Paulo; j. 23.01.1997, v. u., Rel. Ubiratan de Arruda; red.).

• "A execução da pena só se faz após a ocorrência do trânsito em julgado da sentença para as partes, pois é a partir daí que a decisão condenatória se torna imutável, por se converter em coisa julgada material, nascendo então a pretensão executória. De acordo com a nova lei, tão logo transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor e se lhe deve aplicar as normas da legislação relativas à dívida ativa da Fazenda Pública. Ora, a intenção do legislador foi buscar um procedimento rápido e eficiente na execução da multa criminal, retirando-a da competência do juízo penal e transferindo a legitimidade de sua cobrança do Ministério Público para a Fazenda Pública, já que notória a inoperância do sistema vigente até então. É o que se colhe da exposição de motivos da Lei 9.268/90: *Com efeito, a execução da multa criminal deve ser revigorada atrás de procedi-*

mento adequado e infenso às dificuldades que atualmente se opõem à eficácia desta forma de reação penal. A sanção pecuniária é uma das mais importantes alternativas da pena privativa de liberdade e uma das fontes de receita que deve alimentar o fundo penitenciário instituído pela Lei Complementar 79, de 07.01.94, e regulamentado pelo Dec. 1.093, de 23.03.1994. (...) *Com a proposta ora apresentada, a multa readquire o seu vigor institucional e passa a figurar entre as medidas eficientes de combate à criminalidade patrimonial, principalmente a de natureza astuciosa que ofende não somente bens jurídicos particulares, como interesses coletivos relevantes como os ligados à Administração Pública* (Diário do Congresso Nacional de 24.08.1995, p. 19.427). A busca dessa efetividade verte, pois, na modificação trazida pela nova lei, que determina que, na execução da pena de multa penal, se apliquem as regras de cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública. Sendo assim, transitada em julgado a sentença condenatória, o valor da pena de multa deve ser inscrito como dívida ativa em favor da Fazenda Pública e sua execução não mais se procederá nos termos dos arts. 164 e seguintes da LEP e sim nos moldes da Lei 6.830/80. Outrossim, é de se observar que, conforme o art. 5.º da Lei 6.830/80, *A competência para processar e julgar a execução da dívida ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência, da concordata, da insolvência ou do inventário.* Em conseqüência, claro está que, palco próprio para a execução da pena de multa não mais é o juízo penal, mas sim o da Fazenda Pública, bem como que a legitimidade da cobrança da multa não mais está afeta ao Ministério Público Estadual e sim aos Procuradores da Fazenda Pública, pois a estes últimos incumbe promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa. Esse, aliás, é o entendimento do Prof. Damásio E. de Jesus ao comentar as novas alterações, expressando que *Nos termos da lei nova, transitada em julgado a sentença condenatória, o valor da pena de multa deve ser inscrito como dívida ativa em favor da Fazenda Pública. A execução não se procede mais nos termos dos arts. 164 e ss. da LEP. Devendo ser promovida pela Fazenda Pública, deixa de ser atribuição do Ministério Público, passando a ter caráter extrapenal* (Bol. IBCCrim 41/6). Há de ser reconhecida, portanto, a incompetência absoluta da Vara das Execuções Criminais para a execução da pena de multa. Por derradeiro, não cabe discutir se o juízo competente para a execução da pena de multa é o da Fazenda Pública Nacional porque seria inconstitucional a Lei Estadual 9.171/95 que criou o Fundo Penitenciário de São Paulo: cabe lembrar que a e. Corregedoria Geral de Justiça deste Estado consolidou entendimento de que a pena de multa criminal imposta pelo Poder Judiciário paulista deve ser recolhida em favor do referido Fundo, com a ressalva da disciplina diversa prevista em lei federal especial como, por exemplo, na Lei 6.368/76 (parecer do MM. Juiz Adilson de Araújo no Prot. CG 17.743/95, aprovado em 06.03.96 pelo Corregedor Geral da Justiça Dr. Márcio Martins Bonilha, conf. publicação no DOJ de 13.03.1996, p. 46/47)" (TACRIM-SP, 4.ª C.; Ag. 1.039.267/1, São Paulo; j. 04.02.1997, v. u., Rel. Devienne Ferraz; red.).

• "A cobrança judicial da respectiva dívida ativa, por força do disposto na Lei 9.268/96 e na Lei 6.380/86, se faz através da Procuradoria Fiscal do Estado, em juízo outro que não o criminal, e não pelo Ministério Público, pouco importando que se trate de crédito oriundo de multa imposta em decisão condenatória proferida em ação penal, em cuja esfera foi apurado o respectivo montante. A uma porque a sua execução judicial, por força da Lei 9.268/96, passou a ser de interesse patrimonial exclusivo da Fazenda, destinado que está ao Fundo Penitenciário, donde não se poder reputar a causa como de interesse público. E a duas porque, tal como no débito declarado pelo próprio contribuinte, onde embora imprescindível a inscrição da dívida para o ajuizamento da execução, efetua-se o lançamento por homologação (CTN, art. 150), sendo desnecessário o procedimento administrativo do art. 2.º, § 3.º, da Lei 6.830/80. A par disso, o art. 5.º da Lei 6.830/80 dispõe que a competência para processar e julgar a execução da dívida ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o falimentar, o de maior força atrativa e, a partir de agora, o penal, exsurgindo desnecessária a repetição, no texto da Lei 9.268/96, do dispositivo em apreço, por ela reportado, como é óbvio, ao determinar a transmudação da multa penal não paga em dívida ativa fazendária. E se o condenado, ao interpor ação de embargos à execução fiscal, agitar matéria relativa à prescrição, quer da

pretensão punitiva, quer da pretensão executória, não há óbice a que o juiz, por se tratar de questão prejudicial, suspenda o curso do processo (CPC, art. 265, IV, *a*) para que o juiz criminal, cientificado da argüição, que é de ordem pública e que pode, por isso, ser decidida a todo tempo, *ex officio* e em qualquer grau de jurisdição (CPP, art. 61), lance pronunciamento a respeito. De tal arte resultando manifesta, como posto em relevo na judiciosa contraminuta da Dra. Franciane de Fátima Marques, i. Procuradora do Estado, a incompatibilidade das disposições em apreço com as dos arts. 164 e seguintes da LEP que, por isso, restaram derrogadas" (TACRIM-SP, 7.ª C.; Ag. Exec. 1.038.259/8, São Paulo; j. 20.02.1997, m. v., Rel. designado Nogueira Filho; red.).

• "Inegável que a Lei 9.286/96 trouxe modificações a respeito da cobrança da pena de multa, passando a considerá-la como dívida de valor, revogando o disposto no art. 51 do CP que determinava a possibilidade de sua conversão em pena de detenção. Com essa alteração do art. 51 do CP, perdeu sentido a existência dos seus parágrafos e não há mais razão para o disposto no art. 182 da LEP. Embora a multa continue como sanção de caráter de pena, na fase da execução, para a sua cobrança, passa a ser considerada como dívida de valor, correspondente a débito pecuniário que deve ser cobrado na forma da Lei 6.830/80, com a execução ficando relegada às Varas especializadas das Execuções Fiscais" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 219.036.3/7-00, São Paulo; j. 13.03.1997, v. u., Rel. Gentil Leite; red.).

• "O texto da Lei 9.268/96 é mais do que claro ao determinar que à pena de multa se aplique a legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. Afigura-se evidente que o legislador, pela Lei 9.268/96, visou imprimir maior eficácia à cobrança da pena pecuniária e, ao mesmo tempo, acabar com a possibilidade de sua conversão em prisão, almejando a efetiva arrecadação dos respectivos valores, destinados ao Fundo Penitenciário (CP, art. 49). A prova mais eloqüente da vontade do legislador está na Exposição de Motivos da nova lei, na qual o expositor realça que a finalidade da reforma visa facilitar a cobrança da multa criminal, afastando os obstáculos que, presentemente, têm conduzido à prescrição de tal modalidade de sanção. Expressa ênfase é dada à maior eficácia que a nova lei trará à questionada forma de reação penal, além de que a sanção pecuniária é uma das mais importantes alternativas da pena privativa de liberdade e uma das fontes de receita que deve alimentar o Fundo Penitenciário. Forçoso reconhecer que a Fazenda Pública, atuando por seus Procuradores junto a um Juízo especializado e equipado para a execução fiscal, é quem melhor responde ao objetivo da nova lei e, efetivamente, quem melhor pode arrecadar os valores impostos nas sentenças penais condenatórias, não obstante, contudo, o pleno conhecimento que se tem da enorme demora que ocorre nas Varas da Fazenda Pública, em decorrência da sobrecarga de processos. Não se vislumbra, porém, maiores transtornos nesse procedimento, já que o Juízo criminal poderá intimar o sentenciado a comprovar o pagamento da multa, mesmo porque o não pagamento trará sérias conseqüências ao sentenciado, como, por exemplo, se houver pedido de revogação de *sursis*, de regressão do regime aberto, além de outras possíveis implicações no que pertine à suspensão do processo pela Lei 9.099/95" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 220.599-3/8, São Paulo; j. 17.03.1997, v. u., Rel. Ângelo Gallucci; red.).

• "O texto da Lei 9.268/96, de redação clara e objetiva, não deixa dúvida de que, atualmente, a multa deve ser executada nos moldes da Lei de Execução Fiscal, que é a aplicável à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, de natureza tributária ou, como no presente caso, não tributária (CTN, art. 3.º; Lei 6.830/80, art. 2.º). Na Comarca da capital, segundo as normas estaduais de organização judiciária, compete à Vara das Execuções Fiscais a execução da dívida ativa, tributária ou não, da Fazenda Pública Estadual e Municipal (Lei 4.289/80). Como bem ressaltado pelo magistrado José Ernesto de Souza Bittencourt Rodrigues (Proc. 308.443 da Vara das Execuções Criminais de São 2Paulo), *é o Juízo da Vara das Execuções Criminais totalmente incompetente para, doravante, executar as penas de multa oriundas de processos criminais e, muito mais, para intimar o sentenciado a espontâneamente pagá-la*, concluindo que *a intimação para pagamento inicia processo de liquidação e, não sendo este Juízo competente*

para executar a multa, muito menos será para liquidá-la. Diante disso, chega-se à conclusão de que o Ministério Público já não dispõe de legitimidade para executar a pena de multa. Como fiscal da lei, deve requerer, no Juízo da condenação ou no de execução, a expedição de certidão a ser encaminhada à Fazenda Pública competente para a propositura da respectiva ação de execução" (TACRIM-SP, 10.ª C.; Ag. Exec. 1.052.627/4, São Paulo; j. 02.04.1997, v. u., Rel. Vico Mañas; red.).

31.6 Prescrição da pretensão executória no curso do período de prova (após a Lei 9.268/96)

Nota: para aqueles que entendem que, no sistema instaurado pela Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, o *sursis* passou a ser forma de cumprimento de pena, então é conseqüência inequívoca que no curso do respectivo período de prova não corre a prescrição da pena de multa quando esta for cumulativamente aplicada (Cód. Penal, art. 117, V). Para os demais, contudo, impõe-se o entendimento diverso, para o qual aliás contam com bons argumentos: se a execução pode ser ajuizada mesmo no curso do período de prova, conseqüência lógica é sua prescritibilidade desde então (como, aliás, apontava a redação do art. 81, inc. II do Código Penal que, para nós, foi tacitamente reformada pela Lei 9.268/96).

31.6.1 Admissibilidade

• "A prescrição da pretensão executória, quer se trate de pena privativa de liberdade, quer de pena de multa, ou ainda das duas em conjunto, tem início no dia em que transita em julgado a sentença condenatória (CP, art. 112, I). No tocante à pena pecuniária, deve ela ser paga dentro de 10 dias, depois do trânsito em julgado (art. 50), não ensejando a suspensão da respectiva execução a suspensão condicional da pena privativa de liberdade aplicada cumulativamente, tanto que o não pagamento da multa é causa de revogação obrigatória do *sursis* que, a propósito, é tão-somente a suspensão da pena de prisão, não interferindo no prazo prescricional da pena pecuniária" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 181.347-3/6, São Paulo; j. 22.05.1995, v. u., Rel. Cyro Bonilha; red.).

31.6.2 Inadmissibilidade

• "Fica prejudicado o recurso referente à pena de multa, em face da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória quando já transcorrido o biênio que se seguiu à data do término do período de prova do *sursis*" (TACRIM-SP, 1.ª C.; Ag. Exec. 616.943/1, São Paulo; j. 13.12.1990, v. u., Rel. Alberto Marino; red.).

31.7 "Habeas corpus"

Nota: torrencial posicionamento jurisprudencial, ao qual também nos filiamos, entende que o *habeas corpus* em princípio não é meio idôneo para tratar de questões relativas à pena de multa, já que não fulmina ela o *status libertatis* do condenado: se assim já era anteriormente, agora com melhores argumentos continua a ser à luz das modificações introduzidas pela Lei 9.268/96. De qualquer modo, poderá todavia o *habeas corpus* ser empregado quando se tratar de lesão ou ameaça ao direito de liberdade de locomoção física em razão da multa: recorde-se que continua acesa a polêmica sobre a subsistência, por exemplo, dos arts. 81, II do Código Penal e 118, parágrafo primeiro da LEP.

31.7.1 Meio idôneo

• "*Penal – Processual penal – 'Habeas corpus' – Pena de multa: cabimento de 'habeas corpus'*. Cabimento de *habeas corpus* para impugnar pena de multa, porque, de forma indireta, poderá ser atingida a liberdade de locomoção: a possibilidade de transformação da pena de multa em detenção (Cód. Penal, art. 51)" (STF, 2.ª T.; HC 73.216-0, Rio de Janeiro; j. 13.02.1996, v. u., Rel. Carlos Velloso; extraído de DJU 29.03.1996, p. 9.346).

31.7.2 Meio inidôneo

• "A utilização do remédio constitucional do *habeas corpus* só terá pertinência quando o paciente sofrer, ou estiver na real iminência de sofrer, injusto constrangimento em sua liberdade de locomoção física. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem proclamado que não se revela suscetível de conhecimento a ação de *habeas corpus* quando, imposta

exclusivamente a pena de multa ao condenado, não houver risco efetivo e concreto de conversão da sanção pecuniária em pena privativa da liberdade" (STF, 1.ª T.; HC 69.380-6; j. 30.03.1993, v. u., Rel. Celso de Mello; DJU 08.04.1994, p. 7.221; Bol. IBCCrim 16, maio 1994, p. 51).

• "*DESPACHO:* O advogado J. M. impetra *habeas-corpus*, em favor de F.S.G.F., contra acórdão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, em que foi confirmada a condenação do paciente à pena de dez dias-multa, pela prática de crime de injúria (art. 140 do CP). Sustenta nulidade processual relacionada à falta de ato formal de recebimento da queixa-crime, que teria sido, por isso, processada sem a fundamentação necessária e toda decisão judicial, impedindo o paciente até mesmo de interpor o recurso apropriado, face à instauração da ação penal. O *habeas-corpus* não merece trânsito, já que a coação alegada como presente não atua sobre a liberdade de locomoção do paciente, tendo em vista que a pena aplicada foi apenas a de multa, sem a menor indicação da possibilidade de sua conversão, por aplicação do art. 51 do Código Penal, em restrição corporal. A jurisprudência desta Corte, com efeito, tem anotado reiteradamente que o *habeas-corpus*, em sua feição constitucional, é instrumento de tutela exclusiva à liberdade de locomoção (RHCC 68.619, Moreira Alves, 70.018, Sepúlveda Pertence, e 70.328, Celso de Mello), não comprometida, como necessário, na hipótese dos autos. Ante o exposto, com fundamento no art. 21, § 1.º, do RI/STF e no art. 38 da Lei 8.038/90, nego seguimento ao *writ*, prejudicado o exame da medida liminar. Publique-se. Brasília, 22 de agosto de 1994. Ministro Ilmar Galvão" (STF; HC 71.812-4; DJU 30.08.1994, p. 22.366; Bol. IBCCrim 24, dez. 1994, p. 79).

• "Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que não é cabível o *habeas-corpus* quando a pena imposta é exclusivamente a de multa, não havendo risco efetivo e concreto de conversão da sanção pecuniária em pena privativa de liberdade. Assim, a título meramente exemplificativo, o julgado no *habeas-corpus* 69.380, 70.406, 68.619, 66.937 (todos desta 1.ª Turma) e 70.910 (2.ª Turma, invocado no parecer da Procuradoria-Geral da República). *Habeas-corpus* não conhecido, cassada, em conseqüência, a liminar deferida" (STF, 1.ª T.; HC 71.729-2; j. 18.10.1994, v. u., Rel. Moreira Alves; DJU 16.12.1994, p. 34.888; Bol. IBCCrim 26, fev. 1995, p. 87).

• "Habeas corpus – *Pena de multa – Inexistência de ameaça à liberdade de ir e vir – Não conhecimento – Precedentes.* O pressuposto do *habeas corpus* é o risco ou a atualidade de uma coação sobre a liberdade ambulatória da pessoa, sobre sua liberdade física (artigo 5.º, LXVIII da CF). Não se conhece do pedido se não há sequer ameaça de ilegítimo cerceamento a tal liberdade. Precedentes do STF" (STF, 2.ª T.; HC 72.043-9, São Paulo; j. 21.03.1995, v. u., Rel. Francisco Rezek; DJU de 08.09.1995, p. 28.356; Bol. IBCCrim 35, nov. 1995, p. 115).

• "*DESPACHO:* Esta casa, com base na dicção constitucional do art. 5.º-LXVIII, tem afirmado, de forma reiterada, que o *habeas corpus* é uma via de proteção à liberdade do ser humano, a funcionar dentro do processo penal e também fora dele – quando à margem do processo regular esteja alguém sofrendo ou ameaçado de sofrer constrangimento sobre sua liberdade. Dos precedentes do Supremo, transcrevo ementa do HC 70.910, sob minha relatoria: *'Habeas corpus'. Pena de multa. Inexistência de ameaça à liberdade de ir e vir. Não-conhecimento. Precedentes. O pressuposto do 'habeas corpus' é o risco ou a atualidade de uma coação sobre a liberdade ambulatória da pessoa, sobre sua liberdade física (art. 5.º, LXVIII da CF). Não se conhece do pedido se não há sequer ameaça de ilegítimo cerceamento a tal liberdade. Precedentes do S. T. F. 'Habeas corpus' não conhecido.* Assim, não demonstrado o risco ou a atualidade de uma eventual coação sobre a liberdade ambulatória do paciente, determino o arquivamento do feito, prejudicado o exame da medida liminar. Brasília, 09 de abril de 1996. Ministro Francisco Rezek, Relator" (STF; HC 73.856-7, São Paulo; DJU 15.04.1996, p. 11.465).

31.8 Extinção por detração analógica

Nota: além do pagamento (inclusive eventualmente na forma do art. 336 do CPP) e da prescrição, conhece o Direito outra forma de extinção da multa, qual seja a detração penal.

Embora essa hipótese não tenha previsão legal literal, é certo que vem sendo ela reiteradamente admitida na jurisprudência por invocação analógica do artigo 42 do Cód. Penal, reservando-se àqueles casos onde, por qualquer motivo, houve excesso no cumprimento da pena privativa de liberdade cumulativamente exeqüenda (ainda que aplicada por outro fato, em outro processo), deduzindo-se então tantos dias-multa quantos foram os dias excessivos da privação de liberdade.

Dizem porém alguns: para tanto far-se-ia previamente a conversão da multa em privação de liberdade e, como tal hoje é impensável à vista da nova redação do art. 51 do Cód. Penal trazida pela Lei 9.268/96, então igualmente não mais é possível o pagamento por detração. A afirmativa, todavia, não prospera, basicamente por duas razões (ainda que a primeira delas venha a desaparecer com o tempo): a) fosse correto o raciocínio, nesse particular o direito anterior teria ultra-atividade quanto a multas decorrentes de infrações anteriores a 01.04.1996; b) de toda sorte, não se trata – como nunca realmente se tratou – de conversão precedente da multa em privação de liberdade (mesmo porque já então, antes da Lei 9.268/96, essa conversão comportava pressupostos dificilmente verificáveis), tratando-se antes de aplicação analógica pura e simples de um instituto específico a situações nele não imediatamente previstas, o que se faz – porque assim admitido pelo sistema – em benefício do agente do delito.

Portanto, assim como antes, continua sendo absolutamente possível a extinção da multa sob a invocação propriamente analógica do art. 42 do Código Penal, independentemente da data do fato delituoso.

31.8.1 Admissibilidade

• "(...) a ilustre Promotora de Justiça Dra. Lúcia Maria Casali de Oliveira requereu a conversão da pena de multa em pena detentiva e sua imediata detração. (...) Seria, em verdade, sumamente injusto que não se compensasse, de alguma forma e dentro dos limites legais o sentenciado que ficou 54 dias preso e ao final foi condenado a sanção só pecuniária. Partindo-se desta premissa – e certamente foi dessa premissa que a d. Promotora partiu – busca-se no ordenamento jurídico vigente a sustentação devida. É conhecido o debate doutrinário e jurisprudencial a propósito da viabilidade ou não da detração penal em sede de multa. Damásio de Jesus, pesquisador de grande fôlego, destaca em seu *Código Penal Anotado*, 1993, p. 131, as correntes que se digladiam. Fica-se, *data venia*, com o entendimento consagrado na ementa inserta na RJDTACrim de S. Paulo, Rel. Walter Swensson: *É admissível a aplicação analógica do art. 42 do CP à pena de multa, baseado no instituto da detração.* Trata-se, como logo se observa, de analogia *in bonam partem*, que não sofre restrição no Direito Penal. Seria absurdo que o sentenciado se insurgisse contra a substituição da pena – que deveria aproveitá-lo – para só assim beneficiar-se da detração. Há, então, que se recorrer a solução criativa e interpretação mais consentânea, não com o estrito formalismo legal mas com o ideal de Justiça. Especialmente em sede de execução, onde, como é notório, avolumam-se os expedientes burocráticos. Se pode, enfim, o sentenciado beneficiar-se com a detração, na sanção mais grave, haverá, com redobrada razão, que se beneficiar na sanção mais leve e, ainda mais, substitutiva da primeira. E desde logo, não havendo porque deixar-se para adiante solução simples, razoável e justa de que se pode imediatamente dispor, permite-se a detração, consoante permissivo do art. 42 do Código Penal" (TACRIM-SP, 11.ª C.; Ag. Exec. 836.875/2; j. 13.12.1993, v. u., Rel. Eduardo Pereira; Bol. IBCCrim 28, abril 1995, p. 95).

31.8.2 Inadmissibilidade

• "Descabe a extinção da pena de multa por aplicação analógica da detração penal, sob o fundamento de que, na hipótese do não pagamento da multa converter-se-ia ela em detenção, sendo então aplicável o art. 42 do CP, raciocínio este que na realidade implica a intolerável frustração da imposição e da execução da pena pecuniária. A decisão condenatória impõe a sanção justa e tida como necessária para o delito, sendo essa a pena que deve ser executada e não outra. Ademais, a LEP estabeleceu um complexo procedimento para a execução da pena de multa que, se outorga garantias de defesa ao sentenciado, por outro lado possibilita à Justiça Pública a integral execução da pena, inclusive com penhora de bens ou desconto de salários ou vencimentos, situações em que não se cogita da conversão mas, sim,

de satisfação da pena imposta. Daí ser prematura a detração e a extinção da pena de multa, medidas que frustram sua execução e a imposição da pena sancionadora, cuja espécie e quantidade foram afirmadas como necessárias para a reprovação do delito" (TACRIM-SP, 10.ª C.; Ag. Exec. 573.287/6, São Paulo; j. 23.08.1989, m. v., Rel. Costa Porto; tj 19.02.1990; red.; 1.ª inst. 279.051). A seguir, transcreve-se trecho do voto vencido do Juiz Souza Rego: "Em tais condições, o emprego da analogia é perfeitamente razoável. A identidade de razões, que tanto se reclama, consiste nisso: o período de custódia provisória deve ser tido como uma antecipação do cumprimento da pena que afinal venha a ser imposta. Se isso vale até para a pena mais grave, por que não há de valer para a multa? Se o legislador reconhece que o agravado já teria pago sua dívida para com a sociedade mesmo que tivesse sido condenado a 31 dias de prisão simples, detenção ou reclusão – que sentido tem exigir dele que pague 4 dias-multa? A hipótese foi analisada, como lembra a r. sentença, pelo Colendo Terceiro Grupo de Câmaras deste Egrégio Tribunal, no julgamento da Revisão 161.890/8, de que foi relator o eminente Walter Swensson. E o que ali ficou consignado é irrespondível: *Tendo ficado preso por tempo superior àquele que decorreria da conversão da multa que lhe foi imposta em detenção, não pode (o peticionário) continuar sujeito à execução ou ao cumprimento de tal pena de multa. E nem seria o caso de obrigá-lo a aguardar decisão judicial determinando a conversão da multa em detenção para aí, então, dar-se por extinta tal pena, pela detração* (*Julgados*, Ed. Lex, 94/557). Não se trata, bem se vê, de converter a multa em detenção – e por isso não colhe a alegação de que tal não pode ser feito sem que se cogite da solvência do sentenciado, e da frustração da execução. Muito menos – argumento, *data venia*, *ad terrorem*, de que se trataria de analogia *in malam partem*. Trata-se de reconhecer que a dívida do sentenciado para com a sociedade está paga, de modo que já não cabe nenhuma execução".

31.9 Extinção em face do valor irrisório (inexeqüibilidade): admissibilidade

Nota: eventualmente, o valor apurado da multa é tão irrisório que sequer há viabilidade prática em sua cobrança, caso em que a razão determina desde logo sua extinção para que a comunidade não seja obrigada a arcar com os custos operacionais de uma execução de antemão fadada ao fracasso.

• "Aplicada a multa em fevereiro de 1984, e em razão dos sucessivos planos econômicos que se seguiram a partir dessa data, o valor da multa corresponderia a quantia irrisória, sendo mais oneroso para o Estado, portanto, o processamento do presente recurso, sem alguma finalidade prática, do que o valor da multa que não se concebe possa vir a ser executada. Assim, também por essa razão é de se dizer prejudicado o recurso, por ser a multa inexeqüível" (TACRIM-SP, 1.ª C.; Ag. Exec. 616.943/1, São Paulo; j. 13.12.1990, v. u., Rel. Alberto Marino; red.).

32. Medidas de Segurança

32.1 Prazo máximo: pena concreta aplicável ao caso

Nota: há uma nítida tendência na doutrina, com oportunos reflexos também na jurisprudência, de submeter as medidas de segurança aos princípios constitucionais do Direito Penal, do que decorrem importantes conseqüências, notadamente no que se refere à vedação de sua perpetuidade, havendo mesmo quem sustente que se trata de condenação em sentido amplo. Surgem assim incontornáveis questionamentos a respeito de qual o prazo máximo pelo que se admite a aplicação de uma medida de segurança, sobretudo aquelas consistentes em internação que implicam sério cerceamento à liberdade física do paciente/condenado. Sobre esse ponto, pode-se vislumbrar diversas soluções: a) a medida não poderia ser aplicada por tempo superior à pena concretizada ou concretizável a partir da decisão condenatória; b) a medida não poderia ser superior à pena mínima prevista abstratamente para a infração penal; c) a medida não poderia ser superior à pena máxima prevista abstratamente para a infração penal; d) a medida não poderia ser superior ao prazo prescricional previsto para a infração penal cometida (cabendo aqui variações: prazos abstratos mínimo e máximo; prazo concretizados ou concretizáveis a partir da decisão condenatória). Realmente, ainda não se pode vislum-

brar dentre todas essas possibilidades qualquer resposta irrefutável, já que cada uma dessas posições teria, ao menos em princípio, argumentos favoráveis e também adversos, instaurando-se assim sérias dificuldades para os aplicadores da lei penal que, nesse particular, é taxativa ao dispor que não há prazo de duração abstrato para a vigência da medida de segurança que, em concreto, deve perdurar enquanto não cessada a periculosidade em sua acepção naturalista. De qualquer forma, os operadores da execução penal percebem, em casos não raros, situações esdrúxulas onde a própria medida ultrapassa em muito o que seria admissível caso o agente fosse plenamente imputável: o que fazer então é uma questão que a todos atormenta. Mais uma vez necessário, portanto, delimitar a inspiração geral do sistema com que nos defrontamos, pois a partir dessas respostas primordiais é que se poderá chegar a uma definição para a problemática que está sendo suscitada: quando vislumbramos na medida de segurança apenas um instituto de proteção à sociedade contra o portador de periculosidade de cunho natural (e a literatura, particularmente a estrangeira, é rica em pormenorizar essa possibilidade), então seria decorrência óbvia que as medidas não podem ter um prazo máximo abstratamente fixado; quando, todavia, vislumbramos as medidas de segurança como institutos propriamente penais, ou seja, afetados pelos compromissos próprios do Direito Penal e por seus avanços teoréticos mais recentes, então será inevitável estabelecer não apenas a necessidade de um limite como, ainda, os critérios técnicos para sua construção.

• "*Réu semi-imputável – Substituição da pena detentiva por medida de segurança – Tratamento ambulatorial a ser feito pelo prazo máximo da pena substituída apesar do disposto no art. 98 do CP.* Pelos princípios da legalidade e da igualdade aos quais também se sujeitam as medidas de segurança, *substituída a pena por medida de segurança, esta durará no máximo o tempo da condenação, não indeterminadamente como estabelece (injusta e inconstitucionalmente) nosso Código Penal* (cf. Luiz Flávio Gomes, *Duração das Medidas de Segurança*, em RT 663/257, citando expressiva doutrina de Muñoz Conde a respeito das garantias constitucionais limitativas)" (TACRIM-SP, 16.ª C.; Ap. 809.885/2; j. 21.07.95, v. u., Rel. Dyrceu Cintra; Bol. IBCCrim 43/148).

32.2 Recolhimento indevido em estabelecimento prisional: inadmissibilidade e soluções

Nota: o recolhimento do paciente/condenado à medida de segurança consistente em internação deve ser efetuado em estabelecimento de caráter médico-psiquiátrico e, nunca, em simples estabelecimentos prisionais. Uma vez efetuada a captura ou declarada a aplicação de medida de segurança com o devido trânsito em julgado, o Juízo deve determinar a urgente transferência do paciente/condenado para estabelecimento daquela natureza, preferencialmente fixando um prazo mínimo razoável para que a Administração pública efetue a inclusão.

• "Não pode a pena ser cumprida em local diverso do previsto em lei. O art. 682 do CPP tem espírito protetor, e não disciplinador" (TACRIM-SP, 5.ª C.; HC 134.416-0, São Paulo; j. 29.08.1984, v. u., Rel. Edmeu Carmesini; RT 592/332).

• "Fica prejudicada a impetração de *habeas corpus* quando o paciente, absolvido por inimputabilidade e suportando a aplicação de medida de segurança de internação, encontrava-se recolhido indevidamente em Cadeia Pública mas, de acordo com as informações da Autoridade apontada como coatora, foi recentemente transferido para casa de custódia e tratamento psiquiátrico" (TJSP, 5.ª C. Crim.; HC 169.103-3/5, Itapeva; j. 03.11.1994, v. u., Rel. Poças Leitão; red.).

32.3 Prescrição da pretensão executória: inadmissibilidade

Nota: outro tema por vezes repetido na jurisprudência diz respeito à prescrição da pretensão executória das medidas de segurança, cabendo aqui duas posições opostas entre si: a) para uns, a regra do artigo 96, parágrafo único do Cód. Penal diz respeito tão-somente à prescrição da pretensão punitiva e outras causas extintivas diversas; b) para outros, trata-se de norma ampla que diz respeito a qualquer causa extintiva, seja da pretensão punitiva, seja da pretensão executória. Quer nos parecer ser mais literal essa segunda posição, haja vista que o legislador não excepcionou quanto qualquer dessas duas hipóteses e, ademais, não nos

parece razoável que os pacientes/condenados a medidas de segurança, exatamente porque inimputáveis, desmereçam os institutos que assistem, para favorecê-los, os condenados plenamente imputáveis que, de resto, carregam consigo sua específica *culpabilidade.*

• "Não pode o Juízo da execução, sem certificar-se daquilo que na sentença condenatória constara – livramento da dependência toxicológica – extinguir medida de segurança curativa, que não é pena, a pretexto do decurso do prazo da prescrição, calculado pelo máximo da pena cominada ao delito que lhe deu origem. Bem a talho precedente desta mesma C. Câmara, em v. Acórdão relatado pelo insigne Des. Ary Belfort: *Prescrição – Medida de segurança – Inadmissibilidade. Imprescritibilidade, eis que a internação e/ou tratamento, dá-se por tempo indeterminado, perdurando enquanto não definida por perícia a cessação da periculosidade. Impossibilidade do Juízo da Execução encampar para si atribuição exclusiva do Juízo de Conhecimento, fixando pena onde a lei isenta, buscando fonte para decretar a prescrição. Recurso provido para cassar a decisão agravada* (Ag. 94.207-3, São Paulo, julgado em 18 de março de 1991)" (TJSP, 4.ª C. Crim.; Ag. 105.430-3/9, São Paulo; j. 06.04.1992, v. u., Rel. Di Rissio Barbosa; red.).

32.4 Incidente de cessação de periculosidade na internação: procedimento

Nota: o procedimento de desinternação (medida consistente em internação) ou de liberação (medida consistente em tratamento ambulatorial) é aquele previsto nos parágrafos do art. 97 do Cód. Penal e nos arts. 175 a 179 da LEP.

• "Tratando-se de condenado sujeito a medida de segurança, presumivelmente perigoso, sua desinternação somente ocorrerá quando averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade, nos termos do art. 97, §§ 1.º e 3.º, do CP" (TJSP, 6.ª C.; HC 35.838-3, Capital; j. 18.03.1985, v. u., Rel. Hélio Arruda; RT 596/334).

32.5 Cessação de periculosidade e encaminhamento a estabelecimento hospitalar comum: admissibilidade

Nota: há casos em que os médicos confirmam ao Juízo da execução que o paciente/condenado, embora continue sendo portador de anomalia médica, todavia já não apresenta periculosidade em sua acepção técnica que justifique sua permanência sob o regime da medida de segurança: nesses casos, deve o Juízo da execução determinar a desinternação condicional do paciente/condenado, com seu encaminhamento, em caráter meramente assistencial, a estabelecimento hospitalar comum, onde a respectiva alta ficará a critério exclusivamente médico.

• "Apesar da retórica que a envolve, a medida de segurança traz certa carga retributiva, pois o legislador entendeu que a sociedade ainda não tem condições de aceitar a simples internação do doente mental agente de crime sem que seja em estabelecimento especializado. No entanto, cientificamente nada distingue o doente mental comum daquele que cometeu uma infração penal, exceto essa própria circunstância, já que ambos exigem tratamento e são inimputáveis. Com a classificação de que a periculosidade do paciente se nivela a de um doente mental comum, afirmam os peritos que o interno não mais necessita permanecer sob custódia, pois seu grau de temibilidade ou de periculosidade social iguala-se a de um doente mental comum, estando porém ainda inabilitado para o retorno à liberdade, indicando-se o encaminhamento para um nosocômio ordinário. Como assinala a doutrina, nessas situações tem o Estado o dever de propiciar a cura sem a desnecessária carga aflitiva, devendo dar-se a desinternação condicional com a continuação do tratamento em outro estabelecimento especializado" (TACRIM-SP, 1.ª C.; Ag. Exec. 897.409/3, São Paulo; j. 03.08.1995, v. u., Rel. Di Rissio Barbosa; red.; 1.ª inst. 253.372).

32.6 Conversão de pena privativa de liberdade em medida de segurança na superveniência de doença ou perturbação mental (LEP, art. 183)

Nota: tema muito pouco explorado é aquele trazido pelo art. 183 da LEP, havendo profun-

das dúvidas a respeito de qual a amplitude dessa *conversão* da pena privativa de liberdade em medida de segurança. Para alguns, trata-se de conversão absoluta que se opera para todos os fins, com a pena perdendo sua natureza original e passando a ser aplicada como se fosse medida de segurança de internação e, com isso: a) não devendo o paciente/condenado ser liberado caso atinja o tempo de cumprimento de privação de liberdade que lhe foi fixado por decisão condenatória transitada em julgado; b) podendo ser liberado antes daquele prazo original caso não apresente mais qualquer periculosidade natural; c) o paciente/condenado não poderia ser socorrido com limite máximo de restrição previsto no art. 75 do Cód. Penal. Para outros, embora tenha havido a conversão, seriam cabíveis apenas um ou no máximo dois dos efeitos acima. Para uma terceira posição, à qual aliás nos filiamos, a conversão do art. 183 da LEP deve ser operada no ambiente mais limitado do art. 108 da mesma lei: ou seja, trata-se de mera adequação do título do ingresso do condenado em estabelecimento de caráter médico-psiquiátrico, título este cuja rigidez emana do art. 172 da LEP, de forma que ali não se possa abrigar pessoas que não estejam, do ponto de vista jurisdicional, classificadas como portadoras efetivas de enfermidade mental. Todavia, entendemos que não se trata propriamente de conversão definitiva da pena na medida de segurança prevista na parte geral do Código Penal, mas simplesmente de conversão provisória do título (na acepção da qualidade) do recolhimento, de forma que: a) a restrição da liberdade prossegue com todas as suas qualidades jurídicas originais, inclusive para fins de limitação temporal; b) uma vez constatada a cura e a inexistência de perigo no retorno ao estabelecimento prisional, restabelece-se inteiramente o título original (pena em sentido estrito) e o condenado deve então retornar ao presídio, com a execução como um todo retomando seu curso no ponto em que se encontrava, com o tempo de recolhimento no estabelecimento médico-psiquiátrico sendo computado como de efetivo cumprimento da pena.

32.6.1 Procedimento

• "I – Se após a condenação o réu é interditado, por força de sentença que se processou no Juízo Cível, impõe-se, na forma do art. 41, do Código Penal, a internação do paciente em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou estabelecimento adequado, e não o seu recolhimento à prisão comum. II – *Habeas-corpus* conhecido com esta única finalidade" (STJ, 6.ª T.; HC 2.531-8; j. 24.06.1994, v. u., Rel. Pedro Acioli; DJU 29.08.1994, p. 22.216; Bol. IBCCrim 22, out. 1994, p. 70).

32.6.2 Inadmissibilidade

• "A medida de segurança substitutiva do art. 183 da LEP não guarda correspondência com a medida de segurança propriamente dita prevista nos arts. 97 e 98 do CP, não tendo aquela qualquer relação com a prática criminosa ou com a periculosidade do inimputável, não havendo como retroagir seus efeitos de modo a alterar o que ficou decidido e transitou em julgado. Assim, a medida de segurança substitutiva não pode ir além dos limites temporais da pena, devendo o preso ser liberado após o término desta. Caso persista a necessidade de tratamento sem a devolução do condenado à liberdade, deve ele ser encaminhado ao Juízo cível competente, nos termos do art. 682 do CPP, o qual não subsiste apenas quanto à aplicação simultânea da pena e da medida de segurança" (TACRIM-SP, 4.ª C.; HC 270.898/0, São Paulo; j. 07.03.1995, v. u., Rel. Ericson Maranho; red.; 1.ª inst. 264.105).

32.6.3 Limites específicos

• "Afeita ao sistema vicariante de 1984, a medida de segurança detentiva aplicável nos termos do art. 183 da LEP não pode ter duração superior ao tempo restante da pena, sem prejuízo de que, afinal, recomende-se a providência prevista no art. 682, § 2.º, CPP" (STJ, 5.ª T.; RHC 2.445-1, São Paulo; j. 10.02.1993, v. u., Rel. José Dantas; DJU 31.05.1993, p. 10.678; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, Revista dos Tribunais; ano 1, n.º 3, jul.-set. 1993; p. 257).

32.7 "Habeas corpus": hipótese de inadmissibilidade

Nota: em princípio, é cabível o *habeas corpus* para o enfrentamento de constrangimentos ilegais

que estejam sendo praticados a título de medida de segurança, observando-se embora que a ação não comporte maiores discussões de mérito que demandem provas periciais.

• "*Penal* – Habeas corpus' – *Prisão – Absolvição – Medida de segurança.* Não comprovada, por meio adequado, a desnecessidade da manutenção do cumprimento da medida de segurança, a pretensão desmerece acolhida. *Habeas corpus* indeferido" (STJ, 6.ª T.; HC 4.111, São Paulo; j. 12.02.1996, v. u., Rel. William Patterson; DJU 15.04.1996, p. 11.552).

33. Indulto e Comutação Coletivos

33.1 Natureza do indulto coletivo

Nota: o direito de graça (em sentido amplo) é um dos institutos mais antigos do direito penal, havendo diversas referências a ele na história dos povos e mesmo, na tradição bíblica: no gênesis encontramos desde logo um exemplo do direito de graça, pois Adão e Eva cometeram delito apenado com a morte (Gn 2, 17), todavia acabaram condenados com o desterro (Gn 3, 16-24); assim também Barrabás conheceu sua libertação a título de um indulto comemorativo (Mt 27, 15-26). Todavia, pese sua longa tradição, poucos institutos do direito penal são assim tão incompreendidos pelos operadores do direito de execução penal e poucos, ademais, são alvo de tantas polêmicas como o direito de graça que, sabidamente, compreende subdivisões, de forma que o direito de graça em sentido amplo compreende: a) o direito de graça em sentido estrito (chamado também de indulto ou comutação individual, concedido pelo Presidente da República a um beneficiário específico e nominado); b) o indulto coletivo em sentido amplo que compreende: b1) o indulto em sentido estrito (perdão completo da pena privativa de liberdade concedido pelo Presidente da República a grupos de destinatários genéricos e comumente discriminados); c) a comutação (simples abatimento na pena original concedida também a destinatários genéricos e comumente discriminados).

Em qualquer de suas modalidades, trata-se do único *benefício* propriamente dito conhecido pelo Direito Penal, sendo inexato denominar como "benefício" os demais institutos previstos abstratamente na lei penal. No nosso direito, seu titular constitucional é exclusivamente o Presidente da República que, todavia, deve exercer essa sua competência com observância de alguns princípios constitucionais. É decorrência, por exemplo, do princípio do devido processo legal que o Presidente da República não pode comutar penas de forma a transformar a pena original em pena de natureza diversa, apenas podendo fazê-lo para abater quantidades da mesma pena original (p. ex., reduzindo para quatro anos um pena de reclusão de cinco anos, mas nunca podendo comutar essa pena em qualquer quantidade de pena de prestação de serviços à comunidade).

Salvo os casos de graça individual, o Presidente da República costuma anualmente editar, a título de comemoração natalina, os decretos de indulto (por isso mesmo conhecidos como decretos de indulto natalino), neles discriminando os beneficiários do favor presidencial: evidentemente, a correta exagese desses decretos reclama seu exame global, pois avolumam-se as diferenças que se acrescentam ano a ano por sobre os textos anteriores.

• "*Indulto – Perda de objeto – Pena integralmente cumprida.* Ato de clemência específica, o indulto visa a redução ou comutação de determinadas penalidades em fase parcial de cumprimento. Patente a perda de objeto, *in casu*, ante a integralização da pena alvo da postulação indultária. Improvido o recurso *sub examine*. Decisão por unanimidade" (STM; Rec. 6.262-8, Rio de Janeiro; j. 05.03.1996, Rel. Carlos Eduardo Cezar de Andrade; DJU 29.03.1996, p. 9.810).

• "*Recurso criminal.* Satisfeitos os pressupostos para concessão, ínsitos no Decreto Concessivo, espécie de *Clementia Principis*, como ocorre no caso vertente, impõe-se a extinção da punibilidade pelo Indulto. Recurso improvido. Decisão unânime" (STM; Rec. 6.272-1, Rio de Janeiro; j. 05.03.1996, Rel. José Sampaio Maia; DJU 29.03.1996, p. 9.810).

33.2 Competência abstrata do Presidente da República

Nota: o Presidente da República edita os decretos de indulto coletivo em sentido amplo (indulto em sentido estrito e comutação), fazendo-o individualmente ou coletivamente (v.

nota ao item 33.1). Tendo porém editado decreto de indulto puramente coletivo, não poderá com base nele indultar ou comutar individualmente quem quer que seja, devendo fazê-lo, se assim deseja, por novo decreto absolutamente autônomo. O julgado abaixo disse respeito a episódio em que se concedia indulto individual a certo beneficiário com base em decreto coletivo, prática que foi, aliás corretamente, afastada pelo Judiciário.

• "*Inconstitucionalidade – Indulto ou comutação de pena individual com fundamento em decreto de indulto coletivo – Inadmissibilidade – Competência exclusiva do Poder Judiciário, de todo estranha ao elenco constitucional reservado ao Chefe do Poder Executivo – Invasão da esfera de competência do Judiciário pelo Executivo – Manifesta ofensa a princípios da Lei Maior – Argüição procedente.* A concessão de indulto ou comutação de pena em caráter individual, com base em decreto geral que trata de indulto coletivo, é matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário, sendo estranha ao elenco constitucional reservado ao Chefe do Executivo Nacional que, assim, não pode afrontar a partição de competência entre os Poderes da República, sendo-lhe vedado, por manifesta ofensa a princípios da Lei Maior, conceder indulto individual com base em decreto seu coletivo. Se o faz, é caso de ser reconhecida, nos termos do Regimento Interno deste Tribunal e em caráter *incidenter tantum*, afetando apenas o caso em julgamento, a inconstitucionalidade de decreto específico, com a devolução dos autos à Câmara originária para o prosseguimento do pedido de *habeas corpus*" (TJSP, Órg. Esp.; Arg. Inconst. 172.241-3/3-01, São Paulo; j. 20.09.1995, v. u., Rel. Djalma Lofrano; Bol. AASP 1944, 27.03 a 02.04.1996, p. 97-j).

33.3 Competência jurisdicional: Juízo da execução

Nota: editado pelo Presidente da República seu decreto presidencial de indulto/comutação coletivo, cabe tão-somente ao Poder Judiciário decidir se o pretendente enquadra-se ou não entre os beneficiários discriminados naquele decreto: daí porque correto afirmar que, nessa decisão, exerce o Judiciário uma jurisdição limitada, na medida em que lhe cabe exclusivamente apreciar esse ponto, abstendo-se de outras considerações infelizmente nada incomuns na jurisprudência.

• "1. É admissível em tese a aplicação de decreto de indulto coletivo, quando a condenação – embora pendente de recursos de defesa –, já não pode ser exasperada, à falta de recurso da acusação: precedentes do Supremo Tribunal Federal. 2. Compete ao Juízo de Execução Penal decidir do pedido de indulto, na pendência de recursos extraordinário e especial, até porque, nessa hipótese, a prisão do réu, independentemente de sua necessidade cautelar – como é da jurisprudência dominante – constitui verdadeira execução provisória da pena" (STF, 1.ª T.; HC 71.691-1; j. 09.08.1994, v. u., Rel. Sepúlveda Pertence; DJU 30.09.1994, p. 26.169; Bol. IBCCrim 23, nov. 1994, p. 75).

• "*Processual penal – Execução penal – Pedido de indulto – Juízo competente – Vara das Execuções Penais.* Compete ao Juízo das Execuções Penais processar e julgar pleito relativo a execuções de sentenças penais condenatórias, tal como a concessão de indulto" (STJ, 6.ª T.; RHC 5.143, Rio de Janeiro; j. 12.02.1996, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 15.04.1996, p. 11.554; red.).

33.4 Exclusão em face da hediondez ou caráter assemelhado

Nota: cabe exclusivamente ao Presidente da República discriminar os beneficiários do indulto/comutação. Embora não esteja impedido de conceder tais benefícios coletivos também a autores de crimes hediondos ou assemelhados (a restrição constitucional diz respeito tão apenas ao direito de graça em sentido estrito, ou seja, em sua acepção individual), é certo que comumente o Presidente da República delibera não conceder esse favor aos autores daqueles delitos: em vista da restrição, não pode o Judiciário estendê-la a tais pretendentes, já que, repita-se novamente, não está investido da titularidade constitucional de deliberar sobre a concessão em si do favor presidencial.

33.4.1 Exclusão geral: admissibilidade

• "O delito de latrocínio é classificado como hediondo, o que impede a concessão do benefício de comutação de penas nos termos do art. 6.°, I,

do Dec. Presidencial 668/92. Observe-se que não há discutir sobre aplicação retroativa das disposições da Lei 8.072/90, e sim sobre o citado Dec. 668/92 pois, como bem exposto pela Procuradoria de Justiça, *o que o Decreto buscou na mencionada Lei foi, tão-somente, a relação dos crimes hediondos lá considerada. Ou seja, ao invés de se relacionar todos os delitos, estupro, atentado violento ao pudor, latrocínio, etc., constou: todos os crimes considerados hediondos estão excluídos dos benefícios do Decreto de Indulto.* Aliás, em todos os decretos de indulto anteriores o latrocínio sempre esteve excluído do benefício. Por último, não há falar em inconstitucionalidade da Lei 8.072/90, como já decidiram o STJ e o STF que, aliás, no caso, sequer é causa de indeferimento do pedido" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 169.055-3/5, São Paulo; j. 12.12.1994, v. u., Rel. Andrade Cavalcanti; red.).

• "Não faz jus aos benefícios do Dec. 953/93 quem foi condenado também por latrocínio" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 189.081-3/0, São Paulo; j. 11.09.1995, v. u., Rel. Renato Talli; red.; 1.ª inst. 255.077).

• "*Penal – Processual penal – 'Habeas corpus' – Indulto – Sentenciado condenado por crime hediondo – Decreto 1.242/94.* I. – O paciente não foi incluído no decreto de indulto, por ter sido condenado por tráfico de entorpecentes, considerado crime hediondo. Decreto 1.242/94, art. 2.º, I. II. – *H. C.* indeferido" (STF, Pl.; HC 73.118-0, Rio Grande do Norte; j. 28.03.1996, v. u., Rel. Carlos Velloso; DJU 10.05.1996, p. 15.133).

• "*Indulto – Preso portador do vírus HIV Concessão nos termos do art. 1.º, II do Dec. 953/93 – Inadmissibilidade – Agravante que não se encontra em estado terminal – Cometimento, ademais, de crime de estupro que não admite o* favor principis *Recurso não provido*" (TJSP, 3.ª C. Crim.; Ap. 203.414-3, São Paulo; j. 02.04.1996, v. u., Rel. Segurado Braz; Bol. TJSP 16, julho 1996, p. 11).

33.4.2 Exclusão específica de autores de crimes na época do fato não classificados legalmente como hediondos ou assemelhados: admissibilidade

Nota: aqui também impera a mesma lógica (v. nota ao item 33.4), pois comumente o Presidente da República vem expressamente excluindo os autores dos delitos hoje considerados hediondos ou assemelhados ainda que – e a advertência costuma ser expressa no texto do decreto presidencial – cometidos anteriormente à vigência das leis que classificaram tais fatos como hediondos. Nesses casos, não há como ser invocada a pretensão que, por isso mesmo, deve ser extinta desde logo sem o conhecimento do respectivo mérito à vista de sua completa impossibilidade jurídica.

Exceção seja feita, todavia, aos benefícios trazidos pelo Dec. Presidencial 2.365/97 (DOU de 06.11.1997) que, quebrando a linhagem nesse particular estabelecida pelos decretos anteriores, todavia não restringiu o benefício aos autores daqueles delitos quando os mesmos foram praticados anteriormente à vigência das leis que assim os classificaram: daí porque a nítida intenção do Presidente da República em conceder (como aliás lhe é plenamente possível) os favores desse Dec. Presid. 2.365/97 a autores de delitos hediondos ou assemelhados quando, todavia, os fatos criminosos foram anteriores a 25.07.1990 ou, se o caso, a 06.09.1994.

• "É caso de pedido de indulto, para redução de pena imposta por prática de latrocínio. O Decreto Presidencial 668/92, que concedeu o benefício, deixou claro que ele não seria alargado para os reeducandos que tivessem cometido crimes hediondos. Não significa isso que, por serem os fatos da condenação do agravado anteriores a 1990, quando entrou em vigor a chamada Lei de Crimes Hediondos, estivesse ele em condições de merecer o indulto. É que todo ano, quando é baixado o decreto presidencial de indulto e outros benefícios prisionais, sempre se faz a ressalva de sua não aplicação a crimes considerados de gravidade mais dilatada. Foi isso o que aconteceu na espécie examinada, não se podendo falar em aplicação retroativa de lei mais rigorosa, situação que não se afina ao nosso direito nem às nossas tradições. O decreto concessivo fez referência expressa à Lei de Crimes Hediondos como poderia ter anotado os nomes de cada um dos delitos que a lei considera dessa espécie" (TJSP, 6.ª C.; Ag. 148.249-3; j. 01.12.1994, v. u., Rel. Djalma Lofrano; Bol. IBCCrim 29, maio de 1995, p. 99).

• "Indefere-se a comutação pelo Dec. Presid. 668/92 quando, não obstante o art. 281

do CP (já revogado) não fizesse distinção entre usuário e fornecedor de drogas, pode-se verificar, pela sentença condenatória proferida no processo de 1973, que a conduta imputada ao pretendente, que redundou em condenação de um ano de reclusão, foi de tráfico de entorpecentes. Assim, essa condenação é o quanto basta para o indeferimento da pretensão (Dec. Presid. 668/92, art. 6.°, I)" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 179.307-3/4, São Paulo; j. 24.08.1995, v. u., Rel. Augusto César; red.).

33.4.3 Exclusão de autores de homicídio qualificado em geral no Dec. Presid. 1.242/94

Nota: hipótese muito específica é aquela do Dec. Presid. 1.242, de 15.09.1994, quanto aos autores dos crimes classificados como hediondos por força da Lei 8.930, de 06.09.1994. A comparação dessas duas datas bastante próximas, acompanhada do exame da alínea *a* do inc. II do art. 8.° do Dec. 1.242/94 evidencia que, na redação deste último, não foi observada a introdução da referida lei ordinária: daí porque entendemos hoje como inteiramente correta a concessão dos favores desse decreto a autores de crimes de homicídio qualificado (salvo quando mediante paga ou promessa de recompensa).

(a) admissibilidade

• "Nos termos do art. 8.°, inc. II, alínea *c*, do Dec. Presidencial 1.242/94, deve ser indeferido o pedido de comutação de penas formulado por condenado por prática de homicídio qualificado pois, quando da publicação do referido decreto, já se encontrava em vigor a Lei 8.930/94 que, dando nova redação ao art. 1.° da Lei 8.072/90, considerou como hediondo esse tipo de delito. Desta forma, ainda que o crime tenha sido praticado anteriormente à vigência da Lei dos Crimes Hediondos, esta a ele se aplica para os fins em questão" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 205.019-3/2, São Paulo; j. 02.05.1996, v. u., Rel. Nélson Fonseca; red.).

• "A comutação de penas, como o indulto, corresponde a um ato de clemência do Presidente da República que, ao praticá-lo, está autorizado a estender o benefício a quem melhor lhe aprouver. Está autorizado a estendê-lo a tal ou qual crime, sem que tenha adequação a invocação que se faz quanto ao princípio da legalidade, que não resta afrontado em nenhum instante, seja pelo decreto, quando exclui alguns delitos do benefício, seja pela decisão que o nega, em face dessa exclusão legítima. Pois, se se trata de faculdade conferida ao Presidente da República conceder a comutação de penas, ou o indulto, claro que ele pode exercê-la nos limites que lhe pareçam convenientes. A ponto de poder excluir do âmbito do favor infrações que lhe pareçam incompatíveis com ele. Aqui, certamente, o Decreto Presidencial não passou a considerar hediondo, especificamente, o homicídio qualificado. Teve em conta que, hoje, são considerados dessa natureza também os homicídios qualificados e, por isso, excluiu do favor tais infrações, mesmo sem merecerem elas a conceituação de hediondas porque praticadas antes da Lei 8.072/90. O Decreto Presidencial 1.242/94 negou o benefício ao crime de homicídio qualificado em geral, ainda que não hediondo, em razão da data em que praticado. E isso não representa escândalo nenhum, pois nada impedia ao editor do decreto negar o favor a tal ou qual infração. Houvesse dito o decreto, tão-somente, que ele não abrangeria os crimes hediondos, claro que beneficiaria os autores de homicídios qualificados anteriormente cometidos, quando esse crime ainda não merecia tal rótulo. Contudo, como ampliou o rol dos delitos abrangíveis, estendendo-o àqueles que, mesmo não o sendo, em razão do tempo em que praticados, hoje são assim considerados, claro que fê-lo legitimamente, já que é ao subscritor do ato de clemência que compete delimitar o âmbito da generosidade" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 209.725-3/3, São Paulo; j. 02.12.1996, v. u., Rel. Canguçu de Almeida; red.).

(b) inadmissibilidade

• "É de ser deferida a comutação de penas pelo Decreto Presidencial 1.242/94 mesmo quando o pretendente cumpre pena por homicídio qualificado diverso do previsto no art. 121, § 2.°, I, do Código Penal. É que o mencionado decreto tem disposição específica e expressa acerca do homicídio qualificado, constante de seu art. 8.°, II, alínea *a*, de sorte a excluir do elenco dos seus beneficiários apenas os condenados pelos crimes contra a vida cometidos mediante paga ou promessa de recompensa. Esse decreto foi editado em 15 de

setembro de 1994, portanto quando já se encontrava em vigor a Lei 8.930, de 6 de setembro de 1994 que, repita-se, passou a classificar como hediondo o homicídio qualificado em geral, de modo que não se pode ampliar o seu alcance para que a restrição do art. 8.º, II, alínea *c*, atinja também os autores desses crimes, desde que, é claro, não tenham sido cometidos mediante paga ou promessa de recompensa, tendo em vista a vedação constante da alínea *a*, inc. II, do mesmo art. 8.º. Supõe-se que a defeituosa redação do Decreto do Excelentíssimo Presidente da República decorra de desinformação da sua assessoria, que talvez ignorasse o novo tratamento dado ao homicídio qualificado com a entrada em vigor da Lei 8.930/94. Porém, desde que não mencionado no ato presidencial este texto legal, a sua interpretação há de ser necessariamente restritiva e em favor dos condenados por homicídio qualificado em geral. Registre-se que há nesse sentido decisões desta E. Câmara, proferidas nos Agravos em Execução 196.742-3/3 e 202.663-3/9, relatados, respectivamente, pelos eminentes Desembargadores Gomes de Amorim e Denser de Sá" (TJSP, 5.ª C. Crim.; Ag. 191.913-3/8, São Paulo; j. 20.06.1996, v. u., Rel. Tristão Ribeiro; red.).

• "O homicídio doloso qualificado só passou a integrar o elenco dos crimes hediondos a partir de 06.09.94, com o advento da Lei 8.930. O Dec. Presid. 1.242/94 é posterior à vigência da citada lei, a qual deu nova redação à Lei 8.072/90. Dessarte, se o legislador pretendesse contemplar todas as hipóteses de homicídio qualificado como impeditivas da concessão de comutação ou indulto, certamente o teria feito expressamente. Entretanto, o texto legal faz referência apenas à Lei 8.072/90, quando já estava em vigor a Lei 8.930/94, bem mais abrangente que aquela. Além do mais, o Dec. Presidencial 1.242/94 teve a preocupação de expressamente ressalvar uma única hipótese de homicídio doloso qualificado como exceção à concessão de seus institutos, qual seja, o homicídio praticado mediante paga ou promessa de recompensa. Tal ressalva seria desnecessária caso o legislador realmente pretendesse vedar a concessão do benefício a todos os casos de homicídio qualificado. A conclusão lógica a que se chega é que a proibição diz respeito tão-somente a hipótese de homicídio qualificado prevista na primeira parte do inc. I, § 2.º, do art. 121 do CP. Nesse sentido é a r. decisão proferida por este Tribunal no Ag. 202.663-3/ São Paulo, tendo como Relator o Desembargador Denser de Sá" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 213.653-3/9, São Paulo; j. 24.10.1996, v. u., Rel. Augusto César; red.).

33.5 Discriminação por tempo de cumprimento de pena: casuística

Nota: comumente o Presidente da República emprega lapsos temporais como requisito de caráter discriminatório dos favorecidos pelo benefício: necessária atenta leitura do texto do decreto concessivo para que novos requisitos discriminatórios não sejam nele indevidamente inclusos como, de resto, às vezes pode ser visto em alguns julgados.

Outro problema também detectado diz respeito aos textos dos decretos até o de n. 953/93 (inclusive) quanto às hipóteses de comutação quando o condenado suportava pena que totalizasse até 6 anos mas não satisfizesse o requisito temporal mais veemente exigido para o indulto pleno: nesses casos, lúcido posicionamento jurisprudencial passou a admitir a comutação mesmo quando a pena totalizava menos de 6 anos. A partir do Dec. Presid. 1.242/94 houve correção nos textos concessivos, passando-se a admitir expressamente que esses condenados recebessem a comutação prevista geralmente em seu art. 2.º.

• "Para fins de comutação pelo Decreto Presidencial 245/91, em se tratando de sentenciado reincidente e tendo praticado fuga anteriormente, necessário que cumpra metade do que lhe restava de pena quando de sua recaptura. Exato que a legislação é um tanto omissa, inexistindo dispositivo expresso a respeito da contagem do requisito objetivo para a comutação em caso de fuga, todavia o art. 113 do Código Penal tem servido de parâmetro em hipóteses de regressão e progressão, já que a fuga caracteriza um rompimento na busca de ressocialização do condenado e na sua readaptação à vida em sociedade e, assim, deve ser realizada nova contagem das penas restantes, a fim de possibilitar os benefícios constantes na fase da execução criminal" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 155.434-3/8, São Paulo; j. 07.04.1994, v. u., Rel. Gentil Leite; dtj; red.; 1.ª inst. 149.781).

• "Diante da omissão do legislador, é mais justa a solução que admite a comutação da pena pelo Dec. 1.242/94 aos condenados que, com pena total inferior a 6 anos, não atendem porém o requisito temporal para suportarem o indulto pleno" (TACRIM-SP, 5.ª C.; Ag. Exec. 977.631/0, São Paulo; j. 10.01.1996, v. u., Rel. Teodomiro Méndez; red.; 1.ª inst. 364.429).

• "O Decreto 1.242/94 não prevê a comutação da pena para aqueles condenados que, apenados com menos de 6 anos de reclusão, não satisfazem porém o requisito temporal para suportar o indulto pleno, descabendo, a respeito, falar em falha do texto legal ou em invocação analógica pois, com efeito, trata-se de repetição do Decreto 953/93 e, se falha houvesse neste último, já teria sido corrigida. Ademais, esses condenados, na maioria das vezes, já estão gozando de outros benefícios como o semi-aberto, o aberto ou o livramento condicional, não havendo como deferir-lhes porém a comutação da pena por falta de amparo legal" (TACRIM-SP, 9.ª C.; Ag. Exec. 978.181/0, São Paulo; j. 31.01.1996, v. u., Rel. Lourenço Filho; red.; 1.ª inst. 366.349).

33.6 Discriminação por critério de reincidência: deferimento

Nota: comumente o Presidente da República emprega o critério da reincidência na diferenciação ou mesmo na exclusão dos beneficiários. Nada impede que se faça, para prestígio do próprio instituto constitucional, a uma diferenciação mais rigorosa como aquela bem sugerida pelo julgado abaixo.

• "É reincidente quem pratica uma contravenção após definitivamente condenado por um crime (LCP, art. 7.º) mas, para o fim de indulto pelo Dec. 1.242/94, há que se entender os motivos que levam ao aumento do lapso temporal para os reincidentes: maior periculosidade e necessidade de maior expiação prisional. Assim, quando se trata de reincidência por prática de contravenção de menor gravidade, aplicada pena exclusivamente pecuniária, desaparecem esses motivos para o acréscimo do lapso temporal. Ademais, na esteira da crítica doutrinária, seria mesmo injusto alongar o requisito temporal para aquele que comete uma contravenção após um crime quando a ocorrência inversa, embora demonstrando maior periculosidade, enseja o indulto natalino após o cumprimento do prazo mais singelo que, portanto, deve imperar também naquela situação menos grave" (TACRIM-SP, 16.ª C.; Ag. Exec. 951.475/2, São Paulo; j. 14.09.1995, v. u., Rel. Mesquita de Paula; tj 31.11.1995; red.; 1.ª inst. 293.932).

33.7 Exclusão de beneficiários de comutações anteriores

Nota: embora o Dec. Presid. 2.365/97 não tenha repetido a fórmula, é certo que até então os decretos natalinos negavam a comutação para beneficiários de comutações por decretos natalinos imediatamente anteriores. A mudança traz a conclusão que lhe está implíca: nada impede um condenado de receber a comutação pelo Dec. Presid. 2.365/97 ainda que já tenha recebido igual favor pelo Dec. Presid. 2.002/96.

• "Nega-se a comutação pelo Dec. 99.915/90 quando, pese o preenchimento dos requisitos de ordem objetiva e subjetiva, o pretendente, reincidente, já recebeu outra comutação dentro do período de 4 anos anteriores, com base no Dec. 98.389/89" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 164.638-3/0, São Paulo; j. 01.09.1994, v. u., Rel. Gentil Leite; dtj; red.; 1.ª inst. 149.781).

33.8 Reparação do dano

Nota: outro requisito discriminatório também comumente repetido diz respeito à existência de reparação do dano à vista da solvência do condenado.

33.8.1 Deferimento

• "*Indulto.* Ressarcimento do crime de dano, sobejamente comprovado. Quanto ao do homicídio culposo, em virtude de a vítima fatal ser militar da ativa, ficou a cargo da União Federal. Recurso improvido. Decisão unânime" (STM; Rec. 6.257-8, São Paulo; j. 19.12.1995, v. u., Rel. José Sampaio Maia; DJU 28.02.1996, p. 4.812).

33.8.2 Indeferimento

• "O indulto, em nosso regime, constitui faculdade atribuída ao Presidente da República

(art. 84, XII, da CF), que aprecia não apenas a conveniência e oportunidade de sua concessão, mas ainda os seus requisitos. A fixação do ressarcimento do dano como condição para o indulto não destoa da lógica de nosso sistema legal, que estimula a composição dos prejuízos causados pelo delito, mesmo antes do seu julgamento definitivo (*v. g.*, arts. 16 e 312, § 2.º, do CP), sem conferir-lhe, no entanto, caráter de obrigatoriedade, mas apenas de pressuposto para o gozo de determinado benefício. O seqüestro de bens não tem o condão de tornar insolvente o réu para efeito de eximi-lo da satisfação do dano, erigida como condição para o indulto. Se o beneficiário não cumpre todos os requisitos do indulto, seu indeferimento não constitui constrangimento ilegal. Recurso a que se nega provimento" (STF, 1.ª T.; RHC 71.400-5; j. 07.06.1994, v. u., Rel. Ilmar Galvão; DJU 30.09.1994, p. 26.171; Bol. IBCCrim 25, jan. 1995, p. 82).

• "*Processual penal – Réu com bens indisponíveis – Indulto natalino – Inteligência da expressão 'condenado definitivamente' do inc. I do art. 8.º do Decreto 1.242/94 – Possibilidade de o paciente ser indultado e ressarcir a vítima (Previdência Social) após o trânsito em julgado da sentença condenatória – O indulto não tem o condão de limpar os efeitos civis da condenação – Apenas extingue a punibilidade – Ordem denegada*" (STJ, 6.ª T.; HC 3.355-8, Rio de Janeiro; j. 05.12.1995, empate com decisão mais favorável ao paciente, Rel. Adhemar Maciel; DJU 06.05.1996, p. 14.473).

33.9 Condenados em "sursis"

Nota: nada sendo excepcionado no texto do decreto concessivo, não pode ser recusado o benefício a condenado que esteja em *sursis*.

• "Sentenciado beneficiado com *sursis*. Requisitos do art. 6.º, inc. III, do Decreto Federal 953, de 1993, preenchidos. Decisão confirmada. Agravo não provido. O Decreto Federal 953, de 1993, criou um terceiro quadro de benefício, ou seja, a concessão de indulto para os condenados que tenham revelado condições pessoais favoráveis à sua permanência na comunidade, quando beneficiado por suspensão condicional, cumprido pelo menos a metade do respectivo prazo, com exata observância das condições impostas e das penas restritivas de direitos, se for o caso" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 171.429-3, São José do Rio Preto; j. 06.03.1995, v. u., Rel. Marcial Hollanda; Bol. AASP 1.936, 31.01 a 06.02.1996, p. 10-e).

• "Descumprida a condição estabelecida no art. 6.º, inc. II, do Decreto 1645, de 26.09.95, impõe-se a desconstituição da decisão declaratória do indulto na espécie. 3) Provimento do recurso do MP. Unânime" (STM; Rec. 6.254-3, São Paulo; j. 18.12.1995, v. u., Rel. Paulo César Cataldo; DJU 11.03.1996, p. 6.809).

33.10 Discriminações subjetivas

33.10.1 Prognóstico de não reincidência e pareceres técnicos: indeferimento

Nota: quanto a esse específico requisito subjetivo, há duas posições antagônicas: a) de um lado, aqueles que entendem que o indulto/comutação, salvo quando expressamente exigido, prescinde de comprovação do prognóstico de não reincidência (e, conseqüentemente, prescinde também de apresentação de parecer técnico completo pela CTC), bastando a comprovação do bom comportamento carcerário nos termos em que exigido expressamente pelo decreto concessivo; b) de outro lado, há aqueles que entendem que tal prognóstico é indispensável à concessão do favor presidencial, salvo quando o texto do decreto expressamente o afasta. Nessa polêmica, filiamo-nos à última posição: o exórdio dos decretos natalinos rotineiramente fazem expressa referência ao merecimento interno e vivencial, não cabendo assim ao Judiciário admitir como beneficiário condenado que na verdade não o seja. Outrossim, não nos parece lúcido e mesmo técnico admitir a concessão de uma dispensa total ou parcial de uma pena quando ela se faz ainda necessária e reclamada, mesmo porque não se pode dispensar algo ainda imprescindível. Finalmente, é também certo que quando o Presidente da República, enquanto titular de sua exclusiva competência constitucional, desejou dispensar os pareceres da CTC ele o fez expressa e diretamente (Dec. Presid. 1.860/96, art. 2.º § 2.º).

Desnecessário talvez acrescentar que o parecer da CTC será, em qualquer caso, despro-

vido de qualquer caráter vinculante, podendo ser motivadamente repelido pelo Juízo da execução quanto a seu mérito.

• "Apesar de pareceres favoráveis da CTC e do Conselho Penitenciário, descabe a comutação de penas pelo Dec. 668/92 quando o sentenciado suportou muitas condenações por crimes contra o patrimônio e contra pessoas, sempre com violência, sem ainda ostentar sociabilidade patente e sem demonstrar que não retornará a delinqüir" (TACRIM-SP, 2.ª C.; Ag. Exec. 866.239/3, São Paulo; j. 27.10.1994, v. u., Rel. Silvério Ribeiro; tj 09.12.1994; red.; 1.ª inst. 149.408).

• "É sabido que o instituto da comutação de penas é reservado tão-somente a condenados de baixíssima periculosidade, praticamente recuperados e prontos para retornar, sem riscos, ao seio da sociedade, não devendo assim ser deferido a condenado que cometeu, no estabelecimento prisional, várias faltas graves e crimes, não tendo ainda vínculo afetivo, possuindo agressividade controlada e sendo imaturo" (TACRIM-SP, 11.ª C.; Ag. Exec. 972.215/4, São Paulo; j. 20.11.1995, v. u., Rel. Xavier de Aquino; red.).

• "*Indulto – Decreto Presidencial 1.242/94 – Alegação de que não se refere a requisitos de natureza subjetiva.* Condenado, agravante, que, patentemente, não apresenta mérito para o benefício: a LEP subalterna os decretos presidenciais concessivos de indulto e prevê, em seu art. 190, que o Conselho Penitenciário exporá os antecedentes do condenado, sobre os quais, também, haverá-de escorar seu parecer sobre o mérito do pedido. Prevalece a lei, ainda que o decreto silencie acerca dos requisitos subjetivos. Prevalece também o interesse da sociedade, que, por certo, não é o de ver libertados presos que, soltos, reincidirão, segundo razoável prognose, na vida delitiva. O interesse administrativo transitório do Estado – que é parte da sociedade civil – não se confunde, em alinhamento automático, com o interesse dessa sociedade" (TACRIM-SP, 11.ª C.; Ag. Exec. 1.021.509/8, São Paulo; j. 21.10.1996, v. u., Rel. Ricardo Dip; red.).

33.10.2 Comportamento disciplinar: hipóteses de indeferimento

Nota: evidentemente, o Juízo da execução não pode ser reduzido à condição de simples reprodutor da decisão administrativa, de forma que, para a negativa do indulto/comutação, impõe-se-lhe o exame do mérito da decisão administrativa que classificou esse ou aquele episódio como falta disciplinar de natureza grave.

• "Comportamento insatisfatório faz com que o condenado não satisfaça o requisito objetivo necessário para a comutação da pena pelo Dec. 97.164/88" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 90.795-3, São Paulo; j. 25.06.1990, v. u., Rel. Andrade Cavalcanti; red.).

• "Conquanto o *favor principis* do indulto natalino, inserido no poder de graça de consagração imemorial, seja ato de atribuição do Presidente da República (art. 84, XII, da CF), não prescinde, o de caráter coletivo, de intermediação judicial para avaliação do cumprimento dos requisitos estabelecidos no ato normativo presidencial pelo destinatário. Se, nada obstante, porque não se tinha notícia da evasão do agravado, tenha ele sido deferido, não havendo trânsito em julgado da decisão, sabendo-se agora que o condenado cometeu a falta grave, não há razão para manter o indulto *que não recebeu antes por entrave burocrático.* Em verdade, na ordem natural das coisas, o recorrido não fazia jus ao favor. Não é possível analisar-se o tema somente tendo em vista a contemporaneidade do decreto com a fuga. Dando-se por suposto que quem se evade, estando em regime semiaberto, não revela mérito imediato para obter algum tipo de benefício, não importa se o fato veio à tona num ou em outro dia, pesando sempre contra a concessão de alguma benesse. Como bem enfocado pelo Procurador de Justiça Dr. Shiguenobu Kawano, *Se a falta grave acarreta o regresso ao regime prisional anterior e a perda do tempo remido ou o impedimento à remição das penas, seria um contra-senso que valesse para indultar plenamente o restante das penas do presidiário* (TACRIM-SP, 12.ª C.; Ag. Exec. 896.331/9, São Paulo; j. 19.12.1994, m. v., Rel. Walter Guilherme; red.).

• "Não é de ser atendido pedido de comutação de penas com base no Dec. 953/93 quando o pretendente, registrando precedentes de fuga, tem ainda longo tempo para o cumprimento das penas" (TJSP, 5.ª C. Crim.; Ap.

178.788-3/0, São Paulo; j. 25.05.1995, v. u., Rel. Cunha Bueno; dtj; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 240.841).

• "A comutação de penas é instituto reservado tão-somente a condenados de baixíssima periculosidade, praticamente recuperados e prontos para retornar, sem riscos, ao seio da sociedade. Não deve ser deferido quando, pese embora o parecer favorável da CTC, o condenado não se mostra apto a gozar do benefício, havendo cometido diversas faltas graves e mesmo crimes no curso do cumprimento da pena, não demonstrando, ademais, vínculos afetivos e possuindo agressividade controlada e imaturidade" (TACRIM-SP, 11.ª C.; Ag. Exec. 972.215/4, São Paulo; j. 20.11.1995, v. u., Rel. Xavier de Aquino; red.).

33.10.3 Comportamento disciplinar: período de abrangência

Nota: grave desvio técnico pode ser aqui detectado em muitos julgados. Normalmente, os decretos natalinos concessivos do benefício arrolam, como requisitos de caráter discriminatório dos beneficiários, a existência de bom comportamento *durante os últimos 12 (doze) meses de cumprimento da pena privativa de liberdade.* A questão central passa a ser: como é contado esse período de 12 meses? Entendemos que outra resposta não seria possível: o termo final desse período é o dia da edição de decreto presidencial concessivo do benefício pois, sem dúvida, já a partir desse dia (e não do dia de natal do ano respectivo, como pensam alguns) pode o condenado postular e até mesmo obter do Judiciário uma decisão que o reconheça como beneficiário do favor constitucional.

Logo, evasões ou quaisquer outras faltas disciplinares porventura ocorridas após o dia da edição do decreto respectivo (quando redigido com a fórmula acima) não podem servir de óbice ao deferimento da pretensão, sob pena de estar o Judiciário invadindo competência constitucional que lhe é estranha e arrolando novos requisitos discriminatórios à revelia da vontade expressa do Presidente da República que, ademais, quando desejou diferentemente soube perfeitamente como exprimir-se (v. Dec. Presid. 1.860/96, art. 2.º, *caput* e seu parágrafo primeiro).

• "É de ser deferido o indulto quando, ao tempo da publicação do respectivo decreto presidencial, o pretendente apresentava ótima conduta carcerária e satisfaz o requisito temporal. A fuga posteriormente praticada, considerada falta disciplinar grave, não tem o condão de retroagir seus efeitos para prejudicar a pretensão, principalmente quando o condenado em nada contribuiu para o atraso na decisão do seu pedido de indulto" (TACRIM-SP, 11.ª C.; Ag. Exec. 890.891/6, São Paulo; j. 24.10.1994, v. u., Rel. Xavier de Aquino; 1.ª inst. 345.818 – DECRIM/SP; red.).

• "É de ser concedido o indulto pleno pelo Dec. 953/93 quando o pretendente preenche todos os requisitos objetivos e subjetivos para alcançar a benesse, não apresentando agressividade e ostentando ótima conduta carcerária e satisfatório desempenho laborterápico, com todos os pareceres técnicos sendo favoráveis. Faltas disciplinares pretéritas não impedem o indulto pois, através de medidas premiais e sancionatórias, o sistema carcerário permite exatamente que o preso aperfeiçoe sua conduta, caminhando para a reinserção social: caso não lhe fosse possível apagar as faltas praticadas, não teria nenhum estímulo para implementar seu comportamento prisional" (TACRIM-SP, 2.ª C.; Ag. Exec. 918.709/1, São Paulo; j. 19.01.1995, v. u., Rel. Ricardo Lewandowski; tj 03.04.1995; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 363.225).

• "É merecedor do indulto pleno o detento que, na data da promulgação do decreto de natal, preenchia todas as condições objetivas e subjetivas para ser indultado, não podendo ser punido porque ocorreu atraso no processamento do pedido e, dias antes da prolação da sentença, se evadiu, mesmo porque seu direito ao indulto estava resguardado desde a data da publicação do decreto" (TACRIM-SP, 16.ª C.; Ag. Exec. 919.443/5, São Paulo; j. 06.04.1995, v. u., Rel. Assumpção Neves; red.).

• "Não se põe em dúvida que a fuga, a teor do art. 50, II, da LEP, constitui falta grave. Nada obstante, tal como acontece com o crime, os seus efeitos só se projetam para o futuro. O período anterior, atestado como de bom comportamento prisional, permanece inalterado. O exame dos requisitos objetivos e subjetivos, com efeito, deve ser feito com base na situação do sentenciado à época do respectivo decreto

natalino de indulto e não no momento da decisão que, por inúmeras razões, pode demorar meses e até anos para ser proferida. Nesse sentido, aliás, já se decidiu: *As decisões relativas a indulto ou comutação de pena, meramente declaratórias, reportam-se às condições vigentes no dia em que o interessado fez jus ao benefício, retroagindo seus efeitos também a essa data* (RT 583/372). Por igual, também é a lição de Júlio Fabbrini Mirabete (Execução Penal, Ed. Atlas, 1993, p. 454)" (TACRIM-SP, 15.ª C.; Ag. Exec. 983.177/1, São Paulo; j. 01.02.1996, v. u., Rel. Lopes da Silva).

• "O art. 7.º, I, do Dec. Presid. 1.242/94 exige, para a concessão do indulto, que o condenado haja tido bom comportamento nos últimos 12 meses de cumprimento da pena privativa de liberdade. Os 12 meses a que alude o dispositivo legal são os que antecedem o momento do exame do pedido de indulto. O condenado não tem direito adquirido por preencher, quando da edição do decreto presidencial, os requisitos para o benefício; tem, somente, expectativa de direito" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 211.048-3/3, São Paulo; j. 12.09.1996, v. u., Rel. Geraldo Xavier; red.).

33.11 Indulto especial (Dec. Presid. 1.860/96)

Nota: a partir de diversas tensões surgidas nos últimos anos, em 1996 o Presidente da República deliberou excepcionar a tradição de apenas editar os chamados decretos natalinos coletivos, acabando assim por editar um novo decreto presidencial prevendo hipótese de indulto coletivo noticiada como mais ampla. Assim surgiu o Dec. Presid. 1.860/96, inicialmente apresentado como uma incisiva solução para a diminuição da população carcerária do País: todavia, a interpretação mais restrita dada ao texto do novo decreto pela jurisprudência majoritária acabou por diluir as intenções iniciais, de forma que relativamente poucos presos alcançaram o favor presidencial por força desse decreto (v., especialmente, a polêmica referida na nota ao item 31.11.2 *infra*), o qual acabou sendo conhecido como decreto de "indulto especial".

Embora não se trate de corrigir as sadias intenções iniciais que certamente inspiraram o Presidente da República e sua assessoria, é certo que uma questão assim tão complexa como a nossa realidade prisional – resultado de muitas décadas de tropeços e enganos – não poderia ser solucionada por um decreto de redação precipitada e defeituosa: maior atenção tivesse sido prestada à proposta original – centralizar esse "indulto especial" em favor dos presos que já estão no regime semi-aberto – certamente os resultados seriam, pese talvez menos bombásticos, sem dúvida mais efetivos. Assim também a metodologia de indultar indistintamente – expressamente inserindo a cláusula de exclusão do parecer técnico – não poderia levar a outra reação do que aquela afinal verificada na jurisprudência: acabar-se-ia por restringir adiante, com critérios objetivos, em franco prejuízo do exame do sempre valiosíssimo merecimento subjetivo. Em suma, o exercício do poder de indultar não pode ter por escopo uma celeridade irrefletida nem uma lógica puramente quantitativa: necessário às vezes seguir com maior vagar e de modo mais racional, sempre tendo em vista que o direito penal em princípio é incompatível com rígidos trilhos puramente objetivos, caminhando melhor em ambientes voláteis onde a cristalização da norma possa ser equilibrada pela microscopia do caso concreto, sempre na alçada da imprescindível função jurisdicional. O bom exercício do poder de indultar pressupõe a diminuição dos parâmetros objetivos e o fortalecimento daqueles de caráter subjetivo, sendo de todo insensato o afastamento do opinar técnico que, a rigor, haveria antes de ser bem celebrado.

33.11.1 Reincidência: indeferimento

Nota: nas hipóteses dos incisos I e III do seu art. 1.º, o Dec. Presid. 1.860/96 admite a concessão do indulto exclusivamente aos condenados primários, sem prejuízo de eventuais diferenciações como aquelas referidas na nota ao item 33.6 (*supra*). Curiosamente, a exigência não se repetiu no inciso II desse mesmo artigo, em tese sendo assim admissível o indulto especial àquele condenado reincidente que foi já beneficiado por comutações anteriores e cujo saldo de pena não ultrapasse seis anos. Outra diferenciação importante entre esses incisos é que, nessa última hipótese, a pena remanescente também poderia ser igual a 6 anos enquanto, nos demais incisos, ela precisaria ser inferior a 6 anos (diferenciação relevante pois diz respeito aos condenados à pena mínima por homicídio simples).

• "Não pode pretender os favores do Decreto Presidencial 1.860/96 o condenado que possui duas condenações transitadas em julgado, sendo que em uma delas foi reconhecido que é reincidente e ostenta antecedentes desabonadores" (TACRIM-SP, 13.ª C.; Ag. Exec. 1.042.421/1, São Paulo; j. 21.01.1997, v. u., Rel. Teodomiro Mendez; red.).

33.11.2 Exclusão de roubos qualificados pelos incs. II e III do § 2.º do art. 157 do Código Penal

Nota: a posição que já tivemos oportunidade de defender em outro texto (v. Boletim IBCCrim 41, encarte especial) é a de que, especificamente com relação à vedação do art. 7.º, inc. III do Dec. Presid. 1.860/96, a melhor leitura há de admitir que não se concede o indulto ao condenado por crime de roubo praticado mediante concurso de agentes cumulativamente a transporte de valores: dizíamos então que, nesse caso, a partícula "e" tem nítido caráter aditivo, já que não se coloca entre figuras alternativas por si próprias mas, simplesmente, entre figuras que comumente podem ser cumuladas. Logo, não há como entender que essa partícula "e" tenha o caráter alternativo, com o significado de "ou" como, todavia, acabou entendendo majoritariamente a jurisprudência (embora com não poucas exceções), inclusive como acabou afinal posicionando-se também o e. STF. Conseqüentemente, para nós, tratando-se de condenado apenas por concurso de agentes (com ou sem o emprego de arma), é plenamente possível a postulação do indulto especial.

Desde então, examinando atentamente os muitos argumentos que surgiram contra e a favor dessa nossa posição original, apenas encontramos razões para ratificar integralmente esse nosso entendimento. Depreende-se dos julgados que se posicionam diversamente sempre a mesma insistência, qual seja a de que a partícula "e" às vezes pode ter a acepção alternativa. Ora, que isso é em tese possível nunca contestamos como, aliás, já não contestávamos naquele nosso texto: o que contestamos é que o Juiz possa, a seu bel-prazer, dizer se a partícula é aditiva ou cumulativa ao simples sabor dos ventos, pois apenas poderá fazê-lo com base em um critério racional de interpretação e, nunca, à luz do simples acaso ou de sua vontade pessoal. Daí porque – insistimos mais uma vez – o critério que sugerimos inicialmente: a partícula "e" terá o sabor de partícula alternativa apenas quando as figuras em si são substancialmente diversas (p. ex., quando o Presidente da República nega o indulto a autores de latrocínio ou tráfico: ou o crime é de latrocínio ou o crime é de tráfico, pois as figuras em si próprias já são alternativas e não haveria sentido em recepcioná-la como partícula aditiva); todavia, a partícula "e" terá sim o sabor de aditiva quando está entre figuras em si próprias não alternativas mas que, não raramente, podem ser cumulativas (p. ex., o Presidente da República nega o indulto a autores de roubo em concurso de agentes *e* de transporte de valores). Daí a racionalidade nesse ato de aplicação da norma, racionalidade esta que, todavia, não foi objeto de maior cuidado por parte daqueles que entenderam diversamente.

(a) cumulatividade do impedimento

• "A dúvida do Decreto Presidencial 1.860/96 paira sobre seu art. 7.º, III, que veda a concessão do indulto especial *aos condenados pelos crimes previstos no art. 157, § 2.º, incisos II e III* do Código Penal. É necessário interpretar a vontade do legislador ao elaborar o referido artigo. Seria possível conceder-se o indulto para quem comete o crime de roubo, com apenas uma das qualificadoras que aparecem no texto do decreto presidencial, isoladamente? Quando o agente cometeu o crime de roubo, com uma das qualificadoras que aparecem no texto do decreto de indulto, mais outra que ali não figura, é possível a concessão do benefício? Ou teria sido o objetivo do decreto manter presos os condenados por roubo em concurso de agentes contra vítima que está em serviço de transporte de valores, enquanto o agente do crime é sabedor desta circunstância? O dispositivo traz a conjunção *e*, quando se refere aos crimes previstos no art. 157, § 2.º, I e III. A aludida conjunção pode tanto ser usada no sentido de adição como de adversidade. No sentido aditivo, pode unir orações ou palavras. Dessa forma, tanto pode se entender o *e* existente entre os incisos, como indicativo da indispensabilidade da presença de ambas as qualificadoras para a negação do indulto, assim como poderia apontar para possibilidade de ser concedido o benefício quando qualquer uma das aludidas qualificadoras incidisse sobre cri-

me de roubo, de forma isolada, ou ainda quando ao lado de outra que não veio registrada no texto do decreto presidencial. Assim, a interpretação gramatical do dispositivo mantém o questionamento acerca de qual seria a melhor forma de sua aplicação. A modalidade de delito que mais aflige a sociedade é, indiscutivelmente, aquele que vem previsto no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, exatamente o emprego de arma, aquele que demonstra a perigosidade do agente, sua intensa capacidade criminógena, que vêm ressaltadas de forma imanente ao próprio comportamento desenvolvido na prática do crime. Trata-se de crime que promove clamor público, sendo que a maior intensidade de reprimenda imposta, abstratamente, visa prevenir a prática de tais delitos, proteger a ordem e segurança públicas, além de assegurar a credibilidade da Justiça. No entanto, o Dec. 1.860/96 não vedou a outorga do indulto aos autores de crime de roubo qualificado pelo uso de arma. Se o legislador não proibiu a concessão do benefício ao crime que causa maior clamor social, que mais aterroriza a sociedade, não seria sua intenção não deferi-lo ao reeducando que cumpre pena pelo crime de roubo qualificado pelo concurso de pessoas. É evidente que o perfil psicológico do agente que comete roubo em concurso de pessoas é deveras diferente do que utiliza arma para obter o resultado almejado. Demonstram capacidades criminógenas distintas e portanto periculosidade distintas. Assim, não há coerência em se colocar em liberdade um agente que cometeu um assalto em uma residência, sozinho, utilizando uma metralhadora, e deixar preso aqueles dois assaltantes franzinos que resolvem interpelar uma pessoa na rua de modo a lhe causar medo. Ao desenvolvermos a interpretação de um texto legal, não é conveniente restringir-se à literalidade gramatical ou à manifestação formal imediata que fenomenicamente emerge ou aparece na singeleza da norma escrita. Há que se endereçar a hermenêutica, levando-se em consideração uma *weltanschaung* mais ampla e vasta, envolvendo análises que atravessem a sociologia, a antropologia, a história, a economia etc., tudo de forma a captar o verdadeiro espírito do texto legal, o qual tende sempre ao estabelecimento do Bem Comum e à distribuição do *jus suum unicuique tribuit*. Nesse sentido, é a lição de Sebastian Soler ao comentar a interpretação das leis (*Derecho penal argentino*, 2.ª reimp., t. I, p. 151). Nosso país sofre, infelizmente, com as péssimas instalações carcerárias, com a superlotação dos presídios. A finalidade dos indultos é, de fato, colocar em liberdade sentenciados não-reincidentes, com boa conduta carcerária, para que se possa, de certa forma, esvaziar as enxovias. E, assim sendo, não se pode interpretar a norma jurídica de maneira restrita. É necessário analisar todo o contexto sócio-jurídico do país, e verificar, como dizia Beccaria, *o espírito da lei* (*Dei delitti e delle pene*, Firenze, 1950, ed. Felice Le Monnier, p. 170 e ss.). Se não bastassem esses argumentos, sempre que sobre a mente do magistrado surge uma incerteza, por menor que seja, em como interpretar um dispositivo, deve-se aplicar o princípio do *in dubio pro reo*. É o que preleciona Nélson Hungria, *no caso de irredutível dúvida entre o espírito e as palavras da lei, é força reconhecer em matéria penal, irrestritamente, o princípio do 'in dubio pro reo' (isto é, o mesmo critério de solução nos casos de prova dúbia no processo penal)* (*Comentários ao Código Penal*, p. 72, v. I, Forense, 1959). Assim também é a lição de Vicenzo Manzine ao comentar a questão da dúvida na interpretação das normas (*Diritto penale italiano*, p. 300, v. I, 1950). Assim, acolhe-se a interpretação que beneficia o sentenciado, concedendo-se a ordem de *habeas corpus* para outorga do indulto especial e condicional ao paciente, determinando-se a expedição do competente alvará de soltura clausulado" (TACRIM-SP, 12.ª C.; HC 292.704/4, São Paulo; j. 29.07.1996, v. u., Rel. Junqueira Sangirardi; red.).

• "O indulto especial, segundo o art. 7.º, III, do Decreto Presidencial 1.860/96, não beneficia os condenados pelos crimes previstos no art. 157, § 2.º, II e III, do CP, tentados ou consumados. Pela redação daquele decreto, o benefício não deve ser concedido a quem cometeu roubo praticado por duas ou mais pessoas contra vítima em serviço de transportes de valores e o agente conhecia tal circunstância, porque a palavra *e'*, que liga os incisos II e III, deve ser interpretada unicamente como uma conjunção aditiva e não alternativa" (TACRIM-SP, 10.ª C.; Ag. Exec. 1.027.203/3, Guarulhos; j. 28.08.1996, v. u., Rel. Márcio Bártoli; red.).

• "É cabível a concessão do indulto especial previsto pelo Decreto Presidencial 1.860/

96 aos condenados por roubo qualificado pelo concurso de agentes (CP, art. 157, § 2.º). Hoje prevalece – ou deveria prevalecer – entre os intérpretes do Direito a lógica *del razonable*, isto é, a lógica do razoável, preconizada por Recaséns Siches, a qual toma por rumo não a expressão literal da lei, mas o fundamento axiológico que lhe serve de arrimo, de maneira a conciliar o processo interpretativo com os fins buscados pelo legislador, confrontados, sempre, com as exigências da natureza humana. Nesse sentido, adverte o autor que *el juez debe atenerse no tanto al texto de la regla – lo qual frecuentemente le llevaria a disparates o injusticias – sino sobre todo y principalmente a las valoraciones efectivas sobre las cuales la regla está de hecho fundada (Nueva Filosofia de la Interpretación del Derecho,* México, Porrúa, 2.ª ed., 1973, p. 289). Segundo Carlos Maximiliano *(Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, Rio de Janeiro, 1984, 9.ª ed., 3.ª tir., p. 151/152), *considera-se o direito como uma ciência primariamente normativa ou finalista; por isso mesmo, a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática.* Só há vedação do benefício do indulto especial quando o roubo é praticado em concurso de agentes e contra a vítima a serviço de transporte de valores. Ora, é evidente o texto do Decreto 1.860/96, que se utiliza do aditivo *e* e não da alternativa *ou*. Ao referir-se o decreto prisional em *crimes*, no plural, e não ao *crime*, no singular, cuida-se de simples questão de concordância com a palavra *condenados* que está no plural, como ocorre com os demais incisos, embora se referia a um só crime" (TACRIM-SP, 2.ª C.; Ag. Exec. 1.031.141/5, São Paulo; j. 05.12.1996, v. u., Rel. José Urban; red.).

(b) alternatividade do impedimento

• "A interpretação de que o indulto especial do Dec. Presid. 1.860/96 só estaria impedido na hipótese de abrangência simultânea dos incisos II e III do § 2.º do art. 157 do CP não encontra razoabilidade jurídica, sob pena de prejuízo à sociedade, quando um de seus componentes desponta como vítima. Não há, pois, entender como aditiva a conjunção *e* do dispositivo em questão, bastando inferir-se tal conclusão dos demais itens desse mesmo artigo onde, a aceitar-se tal posicionamento, chegar-se-ia a situações absurdas. Ademais, o legislador utilizou-se da expressão no plural ao mencionar, nesse inciso III do art. 7.º, *os condenados pelos crimes previstos no art. 157, § 2.º, incisos II e III, do Código Penal.* Nesse sentido são os seguintes julgados deste Tribunal: Ag. Exec. 1.023.241/2, da 15.ª C., Rel. Fernando Matallo, j. 12.09.1996; Ag. Exec. 1.027.201/0 da 14.ª C., Rel. Oldemar Azevedo, j. 24.09.1996" (TACRIM-SP, 2.ª C.; Ag. Exec. 1.039.279/8, São Paulo; j. 30.01.1997, v. u., Rel. Silvério Ribeiro; red.).

• "Ao cuidar das vedações do benefício, no inciso III do art. 7.º do Decreto 1.860/96, a Presidência da República só elencou duas das figuras qualificadoras do § 2.º do art. 157 do Código Penal. E, por referir-se a somente duas, não teve como virgular entre os incisos, devendo, necessariamente, colocar a partícula aditiva *e* (incisos II e III). Daí a confusão. Ao se admitir a exigência de cumulatividade dos incisos na condenação, pela simples existência daquela conjunção aditiva, ter-se-ia que presumir no inciso I do mesmo art. 7.º, e nos demais semelhantes a redação, que o benefício estaria vedado somente no caso de cumulação de crimes ou mesmo de capítulos do Código Penal e leis extravagantes, inclusive. Absurda conclusão, pois, o que pretendeu o Dec. 1.860/96 foi impedir o benefício, tanto na hipótese do inciso II, como na do inciso III do § 2.º do art. 157, não cumulativamente. Seria estranho que só se desse proteção social, contra os autores de delitos contra carros-fortes somente, deixando o cidadão comum, violado sob mira de arma, à mercê dos beneficiados pelo indulto, sabido que as instituições bancárias e de transportes bancários, evidentemente são aparelhadas e melhor dotadas, na defesa de seus patrimônios, do que o cidadão comum, mais exposto e atemorizado do que os profissionais que transportam valores. Daí o desacerto da decisão agravada, que determinou a proibição do benefício aos autores de roubo com concurso de duas ou mais pessoas, bem como, quando a vítima estiver em serviço de transporte de valores, mas, sem exigir cumulatividade de ambas as situações. Daí, o Provimento agora declarado, para cassar-se o benefício concedido" (TJM-SP; Ag. Exec. 37/96, São Paulo; j. 15.10.1996, v. u., Rel. Evanir Ferreira Castilho; red.).

• "A vedação legal é clara e insofismável. O Dec. Presid. 1.860/96 não beneficia os condenados por crime de roubo com a qualificadora do concurso de pessoas, como também quando o ofendido se encontra em serviço de transporte de valores e o agente conhece essa circunstância. É certo ter o legislador empregado a vogal *e* quando fez o elemento de ligação entre os incisos II e III do art. 157 do CP. Contudo, a vogal utilizada deve ser interpretada como elemento de ligação alternativa, não como conjunção aditiva, até porque o mesmo legislador utilizou a mesma vogal em situações similares, sempre no sentido alternativo. Por fim, a 15.ª Câmara desta Corte, em acórdão relatado pelo Juiz Fernando Matallo, no Ag. Exec. 1.023.241/2 de Ibitinga, consagrou esse entendimento" (TACRIM-SP, 14.ª C.; Ag. Exec. 1.042.971/2, São Paulo; j. 21.01.1997, v. u., Rel. San Juan França; red.).

• "Com base na premissa de que a lei não contém palavras inúteis e que, na sua interpretação, deve-se considerar a intenção do legislador (interpretação teleológica), é de se pensar que o objetivo da exclusão do art. 7.º, III, do Dec. Presid. 1.860/96 é o de evitar que autores do crime de roubo, tanto em concurso de agentes quanto sabedores do fato da vítima estar transportando valores ou ambas as situações, simultaneamente, venham a ser beneficiados com o indulto (Nesse sentido: Ag. Exec. 1.031.813/6, j. em 31.10.1996 pela 7.ª C. deste Tribunal, Rel. Souza Nery; assim também o Ag. Exec. 1.042.289/4 desta 16.ª C., hoje julgado e relatado pelo Juiz Mesquita de Paula)" (TACRIM-SP, 16.ª C.; Ag. Exec. 1.041.407/1, São Paulo; j. 23.01.1997, v. u., Rel. Assumpção Neves; red.).

• "Quando o Dec. Presid. 1.860/96 exclui de seu âmbito *os condenados pelos crimes previstos no art. 157, incisos II e III, do Código Penal* não está alijando apenas os roubos em que as agravantes estão cumuladas, mas, obviamente, todas aquelas correspondentes aos incisos II ou III, isoladamente. O fato do decreto utilizar a letra *e* não significa que reclama vinculação entre as circunstâncias descritas naqueles comandos legais, pois a vogal foi utilizada na forma disjuntiva, isto é, para impedir a concessão do indulto para os roubos cometidos com emprego de arma ou quando a vítima se encontrasse em transporte de valores (Nesse sentido: Ag. Exec. 1.023.241/2 e 1.027.210/0, ambos deste Tribunal). Ademais, interpretação diversa tornaria o dispositivo anacrônico, apartando-o do contexto do decreto" (TACRIM-SP, 13.ª C.; Ag. Exec. 1.042.423/4, São Paulo; j. 28.01.1997, v. u., Rel. Abreu Oliveira; red.).

• "O art. 7.º, inc. III, do Decreto Presidencial 1.860/96 não favorece os condenados pelos crimes de roubo, cometidos com emprego de arma, como também os cometidos quando a vítima estiver transportando valores e o agente tiver conhecimento de tal fato. Compreende-se claramente pelo texto legal que a vogal *e* foi empregada no sentido alternativo, não havendo necessidade de um crime ter sido praticado em concurso com o outro, para que seja negado o benefício. Dessa forma, estando o condenado cumprindo pena por crime de roubo com emprego de arma somente, já basta para se indeferir a pretensão" (TACRIM-SP, 15.ª C.; Ag. Exec. 1.028.701/2, Guarulhos; j. 03.02.1997, v. u., Rel. Vidal de Castro; red.).

33.11.3 Imposição de condições: admissibilidade

Nota: aqui também não vemos razões para mudar nosso entendimento inicial. O Presidente da República tem o poder constitucional de indultar mas, todavia, não tem o mínimo poder constitucional de criar obrigações de caráter penal, o que se reserva à lei ordinária através de processo legislativo próprio. Assim, a imposição de condições a serem cumpridas ao longo de dois anos (Dec. Presid. 1.860/96, art. 3.º) é completamente inconstitucional e deve – de acordo com o que acreditamos – ser afastada pelo Judiciário. Pode o Presidente da República, no máximo, discriminar os beneficiários do favor mas, jamais, poderá impor a eles a menor condição não prevista e que não seja imanente à pena que suportam após responderem ao devido processo legal, ainda que tais condições sejam menos gravosas do que essa pena. Foi dito, em sentido contrário, que aquele que é titular do *mais* (indultar sem condições) também poderia o *menos* (indultar com condições): raciocínio enganado e tecnicamente insustentável quando aplicado à espécie, pois pode sim o *menos* mas não pode instituir *outro*. Ademais, esse *menos* (do ponto de vista da comunidade) será todavia um *mais* do ponto de vista do condenado.

• "Embora se cuide de matéria polêmica, o indulto concedido pelo Dec. Presidencial 1.860/96, em se tratando de *ato do príncipe*, deve ser cumprido isento de qualquer eiva de inconstitucionalidade, pois a decisão do Presidente da República não está subordinada ao parecer do Conselho Penitenciário e é ato de sua exclusiva competência (CF, art. 84, XII). Daí então subordinar-se o condenado ao regime de provas, consoante prescrição do aludido diploma presidencial, regime este que não é inconstitucional, com o instituto aperfeiçoando seus resultados após 24 meses contados da expedição do termo disposto no seu art. 5.º, obedecendo-se às condições estabelecidas" (TACRIM-SP, 14.ª C.; Ag. Exec. 1.039.109/5, São Paulo; j. 18.02.1997, v. u., Rel. Oldemar Azevedo; red.).

• "Sendo da essência do instituto do indulto a possibilidade de ser ele limitado e condicionado, como o revela farta doutrina brasileira, ao impor condições ao beneficiário o Dec. Presid. 1.860/96 não extrapolou a competência constitucional do Presidente da República e tampouco invadiu a esfera do Poder Legislativo" (TACRIM-SP, 6.ª C.; Ag. Exec. 1.036.643/0, São Paulo; j. 19.02.1997, v. u., Rel. Ivan Marques; red.).

33.11.4 Deferimento por política criminal

• "Tem entendido esta c. 16.ª Câmara que não tem direito ao benefício do indulto especial (Dec. Presid. 1.860/96) o agente condenado por crime de roubo qualificado, quer pelo concurso de agentes, quer contra vítima que está em serviço de transporte de valores, cumulativamente ou não (Ag. 1.042.289-4, Santos, Rel. Mesquita de Paula). Mas, quando a hipótese dos autos tem particularidades próprias é de ser manter a decisão concessiva do benefício. Assim, estando o pretendente a pouco mais de um mês do vencimento final da pena, que resgatou em regime fechado, o benefício é bem concedido, abstraindo-se o exame mais aprofundado das teses jurídicas para se saber se S. Exa. o Presidente da República poderia ou não condicionar o indulto concedido por decreto; ou se as orações coordenadas que compõem a redação do art. 7.º, III, do Dec. Presid. 1.860/96 estão ligadas por conjunção *sindética aditiva*; ou, ainda, se o bom comportamento deve ser aferido no último período de um sexto do cumprimento da pena ou se durante toda a permanência do preso no estabelecimento prisional" (TACRIM-SP, 16.ª C.; Ag. Exec. 1.051.747/9, São Paulo; j. 20.03.1997, v. u., Rel. Ubiratan de Arruda; red.).

33.12 Indulto humanitário

Nota: o chamado indulto humanitário é aquele que comumente se reserva aos condenados que estejam em estágio avançado ou terminal (os decretos consagram um desses dois termos que, todavia, não são idênticos, sendo o segundo mais restrito) de doença grave e incurável: os casos mais conhecidos são os dos condenados aidéticos que se encontram naqueles estágios, mesmo porque são conhecidos os altos índices da contaminação por HIV no meio prisional. Sobretudo em razão dessa dura realidade, anualmente o Presidente da República vem inserindo nos decretos natalinos previsão especial do benefício para condenados nessa situação.

Duas importantes questões vêm surgindo em torno desses indultos ditos humanitários:

a) trata-se de expedientes que devem ser processados com absoluta urgência, mesmo porque via de regra o laudo médico é elaborado quando o condenado já se encontra nos últimos dias de vida, surgindo assim uma problemática bastante delicada, pois é sabido que deve haver manifestação prévia do Conselho Penitenciário estadual quanto ao mérito do pedido, assim como é sabido que esse parecer pode eventualmente demorar muito para ser colhido (sobretudo quando o Juízo da execução se localiza em comarca distante daquela em que está sediado o Conselho). Diante dessa contingência, duas soluções jurisdicionais surgiram: a primeira admitindo a concessão cautelar do indulto humanitário, com a imediata soltura do condenado, reservando-se para momento subseqüente a colheita do parecer do Conselho Penitenciário e o exame definitivo do mérito do pedido; a segunda, que aliás nos parece tecnicamente mais correta, é a soltura do condenado em caráter cautelar, suspendendo-se o curso da execução da pena privativa de liberdade para que, adiante, seja colhido aquele parecer e apreciado em caráter definitivo o mérito da pretensão;

b) outro problema também constante é que o Presidente da República, certamente com

grande infelicidade, insistentemente nega o indulto humanitário a presos que foram condenados por crimes hediondos ou assemelhados. Embora haja quem defenda a inconstitucionalidade dessa negativa, por afrontar o princípio de humanização das penas, não nos parece esse o melhor entendimento pois, de qualquer modo, não se pode impor ao Presidente da República a concessão do indulto a outrem que não os beneficiários por ele discriminados. Daí porque, mais recentemente, sobretudo a partir de decisões inéditas e originais de primeira instância do eminente Magistrado Benedito Roberto Garcia Pozzer da Vara das Execuções Penais da capital de São Paulo, passou-se a admitir nesses casos o livramento condicional (primeiramente em caráter cautelar em vista da urgência e da aparência do bom direito do condenado), eventualmente dispensando-se a comprovação do prognóstico de não reincidência, bem como dispensando-se a satisfação do requisito temporal que, de acordo com o melhor entendimento, na execução não pode ter qualquer acepção retributiva mas, simplesmente, devendo servir tão-somente para objetivos preventivos: ora, tratando-se de condenados já fulminados por uma enfermidade que via de regra os levará à morte próxima, muitos dos quais já sem qualquer esperança de sobrevivência, até mesmo atados permanentemente ao leito e não raramente atacados de toxoplasmose cerebral, não se pode vislumbrar o mínimo sentido em preocupações de caráter preventivo, desse modo dispensando-se a comprovação dos predicados subjetivos próprios do livramento condicional e, ainda, a satisfação do respectivo requisito objetivo.

33.12.1 Estágio avançado de doença grave e irreversível:

(a) deferimento

• "*Indulto.* Basta, para a concessão do favor estabelecido no inciso II do art. 1.º do Decreto 953, de 08.10.93, que se encontre o condenado em estado avançado de doença grave e irreversível, assim comprovada por laudo médico oficial. Sem cabimento a exigência posta no acórdão atacado, de tratar-se de paciente em estado terminal" (STF, 1.ª T.; HC 73.195-3, Rio de Janeiro; j. 05.12.1995, v. u., Rel. Octavio Gallotti; DJU 15.03.1996, p. 7.204).

(b) indeferimento

• "Para a concessão do indulto humanitário do Dec. 98.389/89 é preciso que a moléstia seja incurável, de fácil contágio e esteja em estágio avançado, não bastando que o pretendente seja portador do vírus da AIDS" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 118.534-3, São Paulo; j. 23.04.1992, v. u., Rel. Ivan Marques; red.).

• "*RHC – Penal – Processual penal – Indulto – Interpretação.* O decreto de indulto, espécie da *Clementia Principis*, é de interpretação restrita. Se condicionado, cumpre ser provada a exigência. Assim, embora grave a moléstia, o Decreto de 1993 impõe: *estado avançado de doença grave*" (STJ, 6.ª T.; RHC 4.526-4, São Paulo; j. 28.08.1995, v. u., Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro; DJU 04.03.1996, p. 5.420; *apud* DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; vol. 14, ano 4, abril-junho 1996; p. 424).

33.12.2 Comprovação médica e seus critérios

Nota: para o indulto humanitário, evidentemente não basta que o condenado seja portador da doença grave mas exige-se, em qualquer caso e de acordo com o texto do decreto natalino, que esteja ele em estágio terminal ou, eventualmente, ao menos em estágio avançado, o que deve ser comprovado mediante laudo médico.

• "*RHC – Penal – Processual penal – Indulto – Interpretação.* O decreto de indulto, espécie da *Clementia Principis*, é de interpretação restrita. Se condicionado, cumpre ser provada a exigência. Assim, embora grave a moléstia, o Decreto de 1993 impõe: *estado avançado de doença grave*" (STJ, 6.ª T.; RHC 4.526-4, São Paulo; j. 28.08.1995, v. u., Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro; DJU 04.03.1996, p. 5.420).

33.13 Efeitos do indulto pleno: inadmissibilidade da extinção da multa

Nota: entendíamos inicialmente que o indulto pleno, classificado por lei ordinária como causa extintiva da punibilidade da pretensão

executória, exatamente por essa razão não podia deixar de fulminar também a pena de multa. Hoje, todavia, reformulamos esse nosso entendimento: realmente, quando o decreto concessivo excepciona expressamente dispondo a subsistência da multa, a rigor trata-se de indulto pleno apenas quanto à pena privativa de liberdade (ou seja, a rigor o indulto continua sendo parcial, já que não alcança a multa quando esta foi cumulativamente aplicada). Atente-se, todavia, que o Dec. Presid. 2.365/97 expressamente deixou de excluir a multa e, portanto, tanto o indulto quanto a comutação concedidos com base nesse decreto estendem-se também às penas de multa (as exceções nele ficaram reservadas exclusivamente às penas acessórias do Cód. Penal Militar e aos efeitos da condenação).

• "Não deve prosperar a sentença que estendeu o indulto concedido pelo Dec. 1.242/94 à sanção pecuniária, contra expressa disposição de seu art. 9.º que .preceitua que *o indulto que trata este Decreto não se estende às penas de multa e restritivas de direitos.* Não procede o argumento de que, extinta a pena privativa de liberdade, não há como remanescer qualquer tipo de penalidade porventura aplicada ao fato ilícito. Segundo conhecida lição de Basileu Garcia, os indultos podem ser parciais, dentre outras hipóteses, *quando não redimem de todas as penas impostas. É que os decretos respectivos, consubstanciando deliberação excepcional, se interpretam restritivamente, e só se considera canceladas as penas a que se faz referência ou são abrangidas necessariamente, por inelutável força de compreensão. Assim, se o decreto tem por indultados os réus a que se infligiram penas não excedentes a tantos anos de prisão, silenciando quanto à multa, não se entenderá exonerada a condenação pecuniária. Aliás, o art. 738 do Código de Processo acentua que, perante o decreto de graça, o juiz declarará extinta a pena ou penas', prevendo que alguma escape à indulgência* (Instituições de Direito Penal, Max Limonad, 4.ª ed., vol. I, t. II, p. 674/675). Ora, se tal interpretação, endossada por autorizada doutrina (cf. Damásio E. de Jesus, *Código Penal Anotado*, Atlas, 1987, p. 456), afigura-se acertada mesmo nos casos em que o decreto silencia a respeito da pena de multa, não se pode admitir a sua extinção contra expresso dispositivo legal em contrário" (TACRIM-SP, 14.ª C.; Ag. Exec. 989.177/8, São Paulo; j. 26.02.1996, v. u., Rel. Renê Ricupero; red.).

• "O indulto especial do Dec. Presid. 1.860/96 ficou expressamente restrito, nos termos do seu art. 4.º, à pena privativa de liberdade, de forma que não alcança a pena pecuniária, mesmo porque não se trata de pena acessória, mas de pena principal tal como a privativa de liberdade, não podendo esta última ser declarada extinta" (TACRIM-SP, 6.ª C.; Ag. Exec. 1.036.643/0, São Paulo; j. 19.02.97, v. u., Rel. Ivan Marques; red.).

33.14 Questões processuais em geral

33.14.1 Oitiva do Conselho Penitenciário: desnecessidade

Nota: o Conselho Penitenciário estadual deve obrigatoriamente manifestar-se com antecedência nos pedidos de indulto e comutação de penas (LEP, art. 70, I). Não se deve esquecer a importância até mesmo política da participação dos Conselhos Penitenciários no processo de execução penal: antecipam eles a participação da própria comunidade no processo de execução que, assim, sem perder as garantias próprias de seu estágio jurisdicional, passa a anunciar uma fase ainda mais evoluída, onde a comunidade possa reivindicar para si também as graves responsabilidades para com a sorte e reinserção social dos condenados. Pese a formalidade inerente à oitiva de mais um órgão de execução, porventura acarretando algum atraso no processamento judicial, trata-se de objetivar um democrático e sadio pluralismo no processo de execução penal que, por sua eloqüente natureza, não pode ser tratado como uma questão que diga respeito exclusivamente a Juízes, Promotores de Justiça e Advogados.

• "O Dec. 953/93 não exigiu a realização de exame criminológico para a concessão do indulto natalino, exame este indispensável apenas quando o sentenciado cometeu crimes com grave ameaça ou violência à pessoa. Aliás, a LEP não prevê a realização desse exame antes da concessão do indulto coletivo e, a rigor, para tanto sequer é expressamente indispensável o parecer do Conselho Penitenciário" (TJSP, 1.ª

C. Crim.; Ag. 167.695-3/0, São Paulo; j. 19.12.1994, v. u., Rel. Jarbas Mazzoni; red.).

33.14.2 Demora judicial

Nota: entendemos que o *habeas corpus* pode e deve ser empregado para o controle de demoras injustificadas no julgamento dos pedidos formulados ao Juízo da execução, obviamente quando se trata de condenados submetidos a cerceamento de sua liberdade de locomoção.

• "*Constitucional – Processual penal – Pedido de comutação de pena – Demora no julgamento* – Habeas corpus – *Meio impróprio.* O *habeas corpus*, ação constitucional destinada a afastar coação ou violência ao direito de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, não é instrumento processual próprio para ordenar urgência em julgamento de competência de instâncias inferiores. – *Habeas corpus* denegado" (STJ, 6.ª T.; HC 3.555, Bahia; j. 05.12.1995, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 11.03.1996, p. 6.658).

33.14.3 Instrução do pedido: ônus da parte

Nota: tratando-se de procedimento que teve início a pedido de qualquer das partes, deve esta providenciar sua exata instrução, socorrendo-se do Juízo da execução penal apenas quando justificadamente não tiver como superar os obstáculos porventura surgidos.

• "Não está o Juízo obrigado a providenciar a instrução de pedido de indulto pelo Dec. Presidencial 1.860/96, requisitando ao estabelecimento prisional o relatório disciplinar a que se refere o parágrafo único de seu art. 2.°, cabendo à Defesa, mesmo quando patrocinada pela Procuradoria de Assistência Judiciária, providenciar a juntada aos autos desse documento, ainda que o pedido seja feito com base no art. 103, I e II, da Lei Complementar 478/86, o qual atribui ao Procurador do Estado o poder de requisitar diligências às autoridades estaduais, diligências estas que não podem ser postergadas. De fato, essa Lei Orgânica da Procuradoria do Estado de São Paulo, e mesmo seja de que unidade federativa for, na medida em que é diploma legislativo estadual, jamais poderá se erigir à categoria de norma de processo, de índole evidentemente federal: só por aí já se vislumbra pressuposto jurídico equivocado. Ademais, o Juízo não está subordinado ao impulsionamento processual ou modo de peticionar do Procurador do Estado, cabendo ao próprio interessado, ou seus defensores, tomar as providências adequadas à instrução do pedido, mesmo porque são elas gratuitas e podem ser obtidas com um pouco de boa vontade. Por outro lado, quem dirige o processo é o juiz. E, gerindo-o, não há que ficar atrelado ao que a Procuradoria do Estado determine. Caso contrário, haveria flagrante inversão de posicionamento instrumental, de todo aberrante à própria lógica e ao bom senso, não cabendo à Procuradoria do Estado requisitar o que quer que seja ao Poder Judiciário. Norma que porventura determinasse medida dessa ordem, na medida em que criada por lei estadual, seria de ilegalidade manifesta mas, no caso, bem examinada a referida norma, sequer possui ela a amplitude que canhestramente se lhe pretende atribuir. Os dispositivos legais acima apenas estabelecem a obrigatoriedade de auxílio recíproco nas diversas esferas da Administração Pública, enquanto Poder Executivo, porém jamais enquanto Poder Judiciário. Ou, em outras palavras, o que deles se afere é que poderá o Procurador do Estado interessado requisitar *auxílio e colaboração das autoridades públicas, para o exercício de suas atribuições*, podendo também fazê-lo para obter as *competentes certidões, informações e diligências necessárias ao desempenho de suas funções*, tocando-lhe, finalmente, *utilizar-se dos meios de comunicações sociais quando o interesse o exigir*. O Juiz, todavia, não só não faz as vezes de *meio de comunicação social*, pois é órgão de soberania, com a função de dizer o direito e dirigir o processo, jungido não se achando a Procurador nenhum, como igualmente não se erige à condição de *autoridade pública* (vale dizer, não é funcionário da Administração estadual, mas sim órgão de poder) para ser obrigado a tomar esta ou aquela providência, em processo a seu cargo. Legislação estadual que determinasse o contrário, repita-se, seria verdadeiramente desbordante da própria Constituição pois, de exigência em exigência, de interferência em interferência, ao final só faltaria mandar o magistrado julgar o caso como a Procuradoria do Estado quisesesse. Assim, o impetrante, que quer compelir o

magistrado a tomar esta ou aquela providência no bojo de um processo judicial, tem a faca e o queijo na mão, mas deles não se vale, quiçá por comodismo. O Diretor da Penitenciária ou de outro estabelecimento prisional, incumbido de passar a certidão aqui objetivada, de cuja falta o processo se ressente, relativa à boa conduta do reeducando patrocinado pela PAJ é, sim, autoridade pública do Executivo, no sentido jurídico do termo: por que, então, não pedir diretamente ao Diretor a certidão faltante? A providência ainda é mais fácil se se atentar que, na comarca do estabelecimento, a PAJ atua e tem quadro próprio de funcionários. O problema, de qualquer modo, não é do Magistrado da execução, ora impetrado, que andou bem em indeferir o descabido pedido. Daí a denegação da ordem, que ora tem lugar" (TACRIM-SP, 7.ª C.; MS 291.654/0, São Paulo; j. 20.06.1996, v. u., Rel. Luiz Ambra; red.).

33.15 "Habeas corpus": meio inidôneo

Nota: aqui também, em princípio e a exemplo do que já se verificou quanto a outros institutos da execução penal, a ação de *habeas corpus* não é meio idôneo para o condenado postular a concessão do indulto ou da comutação.

• "A concessão de redução de penas pelo Dec. 668/92 não pode ser apreciada em *habeas corpus*, seja porque se trata de matéria a ser definida por decisão agravável, seja porque o deferimento do pedido exigiria profunda análise de prova para a verificação dos requisitos de ordem objetiva e subjetiva, análise esta incompatível com os estreitos limites do *mandamus*" (TACRIM-SP, 5.ª C.; HC 253.780/1, São Paulo; j. 18.02.1994, v. u., Rel. Heitor Prado; red.).

34. Procedimento Judicial em Geral

34.1 Princípios da economia, da informalidade e da celeridade

Nota: trata-se de princípios de suma relevância para o correto curso do processo de execução penal. Não bastasse nossa já caótica realidade prisional, acrescida dos seculares problemas da administração da justiça no Brasil, não raramente se encontram atrasos desnecessários provocados pelo Juízo da execução penal ou, então, pelos operadores do direito de execução penal (Promotores de Justiça e Advogados) sob o beneplácito daquele, a quem cabe, sabidamente, a presidência dos atos processuais. É óbvio que esses princípios encontram limites tão-somente em outros princípios igualmente relevantes, como os da ampla defesa e da ampla postulação, do contraditório etc. Em todo caso, ao postular diligências cabe à parte fundamentar sua postulação, também não esquecendo os ônus que decorrem ainda do princípio da eventualidade.

• "O processo de execução deve ser célere e pronta deve ser a resposta aos pedidos dos presos, até mesmo em prol da disciplina prisional. Assim, cabe ao juiz, observando os princípios da brevidade, da celeridade e da simplicidade, rejeitar dilações probatórias desnecessárias postuladas pelo Ministério Público que, de sua parte, deve precaver-se manifestando-se desde logo também quanto ao mérito dos pedidos, mesmo porque providências gratuitas contribuem para o caos já notório do sistema penitenciário" (TACRIM-SP, 16.ª C.; Ag. Exec. 968.235/1, São Paulo; j. 14.09.1995, v. u., Rel. Eduardo Pereira; tj 13.11.1995; red.).

34.2 Procedimento: oitiva das partes interessadas

Nota: v. nota ao item anterior.

• "Conforme dezenas de precedentes deste Tribunal, não comete ilegalidade o juiz que, em vista de requerimento do promotor de justiça, sem manifestação de mérito, logo aprecia o fundo da pretensão pois, se o órgão competente limita-se a requerer diligências sem ferir o mérito, expõe-se a ver a causa decidida pelo mérito íntimo" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 91.431-3, São Paulo; j. 04.07.1990, v. u., Rel. Djalma Lofrano; red.).

34.3 Recursos

34.3.1 Interesse

Nota: também na execução devem estar presentes os pressupostos recursais típicos.

• "Sendo uno o Ministério Público, carece de legítimo interesse recursal o promotor desde que, tendo o anterior opinado sobre o pedido, deixou de recorrer na época oportuna" (TACRIM-SP, 5.ª C.; Ap. 317.061-5, Capital; j. 14.02.1984, m. v., Rel. Adauto Suannes; RT 595/380).

34.3.2 Tempestividade

Nota: normalmente volumosos os autos do processo de execução, formados sempre por diversos apensos, é comum a parte manifestar-se por vistas em qualquer deles e deixar de interpor recurso em face de decisão já proferida em outro. Nesses casos, a rigor, submete-se ela à preclusão temporal do direito de recorrer.

• "Conhece-se do recurso quando há dúvida pairando sobre a tempestividade do agravo em execução, pois é preferível, em homenagem ao princípio da ampla defesa, admitir a irresignação" (TACRIM-SP, 5.ª C.; Ag. Exec. 780.691/7, São Paulo; j. 31.03.1993, m. v., Rel. Paulo Franco; tj 22.06.1993; red.).

• "Conforme precedentes, o agravo de execução, não regulamentado pela LEP, rege-se pelas normas do agravo de instrumento previstas no CPC, sendo de 5 dias o prazo para sua interposição" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 159.563-3/5, São Paulo; j. 08.08.1994, v. u., Rel. Jarbas Mazzoni; red.).

• "Não se conhece de recurso interposto pelo Ministério Público contra decisão de unificação de penas pela continuidade delitiva, datada de anos antes da interposição, quando, embora não haja certidão da respectiva intimação ao recorrente, desde então os Promotores lotados na Vara das Execuções já teriam tomado ciência, há muito, da decisão agravada, manifestando-se repetidamente nos autos do processo. Nessas circunstâncias, conhecer do recurso importaria estabelecer verdadeiro desequilíbrio de tratamento, no processo, entre o sentenciado e os órgãos do Estado encarregados de fiscalizar a execução da pena, premiando-se a desídia, não somente dos funcionários cartorários que não realizaram a intimação específica no momento oportuno, mas de todos os demais que, oficiando repetidamente nos autos, somente agora se deram conta daquela decisão" (TACRIM-SP, 4.ª C.; Ag. Exec. 1.030.177/0, São Paulo; j. 03.12.1996, v. u., Rel. Figueiredo Gonçalves; red.).

34.3.3 Procedimento: rito do agravo do processo civil

Nota: problemática das mais tormentosas diz respeito ao rito do agravo previsto no art. 197 da LEP, havendo duas posições bem definidas a respeito (aliás bem sintetizadas na ementa do julgado proferido no Ag. Exec. 1.017.619/6 (v. item 34.3.4 *infra*). De nossa parte, entendemos ser aplicável a esse agravo o rito do recurso em sentido estrito, seja porque assim o admite o art. 2.º da LEP; seja porque esse rito é mais adequado a processos de natureza penal, particularmente aqueles de interesse de pessoas presas e normalmente assistidas por defensoria dativa; seja porque assim está previsto nas normas de organização judiciária do Estado de São Paulo; seja, ainda, porque a Lei 9.139/95 trouxe um excessivo formalismo ao procedimento do agravo do processo civil que se mostra incompatível com os princípios da celeridade e da informalidade que devem reger o processo de execução penal.

• "A norma do art. 197 da LEP deve ser entendida com subsídio do art. 185 do CPC (TJSP, Ag. 63.396, RT 631/303), sendo de 5 dias o prazo do recurso. Tratando-se de Assistência Judiciária, ao lado da obrigatoriedade da intimação pessoal de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, conta-se em dobro os prazos (Lei 7.871/89) que, no caso, é de 10 dias" (TJSP, 3.ª C. Crim.; Ag. 181.435-3/8, São Paulo; j. 29.05.1995, v. u., Rel. Irineu Pedrotti; red.).

34.3.4 Procedimento: rito do recurso em sentido estrito

• "Como anotado por Júlio Fabbrini Mirabete (*Execução penal*, 5.ª ed., 1993, Atlas, p. 458), dispondo o art. 197 da LEP que das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo, não indicando qual o seu processamento, existe discussão sobre sua natureza e aplicação, entendendo alguns, fundados no art. 2.º da LEP, que devem ser aplicadas ao recurso de agravo, subsidiariamente, as disposições referentes ao recurso em sentido estrito, previsto no atual CPP,

sendo que, para outros, devem ser aplicadas, por analogia, as regras do agravo de instrumento do CPC quanto a prazos, ritos, requisitos, etc. A questão, até o advento da Lei 9.139/95, que deu nova redação aos arts. 523 e seguintes do CPC, que cuidam do agravo, não gerava muitos problemas ante a similitude de processamento desses dois recursos. Apesar disso, como ressalta o referido autor (nota 9 ao art. 197 da LEP), este E. Tribunal, pelo Assento Regimental 2/84, inseriu no art. 195, V, do Regimento Interno, o recurso de agravo de instrumento, com procedimento idêntico ao do recurso em sentido estrito. Também o E. Tribunal de Justiça de São Paulo fez consignar, no art. 825 de seu Regimento Interno, que o agravo atenderá, no que couber, ao disposto nos arts. 575 a 579 e 587 a 591 do CPP, sendo expresso o art. 828, do aludido regimento, no sentido de que *no Tribunal, o agravo será processado nos moldes dos recursos em sentido estrito e julgado por uma das Câmaras Criminais.* A guinada procedimental dada pela Lei 9.139/95 ao agravo, principalmente no que diz respeito ao seu endereçamento, devendo o recurso, agora, ser dirigido diretamente ao tribunal competente (CPC, art. 524), traz a questão novamente à baila, já que, na execução criminal, estando os sentenciados presos e havendo o costume de os recursos serem interpostos por simples anotação quando da intimação da decisão que lhes foi contrária (*apelo, agravo, quero recorrer, recorro*, etc.), em muitos casos, a rigidez da forma justificável no campo civil traria, no penal, prejuízos irreparáveis, pois o não conhecimento do recurso erigir-se-á em desprezo ao *status libertatis* do reeducando e à garantia da amplitude de defesa. Assim, no Protocolado 208.667, de 27.02.96, o MM. 2.° Vice-Presidente do e. Tribunal de Justiça de São Paulo indeferiu pedido de processamento do agravo em execução nos moldes estabelecidos no CPC, por estar ele indicando que, no campo penal, onde está em jogo a liberdade do cidadão, não se pode, pura e simplesmente, adotar procedimentos previstos para o processo civil. Ora, se por qualquer motivo a decisão de primeira instância deva ser modificada, fica claro que o não conhecimento do recurso interposto por simples termo nos autos implicaria sério cerceamento de defesa que nunca seria entendido por quem está por fora dos meandros do Direito, o que, como vem acontecendo, geraria insatisfação e revolta, sentimentos que, entre outros, têm dado causa às rebeliões de presos que vêm acontecendo diuturnamente. Portanto, entende-se que, em sede de execução penal, o agravo deve ser processado como recurso em sentido estrito, de modo a permitir necessária desformalização como meio imprescindível de fazer justiça, de modo a contribuir para a tão sonhada pacificação do ambiente carcerário" (TACRIM-SP, 16.ª C.; Ag. Exec. 1.017.619/6, São Paulo; j. 25.07.96, m. v., Rel. Mesquita de Paula; red.). Registra-se o r. voto vencido, assim declarado pelo Juiz Ubiratan de Arruda: "Mirabete, em comentários ao art. 197 da LEP, esclarece que alguns juristas entendiam aplicáveis subsidiariamente as regras do recurso em sentido estrito e outros preferiam valer-se, por analogia, quando a prazos, ritos, requisitos, etc, das regras do agravo de instrumento e acrescenta: *Concordamos com a segunda proposta já que, tendo o legislador utilizado a denominação específica de 'agravo', não previsto no Código de Processo Penal vigente, é correto recorrer à analogia com o Código de Processo Civil, que prevê tal espécie de recurso.* Historicamente, portanto, recorria-se subsidiariamente a um recurso similar do CPP ou por analogia ao agravo de instrumento do CPC, isto em razão de não existir uma lei que regulamentasse o então criado *agravo*. É bom que se diga, ainda, que a denominação de Agravo em Execução foi adotada pela jurisprudência, porquanto a LEP criou, em seu art. 197, o *agravo* como recurso adequado para as decisões sobre matéria ali disciplinada. Pois bem, agora a Lei 9.139/95, em seu art. 1.°, estabelece que o Livro I, Tít. X, Cap. II, do CPC, passa a vigorar *sob o título Do Agravo*. Eis, portanto, a lei nova e posterior que veio disciplinar o recurso de *agravo* criado pela LEP. Ao que se depreende, outra não foi a intenção do legislador. Em assim sendo, regem a matéria os arts. 524 e 525, § 2.°, do CPC, com a redação que lhes deu a Lei 9.139/95. Concluindo, entendo que o recurso correto seria mesmo o Agravo, tal como estabelecido na LEP, processado com a observância das regras dos arts. 524 e seguintes do CPC, com a redação dada pela Lei 9.139/95: na hipótese dos autos, diante da expressa e tempestiva manifestação do sentenciado em recorrer, só resta a nomeação de Advogado para arrazoar o inconformismo e endereçá-lo corretamente; é de considerar-se tirado tempestivamente o agravo e, suprida, assim, a incapacidade postulatória

de quem pretendeu recorrer e está preso, não se excluindo, inclusive, a possibilidade de conversão do julgamento em diligência" (red.).

34.3.5 Embargos infringentes e de nulidade em agravo: inadmissibilidade

Nota: a jurisprudência não vem admitindo a interposição de embargos infringentes quanto a decisões proferidas em agravo em execução, embora não nos pareça a melhor solução pois, como vimos (v. nota anterior), este deve ter o rito do recurso em sentido estrito para o qual se admite tais institutos.

• "O agravo em execução não admite embargos infringentes e de nulidade porque tais institutos não lhe foram previstos, sendo cabíveis apenas para as decisões não unânimes de segunda instância prolatadas em recursos em sentido estrito e em apelações, conforme o disposto no Cap. V do Título II do CPP e no art. 201 do Regimento Interno deste Tribunal" (TACRIM-SP, 7.ª C.; EInfrs. 490.229/4, São Paulo; j. 20.09.1990, m. v., Rel. Hélio de Freitas; tj 12.12.1991; red.).

• "Com o máximo respeito pelos ilustres defensores da tese contrária, entende-se ser incabível o oferecimento de embargos infringentes em caso de agravo em execução. Isso porque há expressa restrição legal às hipóteses de apelação e recurso em sentido estrito, o que torna incabível o recurso. Veja-se, a respeito, farta orientação doutrinária e jurisprudencial no voto vencedor do Eminente Desembargador Cunha Camargo, nos Embargos Infringentes 83.168-3, de São Caetano do Sul, publicado em RJTJESP 132/519. Não há que se falar que o agravo substituiu o recurso em sentido estrito e, por isso, que devessem ser admitidos os embargos. Quando da elaboração e vigência da LEP obviamente já existia a limitação legal e era ela de todos conhecida. Assim sendo, se o legislador preferiu optar pelo agravo e não cuidou de incluí-lo nas hipóteses de cabimento dos embargos infringentes, não se pode pura e simplesmente desprezar a letra taxativa da lei para dar-lhe interpretação extensiva contrária a essa mesma lei" (TJSP, 1.º G. C. Crim.; EInfr. 60.232-3/0-01, São Paulo; j. 26.10.1992, m. v., Rel. Ivan Marques; dtj; 1.ª inst. 241.211 – VEC/SP; red.).

34.4 Mandado de segurança

Nota: são bastante raros os casos de admissibilidade de mandado de segurança quanto a temas da execução penal, embora em princípio não estejam excluídos em absoluto.

34.4.1 Hipótese de admissibilidade

• "Decidir se alguém tem direito líquido e certo à prisão especial é questão a ser discutida em sede de mandado de segurança, quando a constrição à liberdade de locomoção já foi objeto de *habeas corpus* denegado" (TRF 1.ª Reg., 2.ª T.; MS 93.01.32776-7; j. 08.03.1994, v. u., Rel. Eustáquio Silveira; DJU 18.04.1994, p. 16.608; Bol. IBCCrim 16, maio 1994, p. 52).

34.4.2 Hipóteses de inadmissibilidade

• "É de ser denegada a ordem em mandado de segurança interposto pelo Ministério Público, legitimado para tanto pelo art. 128, § 5.º da CF e pelo art. 123, n.º 1, da Lei Complementar de São Paulo 743/93, visando alcançar o efeito suspensivo em recurso de agravo em execução penal interposto contra sentença concessiva do indulto, hostilizada por não observar as exigências da lei, já que o condenado não fora submetido a exames criminológicos e não trouxera prova alguma da reparação do dano, além de não demonstrar, como lhe cumpria, que seus filhos menores necessitavam de seus cuidados. Trata-se de matéria que tem todo o aspecto de mérito da decisão guerreada, devendo obter solução no momento mesmo de julgar-se o agravo interposto, sobretudo quando o Juiz de Direito impetrado diz em suas informações, com firmeza, que os requisitos mencionados foram devidamente analisados. A jurisprudência que a esse respeito se firmou é toda no rumo de somente conceder-se tal efeito suspensivo em casos absolutamente teratológicos, em que se evidencia, *prima facie*, a ilegalidade ou a monstruosidade da medida judicial adotada, cuja reparação se torne impossível ou imensamente dificultada na hipótese de provimento do recurso proposto. Quando porém o foco da discussão está em a decisão da qual pende agravo em execução penal haver sido tomada ou não ao arrepio da prova, essa matéria puramente meritória deve ser, por isso mesmo,

devidamente pesquisada quando do julgamento próprio do recurso" (TJSP, 6.ª C. Crim.; MS 202.074-3/0, São Paulo; j. 18.04.1996, v. u., Rel. Djalma Lofrano; red.).

• "Não se outorga o *writ* em mandado de segurança para o deferimento de efeito suspensivo ao agravo interposto pelo Ministério Público, contra decisão que concedeu a transferência a sentenciado, condenado neste Estado, para que ele cumpra o restante de sua pena no Estado de Mato Grosso do Sul, onde tem familiares. É cediço que o mandado de segurança não é remédio adequado a dar suspensividade a recurso que não o tem. Excepcionalmente, apenas em casos teratológicos, é que se tem permitido o uso do *mandamus*, desde que ocorram os pressupostos legais, a fim de que o direito do impetrante não pereça. Esse porém não é o caso de impetração como a presente. Primeiramente, porque o cumprimento de pena em outro Estado, que não aquele onde o crime ocorreu, está expressamente previsto no art. 86 da LEP. Segundo, porque a aludida transferência, contra a qual já foi interposto regular recurso de agravo, poderá ser, a qualquer tempo, revogada, não havendo possibilidade do *periculum in mora*. Portanto, inexiste direito líquido e certo do Ministério Público, a ser amparado pelo remédio heróico, denegando-se assim a impetração" (TJSP, 6.ª C. Crim.; MS 207.026-3/9, São Paulo; j. 13.06.1996, v. u., Rel. Nélson Fonseca; red.).

• "*Mandado de segurança – Pretendido efeito suspensivo a agravo em execução – Decisão que promoveu reeducando ao regime semi-aberto Não caracterização do* periculum in mora. *Segurança denegada.* A excepcionalidade na admissão do mandado de segurança contra ato judicial pressupõe ilegalidade ou abuso de poder, além de se evidenciar de plano a iminência de irreversível dano à situação jurídica" (TJSP, 3.ª C. Crim.; MS 210.271-3/3, São Paulo; j. 26.08.1996, v. u., Rel. Gonçalves Nogueira; red.).

34.5 "Habeas corpus" em geral

34.5.1 Hipóteses de admissibilidade

• "*Penal – Processual – Progressão – Livramento condicional* – Habeas corpus – *Recurso.* Havendo injustificada demora na apreciação de pedidos de progressão de regime prisional, livramento condicional e comutação de penas, concede-se a ordem, sem supressão de instância, para que, de ofício, se instaurem os procedimentos necessários à concessão do livramento condicional e da redução de pena ao paciente, observando-se evidentemente todos os requisitos legais. Recurso conhecido e provido" (STJ; RHC 1.414, São Paulo; j. 04.12.1991, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 16.03.1992, p. 3.103; *apud* TORON, Alberto Zacharias; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, Revista dos Tribunais; número especial de lançamento; p. 255).

• "O agravo de que trata o artigo 197 da LEP pode ser substituído pelo *habeas corpus*" (STJ, 5.ª T.; RHC 3.355-0, Rio Grande do Sul; Rel. Jesus Costa Lima; DJU 28.03.1994, p. 6.334).

• "*Processual penal e execução – Decisão agravável – Cabimento do habeas corpus.* O fato de a Lei de Execução Penal prever o cabimento de agravo contra as decisões do juízo das execuções jamais pode constituir, por si só, motivo para que o Tribunal deixe de conhecer do *habeas corpus*. A ser assim, também quando interposta apelação ou recurso em sentido estrito, a parte ficaria impedida de requer o *writ*, embora sofrendo coação ilegal ou violência à sua liberdade de ir e vir. Recurso conhecido, com baixa dos autos para que o Tribunal aprecie o mérito da impetração" (STJ, 5.ª T.; RHC 4.689/9; j. 07.08.1995, Rel. Jesus Costa Lima; DJU de 28.08.1995, p. 26.644; Bol. IBCCrim 34, out. 1995, p. 110).

• "*HC – Constitucional – Processual penal – Execução da pena.* O *Habeas corpus*, em tese, é ação idônea para debater tema de cumprimento da pena" (STJ, 6.ª T.; HC 4.073, São Paulo; j. 27.02.1996, v. u., Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro; DJU 27.05.1996, p. 17.917).

• "*Penal* – Habeas corpus – *Regime prisional – Substituição recursal – Meio adequado.* Não obsta o uso de *habeas corpus* para o exame de questões sobre a verificação do regime de cumprimento da pena, a previsão de outro recurso (agravo) não utilizado. Recurso

provido em parte" (STJ, 6.ª T.; RHC 5.421, São Paulo; j. 30.04.1996, v. u., Rel. William Patterson; DJU 10.06.1996, p. 20.394).

34.5.2 Hipóteses de inadmissibilidade

• "Quanto ao livramento condicional, o *writ* não pode ser conhecido por se tratar de substitutivo de recurso ordinário contra decisão, em *habeas corpus*, de Tribunal de Justiça, sendo esta Corte incompetente para processá-lo e julgá-lo originariamente. Também é esta Corte incompetente para processar e julgar originariamente o *writ* no tocante à decisão do juiz da execução que unificou as condenações do paciente. Para não prejudicar o ora paciente, a alegação de nulidade por colidência de defesas deve ser deixada para o exame em revisão criminal que tramita no Tribunal de Alçada Criminal. Irresignação contra exigência de membro de Tribunal, e que, portanto, deveria ser objeto de *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça, mas que se acha prejudicada. *Habeas corpus* não conhecido" (STF, 1.ª T.; HC 70.905-2, São Paulo; j. 27.09.1994, v. u., Rel. Moreira Alves; Bol. AASP 1938, 14 a 20.02.96, p. 14-e).

• "*Direito penal e processual penal. Habeas corpus* contra acórdão que cassou o benefício de prisão albergue domiciliar. Alegação de constrangimento ilegal porque, com esse desfecho, ficou obstado o cômputo do tempo durante o qual o paciente gozou de tal benefício, por decisão do Juiz de 1.º grau. Alegação repelida. Não havendo, no acórdão impugnado, qualquer afirmação incidente e muito menos decisão sobre não se poder computar, como tempo de cumprimento da pena, aquele durante o qual o paciente esteve em gozo de benefício de prisão albergue domiciliar, é prematura a impetração de *habeas corpus*, baseada em mera inferência do próprio paciente e não em ato do juiz ou do Tribunal. *H. C.* não conhecido" (STF, 1.ª T.; HC 73.042-6, São Paulo; j. 23.02.1996, v. u., Rel. Sydney Sanches; DJU 29.03.1996, p. 9.345).

• "*Processual penal* – Habeas-corpus – *Sentença condenatória – Pena integralmente cumprida – Constrangimento ilegal – Inexistência – Prescrição.* Na hipótese de integral cumprimento da pena imposta em sentença criminal, desaparece o fundamento de eventual constrangimento ilegal, passível de reparação por via de *habeas corpus*, que não é remédio processual para se obter mera declaração de prescrição da ação penal, sem qualquer repercussão no direito de locomoção. *Habeas corpus* denegado" (STJ, 6.ª T.; HC 4.430, São Paulo; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 20.05.1996, p. 16.741).

• "*Criminal – Prescrição retroativa – Controvérsia factual. Habeas corpus.* Acerto do não conhecimento, por se tratar de matéria envolta em controvérsia factual imprópria de deslinde em via tão sumária" (STJ, 5.ª T.; RHC 5.401, São Paulo; j. 16.04.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 20.05.1996, p. 16.722).

• "*Criminal – Condenação – Revelia – Prescrição. Habeas corpus.* Reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, sobre não servir o *writ* para exame da matéria de prescrição" (STJ, 5.ª T.; RHC 5.424, São Paulo; j. 07.05.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 03.06.1996, p. 19.265).

34.5.3 Generalidades

• "*Processual penal* – Habeas corpus – *Constrangimento ilegal – Extinção da punibilidade.* 1. Cabe ao Tribunal de Alçada examinar o alegado constrangimento ilegal, decorrente da demora, no Juízo das Execuções Penais, em decidir pedido de extinção de punibilidade formulado pelo réu. 2. Ordem não conhecida" (STJ, 6.ª T.; HC 3.857, São Paulo; j. 12.09.1995, v. u., Rel. Anselmo Santiago; DJU 1.º.04.1996, p. 9.942).

• "*Habeas corpus.* Não se conhece do presente *habeas corpus* quanto à alegação de o paciente estar cumprindo pena em regime mais gravoso do que o fixado na sentença, porquanto diz ele respeito a coação que, se existente, é de ser imputada ao Juiz das Execuções Penais, sendo, portanto, esta Corte incompetente para julgá-lo originariamente" (STF, 1.ª T.; HC 73.102-3, Mato Grosso do Sul; j. 06.02.1996, v. u., Rel. Moreira Alves; extraído de DJU 19.04.1996, p. 12.215).

• "*DESPACHO:* Trata-se de *habeas corpus* apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da Vara das Execuções Penais de

Curitiba-PR. Determino, pois, a sua remessa ao Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, competente para decidir sobre o pedido como achar de direito. Publique-se. Brasília, 23 de fevereiro de 1996. Ministro José Dantas" (STJ; HC 4.270, Paraná; DJU 29.02.1996, p. 4.915).

• *"DESPACHO:* Vistos, etc. Rivair Castanho Marcondes, condenado a seis anos de reclusão por prática de homicídio, impetra *habeas corpus* contra ato omissivo do Juízo das Execuções Penais da Comarca de Curitiba – Paraná, que não aprecia seu pedido de indulto, requerido em novembro de 1994. Alega que já cumpriu mais de quatro anos e está a sofrer constrangimento ilegal porque o seu pleito nem é apreciado nem decidido pela autoridade impetrada. O pedido é instruído com prova idônea de suas alegações. Todavia, o ato omissivo atacado emana de Juiz de Direito, o que afasta a competência deste Tribunal para conhecer do *writ*, por não se ajustar às hipóteses inscritas no art. 105, I, *c*, da Carta Magna. A competência, no caso, é do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Isto posto, não conheço do *habeas corpus* e ordeno a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Publique-se. Intime-se. Brasília-DF, em 26 de fevereiro de 1996. Ministro Vicente Leal" (STJ; HC 4.410, Paraná; DJU 06.03.1996, p. 5.844).

• *"DESPACHO:* Vistos, etc. Cuida-se de *habeas corpus* impetrado, em benefício próprio, por Valdir Ferreira, indicando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Alega estar sofrendo constrangimento ilegal em virtude de ter sido condenado a cumprir pena em regime semi-aberto e já ter condições de obter a progressão ao regime aberto, embora, até hoje, ainda se encontre no regime fechado. As informações da autoridade apontada como coatora esclarecem que a sentença que fixou o regime semi-aberto para o paciente foi reformada em grau de apelação. A Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Wagner Natal Batista, opinou no seguinte sentido (fls. 125): *Não se instala,* in casu, *a competência desta Corte Suprema para analisar e julgar o* writ. *É que a coação, se existente, deve ser imputada ao juízo das execuções criminais, a quem compete decidir, em primeira instância, acerca da possibilidade de progressão de regime prisional. Ademais, engana-se o paciente quando diz que o regime estabelecido para o cumprimento da pena foi o semi-aberto. Na verdade, de acordo com as informações prestadas, o paciente, acusado da prática de roubo qualificado, foi condenado em primeira instância, às penas de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime semi-aberto, mais multa. Ocorre que, tendo o Ministério Público apelado da sentença condenatória, a E. Segunda Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso para elevar a pena privativa de liberdade a 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, determinando que o regime inicial para o cumprimento da pena fosse o fechado. Com estas considerações, opina o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do pedido.* Em tal circunstância, não há como se dar trânsito ao pedido no âmbito desta Corte, visto que inexiste, no caso, qualquer ato que possa conduzir à competência deste Tribunal para processar o *writ* (CF, art. 102, I, *i*). Por isso, se coação existe – considerando o tema discutido nos autos –, há que ser atribuída ao juízo das execuções criminais, cabendo, em conseqüência, ao Tribunal de Justiça examinar a questão, como achar de direito. Ante o exposto, com fundamento no art. 21, § 1.°, do RI/STF e no art. 38 da Lei 8.038/90, nego seguimento ao *habeas corpus*. Remetam-se os autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Publique-se. Brasília, 07 de março de 1996. Ministro Ilmar Galvão, Relator" (STF, HC 73.448-1, São Paulo; DJU 14.03.1996, p. 7.086).

• *"DESPACHO:* Vistos, etc. *Habeas corpus* impetrado por Alfredo José Calado, em causa própria, contra ato do Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais de São Paulo que indeferiu o pedido de progressão ao regime semi-aberto formulado pelo sentenciado. É o relatório. No presente caso, a ordem foi impetrada contra ato de Juiz de Direito. Evidencia-se, assim, a incompetência do Superior Tribunal de Justiça, ao qual segundo o art. 105, I, *c*, da Constituição Federal, cabe apreciar os *habeas corpus* quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea *a* daquele mesmo inciso, ou quando o coator for Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. Remetam-se os autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Publique-se. Brasília, 15 de março de 1996. Ministro Luiz Vicente

Cernicchiaro" (STJ; HC 4.269, São Paulo; DJU 26.03.1996, p. 8.867).

• *"Direito constitucional e processual penal. Habeas corpus.* Competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *i*, da Constituição Federal). 1. Não impugnando o paciente julgado de qualquer Tribunal e mostrando-se inconformado, apenas, com a forma pela qual está sendo executada a pena, que lhe foi imposta, eventual constrangimento ilegal decorre de ação ou omissão de Juiz de 1.º grau. 2. Nesse caso, não compete, originariamente, ao S.T.F., o processo e julgamento do *Habeas Corpus* (art. 102, I, *i*, da Constituição Federal). 3. *H. C.* não conhecido, remetidos os autos ao Tribunal de Justiça do Estado ao qual vinculada a autoridade judiciária de 1.ª instância" (STF, 1.ª T.; HC 73.473-1, Paraná; j. 26.03.1996, v. u., Rel. Sydney Sanches; DJU 17.05.1996, p. 16.328).

• *"DESPACHO:* Vistos, etc. Condenado por homicídio (CP, art. 121), em grau de apelação, a 19 (dezenove) anos de reclusão, regime fechado, Ednardo Silva de Araújo, 42 (quarenta e dois) anos, impetra *habeas corpus* reclamando que, passados mais de 10 (dez) dias, o Acórdão ainda não foi publicado e que já tem direito ao regime semi-aberto do qual precisa para freqüentar o curso superior em que está matriculado. Diz que precisa do Acórdão publicado para postular a progressão ao regime semi-aberto. Pede liminar. Indefiro a liminar, à falta dos pressupostos legais – *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Peçam-se informações à autoridade apontada como coatora. Após, juntadas, sigam ao Ministério Público Federal. Publique-se. Brasília, 27 de março de 1996. Ministro Edson Vidigal" (STJ; HC 4.486, Rio Grande do Norte; DJU 06.05.1996, p. 14.541).

• *"DESPACHO:* Vistos etc. O Supremo Tribunal Federal não é competente para processar e julgar, originariamente, *habeas corpus* quando a autoridade coatora for juiz singular, por indeferir pedido de progressão de regime prisional, ou a Equipe Técnica de Classificação (art. 102, I, da CF). Nestes termos e com base no art. 21, § 1.º, do RISTF, nego seguimento ao pedido no âmbito desta Corte, e determino a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para proceder como entender de direito. Intime-se e envie-se cópia desta decisão ao paciente. Brasília, 28 de março de 1996. Ministro Maurício Corrêa, Relator" (STF; HC 73.820-6, São Paulo; DJU 09.04.1996, p. 10.594).

• *"DESPACHO:* Vistos, etc. O impetrante está preso, cumprindo pena na Casa de Prisão Provisória de Goiânia, GO. Diz que está marcado para morrer e pede para ser transferido para a 8.ª Delegacia, na Capital. Queixando-se do Juiz da Vara de Execuções Penais, que indeferiu o pedido de transferência, impetra este *habeas corpus* para ter garantida a transferência. A competência para este *Habeas Corpus* é do Tribunal de Justiça de Goiás. Nesta instância, nego seguimento ao pedido. (RI-STJ, art. 34, XVII, § único). Sigam os autos ao Tribunal estadual. Publique-se. Brasília-DF, 08 de abril de 1996" (STJ; HC 4.508, Goiás; DJU 06.05.1996, p. 14.541).

• *"DESPACHO:* Vistos, etc. Sentenciado sob acusação de triplo homicídio a 54 (cinqüenta e quatro) anos de reclusão, já tendo cumprido 04 (quatro) anos, Juarez da Silva Guimarães, ex-Agente de Polícia de 3.ª Classe, em Goiás, quer *habeas corpus* para dar continuidade aos seus estudos de História na Universidade Federal. A autoridade apontada como coatora é o Juiz da Vara de Execuções Penais; por isso a competência para conhecer e julgar este *habeas corpus* é do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Nesta instância, nego seguimento ao pedido (RI-STJ, art. 34, XVII, § único). Sigam os autos ao Tribunal estadual. Publique-se. Brasília-DF, 12 de abril de 1996. Ministro Edson Vidigal" (STJ; HC 4.509, Goiás; DJU 06.05.1996, p. 14.541).

• *"'Habeas corpus' – Regime prisional – Reforma para pior – Princípio tantum devolutum quantum appellatum'.* Ao modificar o regime prisional fixado na sentença, o tribunal de origem foi além do pedido, agravando a situação do condenado. Ofensa ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum.* Ordem concedida" (STF, 2.ª T.; HC 73.291-7, v. u., Rel. Francisco Rezek; DJU 19.04.1996, p. 12.217).

• *"DESPACHO:* O *habeas corpus* ataca acórdão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, proferido nos autos do Agravo em Execução 706.879/1. Nessa hipóte-

se, incompetente é esta Corte para apreciá-lo, segundo orientação do STF. Pelo exposto, determino a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal. P. e I. Brasília, 29 de abril de 1996. Ministro Assis Toledo" (STJ; HC 4.331, São Paulo; DJU 06.05.1996, p. 14.541).

• *"DESPACHO:* Vistos. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Fábio Vicente Vieira, que se encontra preso, em cumprimento da pena de quatro anos de reclusão, que lhe foi imposta pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pelo crime previsto no art. 12, *caput*, c/c o art. 18, III, da Lei 6.368/76. Diz o impetrante que, ciente de que é demorada a tramitação do processo de livramento condicional, requereu desde 1994 sua remoção para um presídio, a fim de ser submetido aos necessários exames para possibilitar sua soltura ao completar 2/3 da pena, o que ocorreu em 28.01.1996. Como até a presente data não foi providenciada a remoção que vem pleiteando, requer a concessão da ordem para que o paciente *seja posto em liberdade condicional com a máxima urgência, independentemente da realização dos r. exames de avaliação do mérito.* O *writ* foi impetrado originariamente perante o Egrégio STJ, que encaminhou os autos a esta Corte (fls. 15). O eminente Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro prestou informações, esclarecendo: *1. O paciente foi condenado a quatro anos de reclusão, em regime fechado, pelo crime de tráfico de entorpecentes em concurso de agentes (artigos 12, 'caput' c/c 18, III, da Lei Federal 6.368). A condenação emanada da 3.ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça transitou em julgado e o processo está na Vara de Execuções Penais deste Estado. O cumprimento da pena corporal terá seu termo final em 23 de maio de 1997. 2. Foram ajuizados perante a 3.ª Câmara Criminal dois pedidos de* habeas corpus, *visando 'a liberdade condicional de plano independentemente da realização dos exames' (sic). O Juiz das Execuções ao prestar as informações esclareceu que o apenado já havia sido transferido, em 19 de janeiro de 1996, para o Presídio Ary Franco do DESIPE. Nessa unidade penitenciária ele está sendo submetido aos exames necessários à instrução do benefício. 3. O relator dos dois* habeas corpus, *Desembargador Dilson Navarro, nos termos do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, julgou prejudicados os dois* writs, *conforme decisão de 13 de fevereiro de 1996. Os impetrantes voltaram a peticionar nos autos, sendo o pleito recebido como agravo regimental. Tal recurso ainda não foi julgado pela Egrégia Terceira Câmara Criminal deste Tribunal* (fls. 24/26). Oficiando às fls. 28/29, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral Edinaldo de Holanda Borges, o Ministério Público opina no sentido de que sejam os autos devolvidos ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por entender que *não há na postulação vertente impugnação aos termos da decisão colegiada do Egrégio Tribunal, que condenou o réu ao cumprimento de pena restritiva de liberdade. O que se perquire é ato do Juízo de Execução, que o Egrégio Tribunal não conheceu, na via do* habeas corpus. Conclui o parecer que a presente postulação *constitui substituição do recurso ordinário constitucional, em sede de habeas corpus.* Isto posto, decido. A impetração não ataca o acórdão que condenou o paciente. Limita-se a alegar que ele já cumpriu 2/3 da pena, e que há demora na concessão da liberdade condicional a que entende fazer jus, pelo que requer que o benefício lhe seja concedido pelo Supremo Tribunal Federal, sem os exames de avaliação exigidos. Pelo que consta das informações prestadas pelo Presidente do TJ/RJ, os dois *habeas corpus* impetrados em favor do paciente, com vistas à sua liberdade condicional, independentemente da realização dos exames, foram julgados prejudicados, em face das informações prestadas pelo Juízo das Execuções, no sentido de que o paciente já havia sido transferido para o Presídio Ary Franco e que estava sendo submetido aos exames necessários à instrução do benefício. Trata-se, por isso, de impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional, da competência do Superior Tribunal de Justiça (C. F., art. 105, II, *a*). A competência, pois, no caso, é daquela Egrégia Corte. Remetam-se-lhe estes autos. Publique-se. Brasília, 30 de abril de 1996. Ministro Carlos Velloso, Relator" (STF; HC 73.678-5, Rio de Janeiro; DJU 23.05.1996, p. 17.269).

• *"DESPACHO:* Vistos. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Jesus Aparecido Joaquim de Oliveira, em que se

alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em virtude da sustação do livramento condicional, pelo Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Capital, decisão que a Egrégia Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve, ao julgar *habeas corpus* impetrado em favor do paciente (fls. 105/109). O eminente 2.º Vice-Presidente do Egrégio TJ/SP prestou informações, esclarecendo sobre a situação jurídica do paciente: *(...) 1. O paciente cumpre pena total de quinze anos, cinco meses e vinte e quatro dias de reclusão, com término previsto para 29.08.1997. Atualmente se encontra recolhido no Centro de Readaptação da Penitenciária de Taubaté, em regime fechado. 2. Aos 13.06.1995, foi concedido ao paciente o Livramento Condicional. Antes da formalização do benefício, vieram aos autos da Execução Penal 191.127, que se processa perante a Vara das Execuções Criminais da Comarca da Capital, notícia de envolvimento do paciente na rebelião na Casa de Detenção de Hortolândia, onde se encontrava recolhido, entre os dias 20 e 21.06.1995, sendo preso em flagrante delito. 3. Com a informação trazida pela administração do presídio, foi o benefício concedido ao paciente cautelarmente sustado, na data de 12.07.1995. Decisão unânime da Colenda Sexta Câmara Criminal deste Tribunal deixou de conhecer de* Habeas Corpus *impetrado em favor do paciente pelo restabelecimento do benefício, em 26.10.1995. O recurso ordinário constitucional tirado contra o v. acórdão não teve prosseguimento, indeferido por intempestividade, em despacho desta Segunda Vice-Presidência, na data de 26.01.1996. 4. Em 09.01.1996, o MM. Juiz da Vara das Execuções Criminais tornou insubsistente a decisão concessiva de Livramento Condicional até o julgamento da ação penal intentada contra o paciente. Atualmente o feito aguarda manifestação final da Defesa em pedido de restabelecimento do benefício por ela formulado.* Do exposto, decido. Tem-se, no caso, conforme registra o parecer do Ministério Público, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional, da competência do Superior Tribunal de Justiça (C. F., art. 105, II, *a*). A competência, pois, no caso, é daquela Egrégia Corte. Remetam-se-lhe estes autos. Publique-se. Brasília, 13 de maio de 1996. Ministro Carlos Velloso, Relator" (STF; HC 73.606-8, São Paulo; DJU 23.05.1996, p. 17.268).

35. Reabilitação criminal

35.1 Natureza jurídica

Nota: embora via de regra apresentado e processado perante o Juízo de conhecimento que prolatou a decisão condenatória, a rigor a reabilitação criminal é instituto típico do direito de execução penal.

• "O perdão judicial tem maior alcance, é mais abrangente e mais suave para o interessado, do que a mera reabilitação, principalmente tendo em vista os preceitos dos arts. 748 do CPP e 202 da Lei 7.210/84. Na verdade, a reabilitação elimina apenas alguns efeitos secundários da condenação (art. 93, CP), enquanto o perdão judicial extingue todos os efeitos da condenação" (TACRIM-SP, 1.ª C.; RO 910.063/5; j. 03.08.1995, v. u., Rel. Di Rissio Barbosa; Bol. IBCCrim 35, nov. de 1995, p. 114).

35.2 Ausência de ressarcimento do dano: indeferimento

• "Se o crime foi de natureza sexual, contra menor honesta, seduzida por promessa de matrimônio, e o qual não foi reparado pelo casamento, (para a reabilitação criminal) é devida indenização sob a forma de dote, que a ofendida tem o direito de receber do ofensor, nos expressos termos do art. 1.548, I e III, do Código Civil" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Rec. 193.571-3, Osasco; j. 13.11.1995, v. u., Rel. Marcial Hollanda; Bol. IBCCrim 38, fev. de 1996, p. 127).

35.3 Recurso de ofício

Nota: tema sempre polêmico é o que diz respeito ao recurso de ofício da decisão concessiva da reabilitação pois, pese a literalidade da lei processual penal, há quem entenda com boas razões que, na nossa atual sistemática, o recurso de ofício é incompatível com a titularidade da ação penal pública incondicionada que se reserva, com exclusividade, ao Ministério Público.

35.3.1 Admissibilidade

• *"Reabilitação – Reexame necessário – A Lei 7.210/84 não revogou, nem tácita*

nem expressamente, o art. 746 do CPP – Recurso conhecido" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Rec. 202.082-3, São Paulo; j. 13.06.1996, v. u., Rel. Djalma Lofrano; Bol. TJSP 18/11).

35.3.2 Inadmissibilidade

• "Em sede de reabilitação não tem lugar a interposição de recurso de ofício, pois é impossível a coexistência da remessa oficial prevista no art. 746 do Cód. Proc. Penal com a prevalente sistemática de ordem constitucional, que baniu o sistema inquisitivo da administração da Justiça Criminal, implantando-se tão-somente o sistema acusatório" (TACRIM-SP, 4.ª C.; RO 756.543; j. 15.12.1992, m. v., Rel. Passos de Freitas; Bol. IBCCrim 19, agosto 1994, p. 62).

• "*Revogação do recurso de ofício – CF, art. 129, I, e CPP, art. 746.* A CF/88 estabeleceu ser a iniciativa da ação penal privativa do Ministério Público. Sendo o recurso de ofício uma forma de iniciativa da ação, que faz prosseguir o exercício da jurisdição, tem-se como revogados os dispositivos da lei processual penal que determinam a obrigatoriedade de sua interposição pelo Juiz (na reabilitação criminal)" (TRF 4.ª Região, 1.ª T.; Rec. *Ex Officio* 93.04.38348.0, Porto Alegre; j. 14.03.1995, m. v., Rel. Ivo Tolomini; DJU de 26.04.1995, p. 24.318; Bol. IBCCrim 32, agosto 1995, p. 108).

35.4 Renovação do pedido: admissibilidade

• "*Reabilitação – Pedido renovado – Apresentação de novos documentos.* Provido o recurso *ex officio* no primeiro processado de Reabilitação, por insuficiência de prova, veio o pedido a ser renovado, agora com novos documentos. Atendidas as exigências legais (art. 652, alíneas *a*, *b*, *c* e *d*, do CPPM), o Tribunal mantém a Reabilitação decretada no Juízo *a quo*. A Reabilitação refere-se à condenação na Justiça Militar da União. Decisão unânime" (STM; Rec. 6.274-8, Rio de Janeiro; j. 12.03.1996, Rel. Aldo da Silva Fagundes; DJU 10.04.1996, p. 10.906).

35.5 Insubsistência do instituto após a LEP

Nota: há também quem entenda que o instituto da reabilitação criminal não prospera à vista do texto legal mais recente da LEP (posicionamento que não nos convence à vista da disposição específica do parágrafo único do art. 93 do Código Penal, tratando de tema estranho ao ambiente mais restrito do art. 202 da LEP e, eventualmente, justificando um interesse específico na reabilitação).

• "1. Em face da Lei 7.210/84, que disciplinou, por inteiro, a execução penal, não sobrevive o instituto da reabilitação, como previsto no art. 743 e segs. do CPP. 2. O art. 202 da LEP determina que, cumprida ou extinta a pena, é vedada qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei. 3. Desnecessidade do procedimento antigo previsto para a reabilitação e, também, do recurso de ofício" (TRF 1.ª Região/Brasília, 4.ª T.; Rec. *Ex Officio* 94.01.34562-7; j. 29.03.1995, v. u., Rel. Eustáquio Silveira; DJU de 27.04.1995, p. 24.659; Bol. IBCCrim 29, maio 1995, p. 98).

35.6 "Habeas corpus": inadmissibilidade

Nota: efetivamente, não se vislumbra hipóteses de cabimento de *habeas corpus* quanto a temas próprios da reabilitação criminal.

• "*Habeas corpus – Pedido de reabilitação – Acórdão que, provendo recurso de ofício, cassou a reabilitação.* 2. Não conhecimento de *habeas corpus*, na espécie, por não ocorrer constrangimento à liberdade de ir e vir do paciente. A reabilitação pressupõe a extinção da pena por seu cumprimento" (STF, 2.ª T.; HC 72.360-2, São Paulo; j. 23.08.1994, v. u., Rel. Néri da Silveira; DJU 08.03.1996, p. 6.239).

36. Temas Diversos

36.1 Conceitos de maus antecedentes e de reincidência

Nota: embora cotidiano na terminologia do legislador, e bem ao contrário do que ocorre com

a reincidência, não há um conceito exato e material de "maus antecedentes", pese a gravidade dessa categoria estabelecida na lei penal, inclusive no direito de execução penal. Devido a sua relevância para diversos institutos da execução penal, alguns pontos merecem ser ressaltados:

a) simples inquéritos policiais e simples processos criminais em andamento (com ou sem sentença condenatória ainda não definitiva) não podem desabonar os antecedentes de quem quer que seja: sobre isso impera a lúcida e irretorquível presunção constitucional de inocência;

b) se a lei penal admite o período depurador para a reincidência (sem dúvida mais gravosa do que os "maus antecedentes"), evidentemente condenações anteriores depuradas quanto à reincidência não podem desabonar os antecedentes de quem quer que seja;

c) se a omissão legislativa quanto ao conteúdo dos maus antecedentes serviu para alguma coisa no sistema do direito penal, certamente foi para bem advertir que não se deve construir ao redor dessa categoria um conceito puramente aritmético, mas sim baseado em critérios qualitativos e racionais de avaliação.

• *"Maus antecedentes – Desconsideração destes no prazo prescricional da reincidência.* O art. 64, I, CP, determina que, para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração anterior houver decorrido período superior a 5 (cinco) anos. O dispositivo se harmoniza com o Direito Penal e Criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo. Transcorrido o tempo referido, sem outro delito, evidencia-se ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a justiça penal. A conclusão é válida também para os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada" (STJ, 6.ª T.; RHC 2.227-2, Minas Gerais; j. 18.12.1992, m. v., Rel. design. Vicente Cernicchiaro; DJU 29.03.1993, p. 5.267; *apud* TORON, Alberto Zacharias; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, Revista dos Tribunais; v. 2, abril-junho 1993, p. 240).

• "O art. 64, I, C.P. determina que, para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior houver decorrido período superior a 5 (cinco) anos. O dispositivo se harmoniza com o direito penal e a criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo. Transcorrido o tempo referido, sem outro delito, evidencia-se a ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a justiça penal. A conclusão é valida também para os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada" (STJ, 6.ª T., RHC 2.227-2, Minas Gerais; Rel. Pedro Acioli; DJU 29.03.1993, p. 5.267).

• "Mau antecedente é fenômeno ocorrente na experiência jurídica. Acontecimento histórico. Como tal, identificável no tempo e no espaço. Cumpre ser explicitado na sentença. O Direito é fato e norma (valorados)" (STJ, 6.ª T.; RHC 2.533-9, Espírito Santo; Rel. Vicente Cernicchiaro; DJU 29.03.1993, p. 5.268).

• "O princípio da presunção de inocência significa que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Vale dizer, nenhuma sanção criminal poderá ser imposta, ou extrair efeito jurídico próprio da condenação. Assim, logicamente, estar o réu indiciado, ou denunciado (em outro processo) não pode conduzir à conclusão de maus antecedentes. Constituiria, sem dúvida, a condenação hipotética e antecipada" (STJ, 6.ª T.; RHC 2.702-6, Pará; Rel. Vicente Cernicchiaro; DJU 28.06.1993, p. 12.901).

• "Processos em andamento não se erigem em *maus antecedentes*, por força do princípio constitucional da presunção de inocência, já que sempre presente a possibilidade de uma absolvição" (TACRIM-SP, 5.ª C.; HC 251.236; j. 10.11.1993, v. u., Rel. Ivan Marques; Bol. IBCCrim 15/47).

• "1. Inquérito policial arquivado por haver sido extinta a punibilidade pela prescrição, não pode ser considerado como antecedentes para efeito do art. 59 do CP" (TRF 4.ª Reg., 2.ª T.; Ap. 95.04.46130-1, Rio Grande do Sul; j. 14.12.1995, m. v., Rel. designado Dória Furquim; DJU 14.02.1996, p. 7.365; Bol. IBCCrim 40, abril 1996, p. 134).

• "*Pena – Redução – Admissibilidade – Condenação anterior, ocorrida há 20 anos, que não pode ser indicativo de maus antecedentes – Demais aspectos da vida do apelante com saldo francamente positivo – Compensação do aspecto negativo com inúmeros outros que o abonam – Pena reduzida ao mínimo legal – Recurso parcialmente provido para esse fim.* Por maus antecedentes não se consideram apenas as condenações criminais, porém o comportamento social, profissional e familiar; a conduta anterior e o procedimento do réu posterior ao delito a que responde. É a vida do réu e não mero aspecto dela e que não se confunde com primariedade" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ap. 164.640-3, Pindamonhangaba; j. 10.01.1996, v. u., Rel. Devienne Ferraz; Bol. IBCCrim 39, mar. 1996, p. 131).

• "*Penal – Reincidência – Lei das Contravenções Penais.* Na Lei das Contravenções Penais, verifica-se a reincidência quando o agente que pratica contravenção já tenha sido, irrecorrivelmente, condenado no Brasil por outra contravenção. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, 5.ª T.; REsp. 67.062, São Paulo; j. 12.02.1996, v. u., Rel. Assis Toledo; DJU 11.03.1996, p. 6.644).

• "*Direito penal e processual penal – Reincidência: arts. 63 e 64, I, do Código Penal.* Alegação de nulidade na fixação da pena, com o reconhecimento da reincidência, apesar de *extinta a punibilidade* do delito anterior. Alegação repelida. 1. Havendo o novo delito ocorrido após o trânsito em julgado da condenação anterior, restou caracterizada a reincidência (art. 63 do Código Penal). 2. A extinção da pena, pelo respectivo cumprimento, além de não se confundir com extinção da punibilidade, não elimina a condenação anteriormente imposta, para efeito de reincidência, se não ocorre a hipótese prevista no artigo 64, inciso I, do C. Penal" (STF, 1.ª T.; HC 73.167-8, São Paulo; j. 26.03.1996, v. u., Rel. Sydney Sanches; DJU 17.05.1996, p. 16.325).

36.2 Expulsão de estrangeiro: hipótese de inadmissibilidade

• "*DESPACHO:* Vistos, etc. Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pelo ilustre advogado João José Ramacciotti Júnior, em favor de Miguel Gercwolf, de nacionalidade argentina, objetivando o reconhecimento da ilegalidade do decreto presidencial datado de 29 de julho de 1994, publicado no DOU-I de 1.º de agosto do mesmo ano, que resolveu expulsar o referido paciente do território nacional, na conformidade do art. 65 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980. 2. Diz o impetrante que a expulsão em tela lastreou-se em imputação cuja pretensão punitiva do Estado já se encontrava extinta por decisão judicial. 3. Aduz que, por fatos ocorridos desde 1977 até 1979, o ora paciente foi denunciado pelo Ministério Público Federal oficiante junto ao Juízo da 1.ª Vara Federal em Salvador, Bahia, tendo sido a denúncia recebida em 19 de março de 1981, vindo a ser condenado a três anos de reclusão, que pela causa de aumento prevista pelo art. 71 do Código Penal, foi fixada em definitivo em quatro anos de reclusão. 4. Da sentença condenatória não apelou o Ministério Público, fazendo-o apenas o paciente e três co-réus, tendo a Quarta Câmara do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região negado provimento ao recurso, à unanimidade, em 10 de novembro de 1993. 5. Sob o fundamento do trânsito em julgado da sentença de primeira instância para o Ministério Público em 5 de fevereiro de 1986, o Juiz da 1.ª Vara Federal em Salvador, atendendo requerimento do próprio Ministério Público, houve por bem declarar extinta a punibilidade do paciente, por sentença datada de 5 de setembro de 1994, nos termos seguintes: *A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada. No caso dos autos, o prazo para a ocorrência da prescrição é de oito anos, já que a maior pena aplicada não superou os quatro anos. Tem-se nos autos, o transcurso de mais de oito anos entre o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação e o trânsito em julgado para os réus, sem interrupção ou suspensão, verificando-se assim, a prescrição que, a teor do artigo 107, IV do Código Penal é causa de extinção da punibilidade.* 6. Daí argumentar o impetrante: *Ora, se o fato jurídico em tela, não gerou efeitos no campo do direito, em razão da extinção da punibilidade, não se prestaria também a embasar o decreto de expulsão do Paciente, pois com o advento da Lei 7.209/84 que modificou substancialmente a parte geral do Código Penal, considera-se que a prescrição retroativa atinge diretamente a pretensão punitiva, de modo que reconhecida, como no caso em exame, essa modalidade de prescrição são apagados os efeitos principais e acessórios da ação penal e da condenação.* 7. Presentes os requisitos do

fumus boni iuris e do *periculum in mora*, defiro o pedido de liminar para suspender os efeitos do decreto presidencial que expulsou o paciente do País, até final julgamento do presente *habeas corpus*. 8. Apensem-se aos autos os do Mandado de Segurança 22.405-3, do qual fui Relator, impetrado pelo ora paciente. 9. Requisitem-se as informações. Após, dê-se vista à Procuradoria Geral da República. Intime-se. Brasília, 30 de abril de 1996. Ministro Maurício Corrêa, Relator" (STF; HC 73.940-7, São Paulo; DJU 06.05.1996, p. 14.321).

36.3 Homonímia e/ou incidente de identificação: critérios

Nota: são sempre tormentosos os incidentes de identificação no curso do processo de execução penal. Precipitada norma constitucional, ao excluir em princípio os meios de identificação datiloscópica pela autoridade policial, desserviu a sociedade brasileira e a Justiça criminal de modo intolerável, provocando grande aumento nos índices de falsidade nas identificações policiais. Em conseqüência, multiplicaram-se os casos de pessoas inocentes sendo adiante presas e até cumprindo inteiramente penas apenas porque, no passado, perderam seus documentos ou os viram de qualquer forma duplicados pelos verdadeiros criminosos que, com eles, se identificaram quando de seus indiciamentos. O pior é quando se recorda que a inclusão dessa esdrúxula norma em nossa Constituição Federal decorreu menos de intenções autenticamente garantistas e, muito mais, do objetivo de se evitar que certas personalidades políticas, então como hoje comumente indiciadas em acusações de todo gênero, passassem pelo constrangimento de serem submetidas a processos de identificação datiloscópica em repartições policiais.

Diante da notícia fundamentada de que a pessoa que suporta a pena não seria aquela que realmente foi condenada, deve o Juiz da execução instaurar o incidente de homonímia, o qual admite a produção de todos os meios de prova permitidos, sendo mais comum a confrontação das impressões datiloscópicas (quando possível) e exames grafotécnicos, não estando porém descartada mesmo a produção de meios orais e documentais de prova, reabrindo-se, desse modo, o procedimento de identificação (v. o apurado enquadramento conceitual empreendido no julgado abaixo). Necessária, portanto, uma atenta comparação de todos os dados constantes dos autos do processo da condenação com aqueles apresentados nos autos do processo de execução. Esse incidente culmina com uma decisão de caráter meramente declaratório, a qual declara que o interessado é ou não a pessoa que foi condenada (em caso negativo, seguindo-se a comunicação aos órgãos competentes).

Importante recordar que aqui também é possível a emissão de decisões de caráter cautelar, sobretudo em vista da urgência reclamada pela aplicação do estado prisional a pessoas que os autos noticiam fundamentadamente serem inocentes e que se encontram cumprindo penas em lugar de outras, impondo-se assim sua imediata soltura.

• "A identificação jurídica guarda, sempre, caráter pragmático. Serve à segurança, à certeza e à igualdade das relações de direito. Como tal atividade surge objetiva e subjetivamente complexa, pode-se dizer existente um procedimento de identificação. Se o procedimento aflora empírico, temos o reconhecimento; se emerge técnico-científico, possuímos a identificação médico-legal ou pericial e policial ou judiciária. A identificação é, pois, o procedimento técnico-científico por meio do qual se identifica alguém, reencontrando-lhe a identidade, ou a descobrindo, por necessidade jurídica. No processo penal, a mencionada indispensabilidade está em só se poder aflorar a acusação em face de argüido conhecido, comunicando ou apontando, ao menos, sua identidade física (arts. 41 e 259, primeira parte, do Cód. de Proc. Penal). Há quem denomine de identificação nominal aquilo que se chama qualificação pessoal. Convém delimitar os conceitos. A identificação consiste no verificar a identidade e é a sua prova. Um dos meios legais de demonstrá-la – não o único – acha-se na exibição da cédula de identidade. Já, a qualificação é ato de qualificar-se, ou de ser qualificado, pela indicação de qualidades pessoais, ou dos diversos papéis sociais exercidos. Daí, mostrar-se direta ou indireta, conforme sejam os papéis comunicados ou atribuídos. A qualificação, no processo penal, mostra-se como a tomada de informes pela autoridade, policial ou judiciária, da vítima, testemunha, suspeito, indiciado ou acusado sobre seu nome, naturalidade, estado civil, idade, filiação, domicílio, residência, meio de vida ou profissão, lugar onde trabalha e se sabe ler e escrever. Afinal, é a anotação formal dos dados pessoais daqueles supra-aludidos. O Código de Processo Penal menciona a qualificação em vários dispositivos (arts. 41; 185; 203; 352, ns. III e IV;

365, n. II; 533, § 3.º; e art. 724, n. I; o último revogado pelo art. 138 e §§ da Lei 7.210/84, o qual se refere à identificação do liberado condicional). A qualificação do acusado irrompe, na lei processual penal, exibindo rol exemplificativo de informes individuais, até porque manifestamente incompleto (art. 352, ns. III e IV; e art. 365, n. II). Basta ver o que se pede às testemunhas (art. 203). O diploma processual penal, contudo, não usa, com critério, das palavras identificação e qualificação. Cabe, pois, à doutrina e à jurisprudência apartarem os conceitos, para fazê-los operar. A qualificação pessoal tem valia, no direito e no processo penal, de manifesto. Serve, inclusive, como elemento complementar da identificação, quando aponta as qualidades individuais da pessoa física. Inobstante o comum alargamento do conceito de identidade, as qualidades, ou acidentes, tais como a nacionalidade, idade, filiação, estado de casada ou de solteira da pessoa natural, profissão ou outras, não o integram. Aquilo que não se exibe permanente, não dura no tempo, só qualifica; apenas adjetiva, não identifica; eventualmente, colabora na identificação. É preciso não confundir a identificação do indiciado, ou do acusado – a pessoa incriminada; a que surge qual provável agente ou autor da infração penal –, com uma das maneiras de identificar fisicamente: a colheita de impressões datiloscópicas. As ações penais de conhecimento, de natureza condenatória, exigem inculpados certos, individuados. Reclamam pessoa humana, considerada em suas características próprias e físicas; ainda que se lhe desconheça o nome e não se tenha a identificação digital (arts. 41 e 259, do CPP). Daí, um dos mais conhecidos erros do diploma vigorante, quando, referindo casos de chamamento edital, menciona pessoa incerta (art. 363, n. II, do CPP). Ao se assentar que o increpado é pessoa, sempre certa, mostram-se dois interesses prevalentes, em jogo. O da Justiça Penal, no perseguir em juízo, só, pessoa física determinada, seja para lhe saber dos antecedentes criminais, seja para evitar o risco do erro judiciário. E da sociedade, em não ver nenhum de seus membros acusados, senão aquele provável autor de fato ilícito e típico, por mínima garantia contra o eventual arbítrio estatal. A certeza jurídica precisa funcionar, então, duplamente: estabelecendo estado de razoável conhecimento e informação sobre o incriminado – *quis* – e lhe protegendo os direitos fundamentais, bem assim os dos outros membros da comunhão social, perante o poder do Estado. No que pertine à ação penal, de que se cuida, teve ela argüidos certos, individuados. A todo tempo identificado por suas características físicas, foi o inculpado, que se fez passar pelo coato. Sempre com a maior vênia, não se cuida de falta de legitimidade para causa, ou para o processo (art. 43, n. III, do CPP). A *legitimatio ad causam* diz com as partes certas; quanto ao direito material violado, ou ameaçado de violação; a quem a lei concede a ação judiciária e o direito de responder-lhe ao pedido. Já, a *legitimatio ad processum* resume-se na capacidade processual, em senso estrito, ou faculdade de praticar atos processuais válidos. Na ação penal, que tramitou pelo juízo de conhecimento, o paciente nem haveria de ser parte; nem deveria estar em Juízo. Eram e estiveram, porém, de modo determinado, os comparticipantes dos crimes; utilizando-se-lhe um deles, falsamente, das qualidades. No tocante ao coato, jamais irrompeu, portanto, justa causa, para indiciamento, acusação e condenação. No muito amplo sentido, que se há de tirar da expressão legal, que se não cifra, unicamente, em fundamento probatório, para arrimar acusação (art. 648, n. I, do CPP). Ainda, e com o acatamento devido, não exsurge hipótese de trancamento. A ação penal existe; guarda, ao que parece, validade; e tem a específica eficácia; sempre em relação aos inculpados certos, individuados. Cumpre, tão-só, reconhecer e declarar que o paciente não há de figurar como indiciado, acusado, ou condenado, pelos crimes em questão, fatos objetivados na referida ação penal. Assim, não possuindo força e efeito, quanto a ele, o indiciamento, a acusação e a r. sentença condenatória; dando-se baixa, inclusive, na distribuição. Retificando-se, oportunamente, os dados de qualificação do acusado, por termo, nos autos, na forma estabelecida em lei (art. 259, segunda parte, do CPP). Impossível salvo-conduto ao paciente, em face de inquéritos policiais e outras ações penais, em curso, ou por emergir. Em cada caso, terá que erguer incidente de legitimação de identidade, por muito que lhe custe o extravio de documentos. Posto isto, concede-se, em parte, a ordem para reconhecer e declarar que o paciente não há de figurar como indiciado, acusado, ou condenado, pelos crimes em questão, fatos objetivados na ação penal respectiva. Assim, restando sem efeito, quanto a ele, o indiciamento, a acusação e a r. sentença condenatória; dando-se baixa, inclusive, na distribuição" (TACRIM-SP, 10.ª C.; HC 275.312/1, São Paulo; j. 07.06.1995, v. u., Rel. Sérgio Pitombo; 1.ª inst. 256/94 – 6.ª Vara Criminal Central de São Paulo; red.).

12. NOTICIÁRIO

RACISMO

CARMEN SILVIA DE MORAES BARROS

O racismo em suas diferentes formas se expressa através do preconceito, da discriminação e da segregação.

Cultuamos um racismo velado, dentro de casa, íntimo e que não temos coragem de admitir em público. A afirmação de que o Brasil é uma nação singular porque miscigenada persiste no senso comum e na representação popular. Embora não seja mais aceitável explicar a degeneração da nação em razão da mestiçagem, falar de raça ou que o Brasil se define pela raça ainda é conceito amplamente utilizado.

O preconceito se repete e é reproduzido pelas diferentes comunidades, entre os presos (vítimas de preconceitos os mais variados) verifica-se através da segregação daqueles que cometeram determinadas espécies de crimes e pela exploração dos mais fracos e mais pobres (os que não têm poder).

A construção social da imagem "bandido" é muito parecida com a construção social da imagem "raça". Com esses conceitos classifica-se um determinado grupo de pessoas como se ali não houvesse individualidade, como se fosse possível determinar-se o que é um indivíduo em razão do grupo a que pertence.

Não é o sujeito que se auto-atribui uma dessas imagens – seja de bandido, seja de ser de uma determinada raça, mas os outros através da relação de dominação e subordinação que se estabelece na sociedade. Da mesma forma quem tem poder está disposto a tratar o outro como inferior, aquele que é tratado como inferior está disposto a adquirir poder – o que tende a reproduzir sempre a relação de dominação e subordinação e o próprio racismo.

Nessa relação inexiste a noção de cidadania, pois ela pressuporia a igualdade entre os seus participantes. A partir do momento em que a pessoa tem noção de cidadania ela vai tender a tratar o outro como seu igual e não como seu superior ou inferior.

Portanto, raça é uma construção que pode trazer em certos momentos a noção de inferioridade, de igualdade ou de superioridade.

Ocorre que o que define uma comunidade não é a raça, e sim a cultura. E a diferença de cultura apenas vêm indicar que as sociedades humanas se relacionam de forma diversa com a História, o tempo, a transformação, em função das diferenças climáticas, ecológicas e de estrutura social em que vivem. A identidade, por outro lado, se afirma enquanto resultado de um processo, situado em dado contexto, e em função de um sistema de relações sociais, fundado num jogo determinado de interesses.

A cidadania se coloca como uma possibilidade de construção de uma identidade mais coletiva da sociedade, é uma estratégia mais racional de superação de conflitos. No conceito de cidadania, de uma forma ampla, deixa de ter relevância a afirmação do indivíduo através da identidade de determinado grupo, pas-

sando a se identificar com a sociedade como um todo. Ele tem direitos por ser um ser humano, cidadão como qualquer outra pessoa do mundo, independente do conceito de raça, de origem, de credo ou de nacionalidade. O conceito de cidadania abrange o respeito às características de cada grupo, à pessoa e a seus direitos, de forma democrática, sem discriminações. Prevalece a solidariedade sobre o antagonismo. Prevalece a idéia da capacidade que tem todo homem de superar-se sempre.

Não se pode deixar que a questão racial relativize ou leve ao esvaziamento dos debates sobre a cidadania e a participação do indivíduo. Diante da ausência da noção de direitos dos cidadãos não existe igualdade possível entre os homens.

As marcas da discriminação devem ser expostas, para que possamos opor-nos a elas para, por fim, apagá-las. Devemos todos reivindicar os plenos direitos enquanto cidadãos deste país.

Os discriminados e injustiçados têm que reivindicar sua cidadania e os privilegiados dessa ordem social têm que denunciar aquilo que está na base dos nossos próprios privilégios.

12. NOTICIÁRIO

REFORMA PENAL PONTUAL

DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR

Desde sua criação, em 1940, o Código Penal, centro em torno do qual gravita o Direito Penal no Brasil, sofreu uma única modificação poderosa e abrangente: a reforma de sua parte geral, em 1984.

Treze anos depois, ainda não foi possível fazer uma reforma da parte especial.

O método das reformas pontuais, que foi o que tivemos de 1984 para cá, no Direito Penal e no Processo Penal, tem sido o responsável por muitos desatinos.

Especialistas têm afirmado ser impossível a construção de códigos novos no processo legislativo que temos.

No caso do Código Penal, sou forçado a admitir que têm razão.

Não se consegue no Brasil defender um sistema penal racional. A emoção tomou conta do assunto, de maneira que, no máximo, o que os adeptos de um Direito Penal garantista, funcional, equilibrado, mínimo, que responda ao princípio da proporcionalidade, têm protagonizado, é um jogo de *puxa-empurra* com os que se guiam por critérios pouco científicos, só pensando em endurecer os sistema penal.

A Lei 9.099/95, dos Juizados Especiais, que introduziu quatro institutos que podem ser qualificados de despenalizadores e incentivou a aplicação de penas alternativas, é exceção.

Entendeu o legislador, ao editá-la, que o sistema penal não deve ser abrangente. Admitiu que o Estado pode deixar de punir alguma coisa e assim mesmo conservar a eficácia da regra que proíbe determinada conduta. Entendeu ser suficiente, em certos casos, a solução extrapenal.

Se fizermos uma abordagem das reformas pelo prisma da questão da violência, porém, veremos que a tônica é outra.

Há nas grandes cidades uma violência disseminada. Os criminosos põem em risco a vida de outras pessoas e, ao mesmo tempo, a própria vida. Destruição e auto-destruição andam juntas. O *crack* é simbólico desta situação. É destrutivo.

Na economia globalizada, faltam perspectivas ideológicas que possam embalar alguns anseios de melhoria de condições de vida. No Brasil, essa situação se instala numa sociedade partida, multifacetária, com graves problemas sociais, dividida em grupos que têm seus próprios valores e que freqüentemente não tem noção dos valores do estado democrático e da ética em que deve se basear uma comunidade. Isto faz com que a violência adquira uma dimensão especial entre nós, já que a criminalidade recebe o influxo, no mais das vezes, da questão social.

O Estado não tem tratado adequadamente da questão. Não tem aplicado boa e eficaz política criminal.

Insiste em que o Direito Penal resolva o que não pode resolver, extrapolando freqüentemente os limites da Constituição.

A Lei 9.034/95, por exemplo, contém fórmulas supressoras das garantias individuais e processuais. Traz a incrível possibilidade de que o juiz possa colher, ele próprio, provas, mantendo-as secretas no processo. Ora, mas não é este o sistema vigente no nosso modelo, que dispensa ao Judiciário um papel muito diferente. Como afinal se conecta com o nosso sistema uma tal lei tão diversa do todo?

A Lei de Crimes Hediondos foi votada por um Congresso Nacional sob o impacto do seqüestro de um importante empresário do Rio de Janeiro. Resultado: ofende de cabo a rabo a Constituição e é assistemática, rompendo com os critérios que foram introduzidos pela reforma de 1984. Não observa o *princípio da proporcionalidade* da pena e o *princípio da individualização* da pena. É uma afronta aos estudos, que vêm de anos, no sentido que o preso deve ir adquirindo a liberdade por meio da progressividade de regimes. Cria problemas absurdos para as pessoas submetidas ao sistema penitenciário que tenham cometido crimes que por vezes não têm a gravidade que lhes é atribuída.

Quem sofre com isto, nesta selva de leis, são os direitos, as liberdades e as garantias das pessoas.

Presentemente, as reformas pontuais continuam provocando notáveis rupturas metodológicas e incongruências.

Na recente Lei 9.426/96, que criou novas figuras qualificadas de furto e roubo, relacionadas com o veículo automotor, há um tipo de receptação informado pelo dolo indireto eventual, punido mais gravemente que a figura básica, informada pelo dolo direto. Uma inversão de valores.

Se um veículo automotor for furtado e levado para outro Estado, a pena é absurdamente elevada. Vejam o descompasso: se dois delinqüentes arrombam o cofre de um estabelecimento bancário e dele retiram dinheiro grosso, a pena mínima é de dois anos; mas se um só agente furta um velho veículo a divisa de um Estado, sua pena não poderá ser inferior a três anos de reclusão.

Por conta das reformas pontuais e da legislação extravagante que se desconecta com o centro do sistema, que deve ser sempre o Código Penal – e a parte geral do Código Penal não é apenas a parte geral do Código Penal senão a parte geral do Direito Penal – matar uma pessoa pode ser menos grave que cometer muitos delitos relacionados com bens jurídicos de menor importância. Molestar cetáceo pode dar cinco anos de reclusão. Causar lesão determinante debilidade permanente de membro, sentido ou função na pessoa humana, sujeita alguém à mesma pena. Em acidente de trânsito, mesmo que a culpa seja gravíssima, o tratamento é muito mais leve.

Um brinquedo é, na novíssima legislação, equiparado a arma só por ter a forma de arma. Arma mata; brinquedo não. Onde está a coerência?

Nós já sabemos que é impossível reformar Códigos por inteiro, no Brasil.

É que um Código Penal novo não pode ser *feito* no Parlamento. Países democráticos como a Alemanha e a Itália conseguiram aprovar novos Códigos pelo do uso da lei delegada, que autoriza ao governo que publique uma nova legislação fixando parâmetros gerais para isto.

Figueiredo Dias explica que não é que não tenhamos que fazer reformas pontuais. Temos, sim. Mas depois dos novos códigos feitos. Aí sim, é o tempo da modificação pontual. Melhor, da reforma constante porque o direito se supera.

Mas para isto há que haver uma comissão permanente de reforma penal. Que acompanhe a superação dialética, o

evoluir das relações sociais, da ciência, das coisas do mundo, sem pressa.

Infelizmente, parece que nossos parlamentares, envolvidos no clima de exacerbado emocionalismo jamais cogitariam de deixar que uma comissão composta de especialistas tenha maior liberdade para pensar soluções permanentes. Preferem exercer seu poder cotidiano na legislação emergencial, respondendo apenas simbolicamente às demandas emocionais da população. Preferem legislar ao sabor das conveniências. Hoje é uma, amanhã é outra.

Sobre o projeto de lei que define os crimes de especial gravidade já andam falando muita bobagem. É a regra.

É preciso mudar. Uma política criminal *à flor da pele* é uma coisa desastrosa para os direitos, as liberdades e as garantias.

12. NOTICIÁRIO

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: BREVES REFLEXÕES

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA

A interceptação telefônica foi um dos temas discutidos no 1.º Seminário Catarinense de Direito Penal e Processual Penal, III Seminário Regional do IBCCrim, realizado em Florianópolis, nos dias 2 a 4 de outubro último.

Relativamente ao tema, por excelência polêmico, lançamos o debate alguns aspectos, que, a nosso ver, não foram disciplinados, de maneira adequada, pela Lei 9.296/96:

a) A interceptação da comunicação telefônica entre o indiciado, ou acusado, e seu defensor, relativamente aos fatos objeto de investigação criminal ou de instrução processual, está, a nosso ver, vedada. E assim o afirmamos tendo em vista o disposto nos arts. 5.º, inc. LXIII, e 133, da Constituição Federal; art. 8.º, inc. II, letra "d", da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e arts. 7.º, inc. II, e 34, inc. VII, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia).

O dever de segredo entre advogado e cliente é inerente ao exercício do direito de defesa, garantido constitucionalmente, assim como o é a inviolabilidade do exercício da advocacia.

Há, ainda, a acrescentar que se o advogado, na condição de "confitente necessário",[1] está obrigado a guardar segredo profissional, tanto que a violação deste, sem justa causa, constitui crime (art. 154 do Código Penal), além de consubstanciar infração disciplinar, não pode e não deve o Estado intrometer-se na conversa, mormente em prejuízo do cliente.

b) Não se pode admitir que o sigilo da interceptação seja tal que a prova dela resultante se torne secreta, subtraindo do acusado o direito de impugná-la, antes do oferecimento das alegações finais. Isto contraria as garantias constitucionais do contraditório e da mais ampla defesa.

Entendemos que a defesa deva ter ciência do resultado da interceptação logo após o término da captação da comunicação telefônica, devidamente autorizada, uma vez feitas as respetivas gravações e transcrições, independentemente do momento da persecução criminal em que a interceptação se dê.[2]

c) De outra sorte, só se deve permitir que a gravação resultante da diligência seja inutilizada, no decorrer do inquérito

(1) A expressão é de Damásio E. Jesus, Interceptação de comunicações telefônicas: notas à Lei 9.296, de 24.07.1996, *Revista dos Tribunais*, v. 735, jan. 1997, p. 461.

(2) Estamos, neste passo, inteiramente de acordo com Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, 6. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 188. V., ainda, Luiz Flávio Gomes; Raúl Cervini, *Interceptação telefônica*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 227/230.

policial, sob o fundamento de não interessar à prova, após a oitiva do indiciado, a quem deve ser concedida a oportunidade de impugnar o pedido, sob pena de caracterizar inquestionável cerceamento de defesa e ofensa à garantia do contraditório.

A participação da defesa no incidente de inutilização da prova deve ser sempre assegurado, ainda que instaurado no curso das investigações policiais. É que o conteúdo da gravação pode interessar à prova da inocência daquele que teve invadida a sua intimidade.

d) Da decisão proferida no incidente de inutilização, cabe, de acordo com a doutrina,[3] recurso de apelação, fundado no art. 593, II, do Código de Processo Penal.

O terceiro, cuja conversa telefônica com o investigado foi interceptada, também pode ter interesse na destruição das gravações, sendo facultado requerê-lo. Se indeferido o pedido, caberá mandado de segurança, para ver respeitado o direito líquido e certo à intimidade e ao sigilo de suas comunicações.

(3) V., a propósito, Luiz Flávio Gomes, *Interceptação*... cit., p. 236; Vicente Greco Filho, *Interceptação telefônica*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 35; Antonio Scarance Fernandes, A lei de interceptação telefônica. *Justiça Penal*: críticas e sugestões, coord. Jaques de Camargo Penteado, Centro de Extensão Universitária, 1997, v. 4, p. 68, dentre outros.

LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL*

ALBERTO BOVINO

Abogado, Universidad de Buenos Aires; *Master in Laws*, Columbia University (New York); profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires; miembro del Consejo de Dirección del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales de Buenos Aires.

SUMÁRIO: I. Introducción – II. La desaparición de la víctima – III. El reingreso de la víctima al escenario de la justicia penal: III.1 Las instituciones tradicionales; III.2 Las nuevas tendencias a favor de la víctima; III.3 La reparación del daño: III.3.a La reparación, III.3.b El efecto extintivo de la reparación, III.3.c Otros efectos de la reparación III. 4 La reparación como sanción penal independiente: la tercera via del derecho penal; III.5 Mayores derechos de participación en el procedimiento penal: III.5.a El querellante en los delitos de la acción pública, III.5.b La conversión de la acción penal pública en acción privada, III.5.c La revocación de la instancia; III.6 Nuevos derechos reconocidos a la víctima – IV. Consideraciones finales: IV.1 Los efectos de la politica criminal orientada a la víctima; IV.2 Los peligros de la víctima: las prácticas de la justicia penal; IV.3 Los peligros de la víctima: criminalización de la reparación.

I. Introducción

La participación de la víctima en el procedimiento penal – y, en sentido amplio, la relación entre la víctima y el sistema de justicia penal –, es un tema que ha suscitado un destacable interés en los últimos años. Después de varios siglos de exclusión y olvido,[1] la víctima reaparece, en la actualidad, en el escenario de la justicia penal, como una preocupación central de la política criminal. Prueba de este interés resultan la gran variedad de trabajos publicados recientemente, tanto en Argentina como en el extranjero; la inclusión del problema en el temario de reuniones científicas; los movimientos y organizaciones que trabajan o bregan por los derechos de las víctimas del delito; y fundamentalmente, las recientes reformas en el derecho positivo, nacional y comparado, que giran en torno a la víctima, sus intereses y su protección.[2]

(*) Conferencia pronunciada en el Primer Congreso de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, "Sistemas penales y derechos humanos", en San José, el 31 de mayo de 1997.

(1) En el derecho continental, la víctima desaparece con el advenimiento de la Inquisición, que desde el siglo XII hasta el siglo XVIII se impone como modelo hegemónico en el derecho de Europa continental como régimen común para los casos penales (cf. Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2. ed., t. I, p. 288 y ss.).

(2) Cf. entre otros, Abrahamson, Shirley S., *Redefining Roles: The Victims' Rights Movement*, en "Utah Law Review", 1985,

De este modo, resulta más que relevante la investigación de la influencia que esta súbita atención sobre la víctima produce – o puede producir – en la formulación y realización de la política criminal de los modernos Estados nacionales.

Antes de ocuparnos del tema directamente, es preciso realizar algunas aclaraciones. En primer lugar, debemos tener en cuenta que, dada la unidad político-criminal entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal, la cuestión de la participación de la víctima en el procedimiento se halla unida *indisolublemente* al derecho penal en su conjunto. Para expresarlo con palavras de Maier, se debe destacar que "se trata... de un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que persigue y de las tareas que abarca el Derecho penal, y, por fin, de los medios de realización que para alcanzar esos fines y cumplir esas tareas pone a su disposición el Derecho procesal penal... se trata [en síntesis] de un problema político criminal común, al que debe dar solución el sistema en su conjunto".[3]

En segundo término, se debe señalar que no todas las cuestiones vinculadas con la víctima del delito constituyen objeto de la disciplina denominada victimología. La victimología es una disciplina empírica de corte sociológico cuyo objeto de estudio se centra en la víctima del delito. Por este motivo, la victimología intenta explicar las causas de la victimización, las relaciones entre autor y víctima, y, también, las relaciones entre víctima y justicia penal.[4] La victimología, entonces, podría ser considerada la contracara de las disciplinas criminológicas que centran su atención sobre el individuo infractor. Si bien es cierto que las conclusiones de la victimologia sirven como presupuesto para diseñar una política criminal que atienda los intereses de la víctima, no debemos olvidar que una política criminal orientada a la víctima *no es* victimología.[5] Un operador político-criminal no se transforma en victimólogo cuando influye en decisiones políticas que afectan a la víctima; tampoco se transforma en criminólogo cuando se ocupa de la posición del criminalizado o de la actuación de la justicia penal.

v. 1985, p. 517 y ss.: Cárdenas, Juan, *The Crime Victim in the Prosecutorial Process*, en "Harvard Journal of Law and Public Policy", 1986, v. 9, p. 357 y ss.; Eser, Albin, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, y Maier, Julio B. J., *La víctima y el sistema penal*, ambos en AA. VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992; Gittler, Josephine, *Expanding the Role of the Victim in a Criminal Action: An Overview of Issues and Problems*, en "Pepperdine Law Review", 1984, v. 11, p. 117 y ss.; Joutsen, Matti, *Listening to the Victim: The Victim's Role in European Criminal Justice Systems*, en "The Wayne Law Review", 1987, v. 34, p. 95 y ss.; Peerenboom, R. P., *The Victim in Chinese Criminal Theory and Practice: A Historical Survey*, en "Journal of Chinese Law", 1993, v. 7, p. 63 y ss.; Peris Riera, Jaime M., *Situación jurídico-procesal y económica de la víctima en España*, en AA. VV., *Victim's Right and Legal Reform: International Perspectives*, Ed. Oñati IISL, Oñati, 1991.

(3) Maier, *La víctima y el sistema penal*, cit., p. 190 y seguiente.

(4) Cf. Larrauri, Elena, *Victimologia*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, cit., p. 285 y seguientes.

(5) Una definición de victimología en Ramírez González, Rodrigo, *La victimología*, Ed. Temis, Bogotá, 1983, p. 3 y ss. Allí se afirma: "En conclusión, la victimología es considerada, desde cierto punto de vista, como disciplina autónoma, el campo donde se debe estudiar con una observación más directa a la víctima de la infracción, sea esta una persona moral o una persona natural, como base del interés en el análisis de los fenómenos criminales" (p. 9).

Finalmente, resulta imprescindible aclarar que en este trabajo sólo se hará referencia a delitos con víctimas adultas individuales. Se dejará de lado, por ello, a las víctimas no adultas y a los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.

Aclarado esto, veamos sintéticamente la historia de la víctima y el derecho penal.

II. La desaparición de la víctima

La posición que ocupa actualmente la víctima en el proceso penal no es la misma que ella tenía con anterioridad a la instauración del sistema de persecución penal pública. En el ámbito europeo continental, el derecho de los pueblos germánicos organizaba un derecho penal fundado en un sistema de acción privada y en la composición. Tal como se señala, "no se puede decir... que la víctima esté por primera vez en un plano sobresaliente de la reflexión penal. Estuvo allí en sus comienzos, cuando reinaba la *composición*, como forma común de solución de los conflictos sociales, y el sistema acusatorio privado, como forma principal de la persecución penal. La víctima fue desalojada de ese pedestal, abruptamente, por la inquisición, que *expropió* todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos; ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución de mundo al *statu quo ante*, o, cuando menos, la compensación del daño sufrido; aparecía la *pena estatal* como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción... en manos del Estado".[6]

El modelo de enjuiciamiento penal inquisitivo se afianza, a partir del siglo XIII, ante los requerimientos de centralización del poder político de las monarquías absolutas que terminam conformando los Estados nacionales. Surge, entonces, como ejercicio de poder punitivo adecuado a la forma política que lo engendra. Del mismo modo y con anterioridad, surge en el seno de la Iglesia para servir a sus vocaciones de universalidad. "El camino por la totalidad política que inicia el absolutismo, en lo que a la justicia penal se refiere, se edifica a partir de la redefinición de conceptos o instituciones acuñados por la Inquisición".[7] La idea de *pecado* es central en este diseño: el pecado, un mal en sentido absoluto, debe ser perseguido en todos los casos y por cualquier método. Esta noción de pecado influye en las prácticas que el nuevo procedimiento contendrá. El fundamento de la persecución penal ya no es un *daño* provocado a un individuo ofendido; la noción de daño desaparece y, en su lugar, aparece la noción de *infracción* como lesión frente a Dios o a la persona del rey. Este fundamento, que sirve para que el soberano se apropie del poder de castigar y que surge en un contexto histórico en el que el poder político se encuentra centralizado, este fundamento autoritario que implica la relación soberano absoluto-súbdito, y que refleja la necesidad de ejercer un control social férreo sobre los individuos, no logra ser quebrado con las reformas del siglo XIX y llega hasta nuestros dias.

Con el sistema inquisitivo aparece la figura del procurador y un nuevo fin del procedimiento: la averiguación de la verdad. "El reclamo que efectuará el procurador en representación del Rey

(6) Maier, *La víctima y el sistema penal*, cit., p. 187 y siguiente.

(7) Fernández Blanco, Carolina y Jorge, Guillermo, *Los últimos dias de la víctima*, en "No hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1993, n. 9, p. 14.

necesita la reconstrucción de los hechos, que le son ajenos, y que intenta caratular como infracción. La búsqueda de la verdad histórica o material se constituye así en el objeto del proceso. La indagación será el modo de llegar a esta particular forma de verdad, que nunca pasará de ser una ficción parcializada de lo ocurrido".[8]

En el nuevo método de atribución de responsabilidad penal, el imputado se convierte en un simple objeto de persecución para llegar a la verdad. Esta redefinición de sujeto a objeto se ve justificada por la necesidad de determinar cómo sucedieron los hechos. Pero el imputado no es el único sujeto redefinido por las nuevas prácticas punitivas. La víctima, en el nuevo esquema, queda fuera de la escena. El Estado ocupa su lugar y ella pierde su calidad de titular de derechos. Al desaparecer la noción de daño y, con ella, la de ofendido, la víctima pierde todas sus facultades de intervención en el procedimiento penal. La necesidad de control del nuevo Estado sólo requerirá la presencia del individuo victimizado a los efectos de utilizarlo como testigo, esto es, para que legitime, con su presencia, el castigo estatal. Fuera de esta tarea de colaboración en la persecución penal, ninguna otra le corresponde.

Con el movimiento reformador del siglo XIX, surge el procedimiento inquisitivo reformado que, en lo fundamental, conserva los pilares sobre los que se generó el método inquisitivo histórico. La ideología autoritaria sigue presente en nuestros códigos. Aun cuando se establecieron ciertos límites, la inquisición sigue entre nosotros. Este modelo, adoptado en un marco histórico de concentración absoluta del poder político y de desprecio por los individuos, persiste en el derecho penal vigente.

(8) Fernández Blanco y Jorge, *Los últimos dias de la víctima*, cit., p. 14.

La decisión por la persecución de oficio de los delitos implica que ésta es promovida por órganos del Estado. El interés público ante la gravedad del hecho y el temor a la venganza privada justificaron históricamente esta intervención.[9] La consideración del hecho punible como hecho que presenta *algo más* que el daño concreto ocasionado a la víctima, justifica la decisión de castigar y la necesidad de que sea un órgano estatal quien lleve adelante la persecución penal. Un conflicto entre particulares se redefine como conflicto entre autor del hecho y sociedad o, dicho de otro modo, entre autor del hecho y Estado. De este modo se expropia el conflicto que pertenece a la víctima.[10]

A través de la persecución penal estatal, la víctima ha sido excluida por completo del conflicto que, se supone, representa todo caso penal. Una vez que la víctima es constituida como tal por un tipo penal, queda atrapada en el mismo tipo penal que la ha creado. Para ello, el discurso jurídico utiliza un concepto específico, el concepto de bien jurídico. Lo cierto es que, desde este punto de vista, el bíen jurídico no es más que la *víctima objetivada* en el tipo penal. La exclusión de la víctima es tan completa que, a través de la idea acerca de la indisponibilidad de ciertos bienes jurídicos, se afirma que la decisión que determina cuándo un individuo ha sido lesionado es un juicio objetivo y externo a ese individuo, que se formula sin tener en cuenta su opinión. Al escindir el interés

(9) Cf. Baumann, Jürgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 42 y siguientes.

(10) Cf. Christie, Nils, *Los conflictos como pertenencia*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, cit. Este autor desarrolla diversas consideraciones sobre el proceso de exclusión de la víctima que genera el derecho penal.

protegido de su titular o portador concreto, objetivamos ese interés, afirmando la irrelevancia política de ese individuo para considerarse afectado por una lesión de carácter jurídico-penal. Esta concepción de la víctima como sujeto privado no es compatible con el carácter de titular de derechos que los actuales ordenamientos jurídicos positivos otorgan a los individuos.

El derecho penal estatal que conocemos surge, históricamente, justificado como medio de protección del autor del hecho frente a la venganza del ofendido o su familia, como mecanismo para el restablecimiento de la paz. La historia del derecho penal muestra, sin embargo cómo éste fue utilizado exclusivamente en beneficio del poder estatal para controlar ciertos comportamientos de ciertos individuos, sobre quienes infligió crueles e innecesarios sufrimientos, y cómo excluyó a la víctima al expropiarle sus derechos. Las garantias del programa reformador del siglo XIX no han sido suficientes para limitar las arbitrariedades del ejercicio de las prácticas punitivas, entre otros motivos, porque son los órganos estatales que llevan adelante la persecución los encargados de poner límites a esa persecución, es decir, porque deben controlarse a sí mismos. Frente a la concentración de facultades en los órganos del Estado, los individuos fueron constituidos como sujetos privados, esto es, como sujetos sin derechos.

III. El reingreso de la víctima al escenario de la justicia penal

III.1 Las instituciones tradicionales

A pesar de que el movimiento reformador de la ilustración significó una transformación del derecho penal y procesal penal, éste mantuvo, como ya hemos señalado, los principios materiales de la inquisición. El paradigma de este movimiento, el Código francés de 1808, es un buen ejemplo de ello. Sin embargo, a partir de este momento histórico la víctima comienza a tener un mayor grado de participación en el procedimiento.

En este sentido, existen varias instituciones jurídico-penales cuyo origen es anterior a las transformaciones más recientes. El actor civil del procedimiento penal, el querellante en los delitos de acción pública y el querellante en los delitos de acción privada constituyen, en este sentido, mecanismos tradicionales que posibilitan la participación de la víctima en el procedimiento penal. Sin embargo, de estas instituciones sólo la última otorga derechos sustantivos a la víctima. Ello pues la institución del actor civil sólo significa la posibilidad de intervenir en el procedimiento penal para reclamar una pretensión de derecho privado que la víctima podría reclamar, de todos modos, en otro procedimiento. La participación del querellante en los delitos de acción pública, por su lado, sólo permite una intervención subsidiaria de la víctima que no le otorga derechos sustantivos sobre la solución del caso, pues es el Estado quien continúa detentando la titularidad de la acción penal.

En los delitos de acción privada, en cambio, la víctima es titular exclusiva de la acción penal. El inicio de la persecución depende enteramente de su decisión (v. gr., nuevo CPP Costa Rica, 72; CP Argentina, 74 a 76). El acusador privado tiene, además, facultades, para renunciar a la persecución ya iniciada y extinguir la acción penal (v. gr., nuevo CPP Costa Rica, 30, inc. b; CP Argentina, art. 59, inc. 4), y para extinguir la pena impuesta a través del perdón (v. gr., CP Argentina, 69).

En los delitos dependientes de instancia privada (v. gr., nuevo CPP Costa Rica, 18; CP Argentina, 72), a pesar de que la acción penal es pública, la víctima tiene el poder de inhibir el inicio de la perse-

cución, que sólo puede iniciarse "por acusación o denuncia" de la víctima o su representante (v. gr., CP Argentina, 72; nuevo CPP Costa Rica, 17).

También es tradicional en el derecho argentino la solución composicional que supuestamente tiene en cuenta los intereses y la voluntad de la víctima prevista en el art. 132, CP, para ciertos delitos contra la libertad sexual. En este sentido, el casamiento con la ofendida constituye un modo de reparación o solución simbólica del conflicto posterior al hecho que excluye la aplicación de la pena. Debemos destacar que éste es el significado de esa regla, más allá de que ella resulte cuestionable ideológicamente por los valores que sustenta.[11]

III.2 Las nuevas tendencias a favor de la víctima

Los mecanismos tradicionales señalados anteriormente, sin embargo, no parecen haber resultado suficientes para satisfacer los intereses de la víctima. Por otra parte, la crisis de legitimación que padece actualmente la justicia penal y, más especialmente, la pena estatal,[12] ha contribuido a generar la necesidad de nuevas transformaciones para solucionar estos problemas.

Como consecuencia de esta situación, el derecho penal nacional y extranjero ha sufrido transformaciones sustanciales que significan el ingreso de los intereses de la víctima a través de diversos mecanismos jurídicos. Como veremos, estos mecanismos representam la adopción de criterios contrarios a los que informan el derecho penal propio de los Estados modernos.

En este sentido, las novedades son: a) la reparación del daño; b) mayores derechos de participación formal de la víctima en el procedimento penal, y c) derechos reconocidos a la víctima independientemente de su intervención formal en el procedimiento.

En este sentido, se puede afirmar que el nuevo CPP Costa Rica representa, en el marco de América Latina, una de las legislaciones procesales que contiene mayor cantidad de disposiciones que reconocen nuevos derechos a la víctima.

III.3 La reparación del daño

III.3.a La reparación

La necesidad de que la víctima obtenga la reparación del daño sufrido tiene diversos fundamentos. En primer lugar, se señala que con frecuencia el interés real de la víctima no consiste en la imposición de una pena sino, en cambio, en "una reparación por las lesiones o los daños causados por el delito".[13]

Por otro lado, se destaca la necesidad de evitar las consecuencias negativas de los procesos formales de criminalización y especialmente, de la pena privativa de libertad. También se reconoce la necesidad de hacer efectiva la idea de que el derecho penal es la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico. En el marco del derecho internacional, la *Declaración sobre principios fundamentales de justi-*

(11) Sobre el carácter sexista del tratamiento de los delitos contra la libertad sexual, cf. Bovino, Alberto, *Delitos sexuales y feminismo legal: [algunas] mujeres al borde de un ataque de nervios*, en "Revista Jurídica de la Universidad de Palermo", Ed. Universidad de Palermo, Buenos Aires, 1996, n. 2, en prensa.

(12) Cf. Beloff, Mary, *Teorías de la pena: la justificación imposible*, en AA.VV., *Determinación judicial de la pena*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

(13) Eser, Albin, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, cit., p. 28.

cia para las víctimas de delitos y abuso de poder[14] reconoce, entre otros, el derecho a la pronta reparación del daño. Se afirma que el derecho internacional supone "la protección privilegiada de la víctima", exige una "estrategia de *privatización de conflictos* como modelo político criminal para la descriminalización de ciertos delitos" e implica la necesidad de otorgar a la víctima "mayor intervención en el tratamiento de los conflictos tendentes a acortar las diferencias con el infractor, reducir el costo social de la pena, asegurar la posibilidad de indemnización, etc.". En este sentido, el art. 7 del nuevo CPP Costa Rica establece como principio general: "Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas".

Respecto de esta cuestión, afirma Maier: "No puede parecer irracional la propuesta de privilegiar, como reacción frente al delito, la restitución al *statu quo ante*. En verdad, ésta es, teóricamente, la respuesta ideal... La reparación, en sentido amplio, es así, una meta racional propuesta como tarea del Derecho penal, incluso para el actual, bajo dos condiciones: que ello no perjudique, sino que coopere, con los fines propuestos para la pena estatal; que ella no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto".[15]

El concepto de reparación que se propone no se debe confundir con el pago de una suma de dinero. La reparación se debe entender como cualquier solución que objetiva o simbólicamente restituya la situación al estado anterior a la comisión del hecho y satisfaga a la víctima (v. gr., la devolución de la cosa hurtada, una disculpa pública o privada, la reparación monetaria, trabajo gratuito, etcétera). Se trata de abandonar un modelo de justicia punitiva para adoptar un modelo de justicia reparatoria.

El modelo de justicia punitiva[16] se caracteriza por definir la infracción penal como infracción a una norma, es decir, como quebrantamiento de la voluntad del soberano. En él la persecución penal es pública y no dependerá de la existencia de un daño concreto alegado por un individuo, y los intereses de la víctima del hecho punible serán dejados de lado en aras de los intereses estatales de control social sobre los súbditos (la pena). De este modo, la intervención del derecho penal redefine un conflicto entre dos individuos – autor y víctima – como un conflicto entre uno de esos individuos – el autor – y el Estado.

El modelo de justicia reparatoria, en cambio, se caracteriza por construir la infracción penal como la producción de un daño, es decir, como la afectación de los bienes e intereses de una persona determinada. La persecución permanece en manos del individuo que ha soportado el daño y el Estado no interviene coactivamente en el conflicto – que permanece definido como conflicto interindividual – y, cuando lo hace, es porque alguien – quien puede ser definido como víctima – que ha sufrido una afectación en sus intereses lo solicita expresamente. La consecuencia principal para el autor del hecho en este modelo consiste, en

(14) Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 29.11.1985 por resolución 40/34.

(15) Maier, *La víctima y el sistema penal*, cit., p. 207 y siguiente.

(16) Cf. Lenman, Bruce y Parker, Geoffrey, *The State, the Community and the Criminal Law in Early Modern Europe*, en AA.VV., *Crime and the Law. The Social History of Crime in Western Europe since 1500*, Ed. Europa Publications, Londres, 1980.

general, en la posibilidad de poder recurrir a algún mecanismo de composición entre él y la víctima que, genéricamente, permite el restablecimiento, fáctico o simbólico, de la situación a su estado anterior.

Ahora bien, aun cuando el ingreso de la reparación reconoce en todos los casos los intereses de la víctima, ésta puede ser incorporada de diferentes maneras al procedimiento, esto es, puede provocar diferentes consecuencias respecto de la persecución penal.

III.3.b El efecto extintivo de la reparación

La reparación del daño puede ser incorporada, en primer lugar, como causa de extinción de la acción penal. El § 167 del Código Penal austríaco, por ejemplo, dispone que el autor de un hecho punible "puede evitar la pena en prácticamente todos los delitos patrimoniales cometidos sin violencia (incluidos delitos contra la propiedad), si él, 'sin ser obligado a ello', realiza una reparación completa antes de que su responsabilidad sea conocida por el órgano de la persecución penal... De esta manera, la exención de la pena mediante el arrepentimiento activo es posible aun en el caso de que el autor cometa un delito patrimonial con un perjuicio económico particularmente elevado".[17]

Si bien el derecho austríaco limita la posibilidad extintiva cuando la reparación se realiza antes del inicio formal de la persecución, no existe ningún impedimento para extender el efecto de este arrepentimento activo a etapas más avanzadas del proceso. Ésta ha sido la solución, en el derecho argentino, del art. 14 de la ley 23.771 – llamada ley penal tributaria y previsional –. Allí se dispone que bajo ciertas condiciones, el cumplimiento de la obligación tributaria o previsional produce la extinción de la acción penal en cualquier etapa del proceso anterior a su finalización.[18] En el mismo sentido temporal la solución prevista en un proyecto de ley presentado al Congreso Nacional de la República Argentina por el diputado José I. Cafferata Nores,[19] cuyo art. 8 establece: "En cualquier delito contra la propiedad, o que cause un perjuicio principalmente patrimonial, cometido sin violencia significativa en las personas, la acción penal quedará extinguida cuando, antes de fijada la audiencia para el debate el imputado repare el daño ocasionado, garantice razonablemente su reparación o celebre un acuerdo en ese sentido". El mismo proyecto establece una audiencia de conciliación para posibilitar el acuerdo (art. 9).

La ventaja de este tipo de mecanismos consiste en que se pretende "procurar a la víctima una satisfacción lo más rápida y efectiva posible de sus reclamos de reparación. Frente a esto, las consideraciones acerca del fin de la pena, en su sentido tradicional, deben ceder el paso".[20] Esta institución ha sido incorporada en el nuevo CPP Costa Rica, que

(17) Eser, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, cit., p. 34.

(18) Sobre este instituto, cf. Maier, Julio B. J. y Bovino, Alberto, *Ensayo sobre la aplicación del art. 14 de la ley 23.771¿ El ingreso al derecho penal de la reparación como tercera via?* en AA.VV., *Delitos no convencionales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994. Sobre el momento en el que puede aplicar-se este mecanismo extintivo, cf. p. 128 y ss. de este trabajo.

(19) Cf. Proyecto de ley de Protección integral de la víctima del delito, en Cafferata Nores, José I., *Cuestiones actuales del proceso penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 179.

(20) Eser, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, cit., p. 34.

admite como causa de extinción de la acción penal la reparación (art. 30, literal j) y la conciliación (art. 30, literal k), para la cual prevé un mecanismo procesal para homologarla e incluso para alentarla por iniciativa del tribunal (art. 36). Se debe señalar que la regulación del proyecto argentino citado parece más equitativa en cuanto no sólo incluye la reparación ya producida sino, también, los acuerdos reparatorios. La desventaja, por otra parte, está representada por la limitación de la solución reparatoria a un grupo taxativo de delitos. En este sentido, no se comprende por qué razón se excluye otro tipo de delitos que también podrían ser solucionados mediante respuestas reparatorias.

En segundo término, la reparación se incorpora en relación con criterios de oportunidad. Así ha sido previsto en el CPP Guatemala de 1992, cuyo art. 25 dispone que en los supuestos de aplicación del principio de oportunidad previstos en esa disposición "es necesario que el imputado hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con el agraviado en ese sentido". Del mismo modo la solución del Proyecto de CPP peruano de 1996 para los dos últimos criterios de aplicación del principio de oportunidad (art. 2). Sin embargo, se debe destacar que la aplicación de criterios de oportunidad no implica necesariamente la obligación de reparar, pues estos criterios pueden ser aplicados independientemente de esa obligación. Así, la solución prevista en el art. 230 del CPP Modelo para Iberoamérica y el inc. 1 del art. 2 del proyecto de CPP peruano. El nuevo CPP Costa Rica (art. 22) y el CPP El Salvador no requieren esta exigencia para la aplicación de criterios de oportunidad. A nuestro juicio, esta solución es más acertada pues permite el uso del principio de oportunidad de modo más eficaz para lograr su objetivo primordial: racionalizar los esfuerzos perseccutorios del ministerio público.

En tercer lugar, la obligación de reparar se vincula con el instituto de la suspensión del procedimiento penal a prueba. Así se ha incorporado al derecho positivo argentino en los arts. 76 *bis* y siguientes del CP. Al solicitar la suspensión, el imputado debe "ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible"(CP Argentina, 76 *bis*, párrafo III). La regulación del instituto, sin embargo, si bien reconoce el interés de la víctima en obtener la reparación, coloca este interés en segundo plano respecto del interés del imputado en evitar la continuación de la persecución, pues el rechazo de la oferta por parte de la víctima no impide la suspensión del procedimiento. En este caso, tampoco se descuida el interés de la víctima pues ella cuenta con la "acción civil correspondiente" (76 *bis*, párrafo III). De modo similar la regulación del nuevo CPP Costa Rica (art. 22, párrafo II).

La característica más importante de estos mecanismos es que ellos son utilizados para mejorar la situación de la víctima y, al mismo tiempo, beneficiar al imputado. Ello pues se pretende obtener la reparación del daño para evitar la solución del derecho penal tradicional: la pena. La finalidad de estos institutos consiste, entonces, en satisfacer los interes y expectativas de la víctima. Lograda esa finalidad, considerada prioritaria, se deja de lado el tratamiento penal del caso. En este sentido, la reparación como respuesta alternativa representa el quiebre de uno de los elementos más característicos del derecho penal estatal: la reacción punitiva como única y e exclusiva solución.[21]

Esta circunstancia demuestra dos cuestiones. En primer lugar, que la atención

(21) Cf. Hulsman, Louk y Bernat de Celis, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, p. 73.

de los intereses de la víctima no implica la formulación de una política criminal contra el autor, según lo proponen ciertos sectores de la victimología[22] o ciertos movimientos sociales, como sucede con algunos sectores del movimiento feminista respecto de los delitos sexuales.[23] En segundo término y más importante, ella manifiesta el conflicto entre los intereses estatales en la persecución penal y los intereses de la víctima. Al respecto se debe tener en cuenta que no todas las víctimas tienen los mismos sentimientos, reacciones y necesidades, y que la justicia penal no considera a las personas en su singularidad. El derecho penal con su única respuesta, la pena, ignora los intereses concretos de las personas que han sido victimizadas. Experiencias empíricas han contribuido a destruir el mito de la "víctima vengativa". En un servicio de atención a las víctimas de París se determinó que las personas que asistían no hacían diferencias entre asuntos civiles y penales, esto es, que el público no se reconocía en las distinciones puramente jurídicas. También se determinó que acudían espontáneamente personas que, aunque se consideraban víctimas, no tenían la voluntad de perseguir penalmente.[24] Quienes trabajaban en el servicio afirmaron: "Las personas que vienen a este servicio no tienen nada especialmente agresivo. No exteriorizan un ánimo vengativo. Han venido a hablar del perjuicio que sufrieron, simplemente con la esperanza de hacer cesar la situación que experimentan y recobrar, si procede, su dinero. Lo que quieren estas víctimas es obtener reparación y volver a encontrar la paz. Es también hallar a alguien que los escuche con paciencia y simpatía".[25] En síntesis, las soluciones que atienden a los intereses sustantivos de la víctima desde una perspectiva reparatoria resultan contrarias al interés estatal en la aplicación de la respuesta punitiva tradicional.

Estos mecanismos, además de beneficiar a la víctima y al imputado, representan un beneficio para la administración de justicia penal, al retirar rápidamente un gran número de casos y permitir un mejor tratamiento de los casos restantes – generalmente los más graves y complejos, que demandan mayores esfuerzos persecutorios –.

(22) Larrauri cita como ejemplo de esta tendencia a quienes constituyeron la victimología originaria (cf. *Victimología*, cit., p. 284). Sin embargo, estas tendencias son mantenidas en la actualidad, por ejemplo, en los EE.UU. de América. En los EE.UU., la propuesta inicial de los partidarios liberales de los derechos de la víctima, cuyo contenido consistía en un modelo de justicia penal reparatoria, fue transformada por los conservadores, que utilizaron politicamente el valor simbólico de la víctima para provocar reformas en la justicia penal que terminaron por aumentar el carácter punitivo del modelo estadounidense y por perjudicar al imputado. Se ha sostenido que el resultado de este proceso ha dejado algunas preguntas sin respuesta, entre otras: "si las reformas tienen alguna relación con las víctimas, o si esas reformas son deseables"; cf. Henderson, Lynne N., *The Wrongs of Victim's Rights*, en "Stanford Law Review", 1985, v. 37, p. 953.

(23) Un ejemplo de postura feminista de fuerte contenido punitivo en Smaus, Gerlinda, *Abolicionismo: el punto de vista feminista*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1992, n. 7. Una crítica a esta posición en Bovino, *Delitos sexuales y feminismo legal: [algunas] mujeres al borde de un ataque de nervios*, citado.

(24) Cf. Hulsman y Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, cit., p. 107 y siguiente.

(25) Hulsman y Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, cit., p. 108 y siguiente.

III.3.c Otros efectos de la reparación

También se puede pensar en la reparación en otro sentido que, en este caso, no excluye la posibilidad de obtener una decisión condenatória. En este sentido, la reparación del daño puede ser utilizada para tomar distintas decisiones respecto de una persona que ha sido condenada: a) como causa que permite prescindir de la imposición de la pena (exclusión de la pena); b) como causa que permite la condenación condicional; c) como criterio legal abstracto de reducción de la escala penal aplicable en principio al caso – como sucede, por ejemplo, con la reducción de la escala penal para la tentativa; d) como criterio favorable para la determinación judicial de la pena en el caso concreto; y e) como criterio para conceder beneficios durante la ejecución de la pena – v. gr., libertad condicional, régimen de salidas, instituciones penales abiertas –.[26]

En el derecho argentino, la reparación del daño, si bien no está prevista expresamente, puede ser tenida en cuenta tanto para aplicar la condenación condicional – la "actitud posterior al delito" del art. 26, CP Argentina – como para la determinación judicial de la pena – el art. 41 hace referencia a los "*antecedentes y condiciones personales*, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y *las circunstancias* de tiempo, lugar, modo y ocasión *que demuestren su mayor o menor peligrosidad*" (CP Argentina, 41, destacado agregado). También podría ser tomada en cuenta para la decisión acerca de la libertad condicional. Los requisitos establecidos para la libertad condicional – cumplimiento parcial de la pena privativa de libertad, observancia de los reglamentos carcelarios, informe de la autoridad penitenciaria: CP Argentina, 13 – se vinculan con la necesidad de verificar cierto progreso en el proceso de rehabilitación del condenado. En este contexto, la reparación del daño causado, a pesar de no estar contenida expresamente en la disposición citada, también debe ser tenida en cuenta como un indicador más de este progreso y, por ende, debe influir favorablemente en la decisión acerca de la libertad condicional.

En estos últimos supuestos, la reparación cumple un papel mucho menos significativo que en los anteriores, pues ella no autoriza a resignar los intereses estatales en la obtención y pronunciamiento de una decisión condenatoria y, en los últimos tres – reducción de la escala penal, criterio de determinación de la pena y criterio favorable en la ejecución –, no impide la aplicación efectiva de una pena. Ello significa que en estos supuestos el Estado coloca sus necesidades de control social punitivo sobre las necesiaddes de satisfacer los intereses de la víctima, pero no por ello deja de incentivar la reparación mejorando la situación del condenado.

III.4 La reparación como sanción penal independiente: la tercera via del derecho penal

También se propone actualmente la incorporación de la reparación del daño como instrumento de realización de una tercera via del derecho penal, junto con la pena y las medidas de seguridad. Esta posición reconoce a la reparación como una tercera posibilidad del derecho penal para alcanzar los fines asignados a la pena tradicional.[27]

(26) Maier, *La víctima y el sistema penal*, cit., p. 210.

(27) Cf. Roxin, Claus, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, cit., p. 145.

Roxin explica sintéticamente: "resulta que la reparación, en el sentido indicado, puede ser efectiva desde los puntos de vista preventivo general y especial. Su consideración en el sistema de sanciones no significa, desde el punto de partida aqui defendido, reprivatización alguna del derecho penal... ni tampoco la introducción de un nuevo fim de la pena. La restitución es, en lugar de ello, una prestación autónoma que puede alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, en la medida en que lo consiga en concreto, debería sustituir la pena o ser computada para atenuarla".[28] Así como las medidas de seguridad se imponem cuando la pena no se puede justificar debido al principio de culpabilidad, la reparación obtiene legitimación político-criminal en el principio de subsidiariedad y en la necesidad de sustituir o atenuar la pena sin resignar la realización de los fines de la pena para atender las necesidades de la víctima.[29]

Para dotar de autonomía sancionatoria a la reparación correspondería, se sostiene, "la creación, también, de un procedimiento penal de restitución independiente, como lo ha propuesto Schöch".[30]

Si bien Roxin propone utilizar la reparación, en algunos casos, del mismo modo que algunos de los institutos ya analizados – v. gr., como causa de extinción de la acción o como exigencia de la suspensión del procedimiento –, el carácter sancionatorio que le atribuye, como instrumento idóneo para cumplir los fines de la pena tradicional, diferencia su postura de las anteriores.

Los fines de la sanción penal tradicional – preventivo-generales o especiales – están orientados a la protección de los bienes jurídicos de todos – o gran parte – de los miembros de la comunidad, y no a la protección de los intereses de la persona concreta que ha resultado víctima de un hecho punible. Por este motivo, la consideración de la reparación como tercera vía del derecho penal puede producir consecuencias negativas.

Sintéticamente, la finalidad penal atribuida a la reparación privilegiará la realización de los fines del derecho penal sobre los intereses de la víctima individual. Esta circunstância afectará, necesariamente, el concepto de reparación, el contenido de la obligación reparatoria y, además y especialmente, las facultades de la víctima de influir significativamente en el proceso de definición del daño sufrido y de determinación de la reparación concreta aplicable al caso. De este modo, la reparación propuesta por Roxin, para servir a los fines del derecho penal estatal, deberá objetivar la sanción reparatoria y desatender a la víctima[31] – cuyos intereses particulares se consideram secundarios –.

Este concepto punitivo o sancionatorio de reparación presenta problemas. Puede suceder, por ejemplo, que el tribunal rechace la reparación ofrecida por el autor y aceptada por la víctima – v. gr., una disculpa – a pesar de que ésta satisfaga íntegramente sus intereses, si aquél considera que su contenido no alcanza para cumplir con los fines de la

(28) Roxin, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, cit., p. 154.

(29) Roxin, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, cit., p. 155.

(30) Idem, ibidem.

(31) Roxin habla, por ejemplo, de delitos no reparables definidos abstractamente. La calificación *a priori* de ciertos daños o ciertos delitos como hechos no pasibles de reparación implica, necesariamente, un juicio "objetivo" externo que ignora la opinión particular de la víctima en el caso concreto (conferencia sobre *La reparación en el derecho penal*, pronunciada en el Seminario de Derecho Penal realizado em Vaquerías, prov. de Córdoba, los días 8 y 9 de septiembre de 1996).

pena. Esta objetivación de la reparación, de este modo, disminuye las posibilidades de satisfacer a la víctima. Otra consecuencia negativa de esta posición consiste en que la reparación no sirve para respetar el principio de *ultima ratio*, pues la solución reparatoria no es utilizada en todos los casos posibles, sino sólo en aquellos en los cuales ella resulta posible y, además, resulta adecuada para cumplir los fines de la pena. Finalmente, esta concepción puede representar una ampliación del control social jurídico-penal si la sanción reparatoria, en lugar de reducir la aplicación de la sanción penal tradicional, termina por agregarse a ella sin alterarla.[32]

III.5 Mayores derechos de participación en el procedimiento penal

El segundo grupo de transformaciones en el derecho procesal penal actual se vincula con la decisión de otorgar mayor protagonismo a la participación formal de la víctima en el procedimiento penal.

La forma más directa para reconocer mayores derechos sustantivos de participación consistiría en la ampliación significativa del catálogo de los delitos de acción privada. Sin embargo, esta solución no ha sido adoptada.

III.5.a El querellante en los delitos de acción pública

Los ordenamientos procesales recientemente establecidos, en cambio, se caracterizam por la incorporación de la figura del querellante en los delitos de acción pública. El nuevo CPP Costa Rica (art. 75), el CPP Tucumán (art. 7), el CPP Córdoba (art. 7), el CPP Guatemala (art. 116), el CPP Modelo (art. 78) y el CPP Nación (art. 82), por ejemplo, regulan la intervención del acusador particular (querellante) en delitos de acción pública. La novedad, en este sentido, consiste en el hecho de que la tradicional institución del querellante se ha expandido a sistemas jurídicos que no la contemplaban anteriormente (v. gr., el CPP Córdoba 1939).

En los códigos más modernos, además, la regulación del querellante en los delitos de acción pública fue acompañada por una importante ampliación de la legitimación para intervenir en el procedimiento penal como acusador particular. Se han propuesto, fundamentalmente, dos opciones.

En primer lugar, se propone un sistema de *acción popular* en los delitos de acción pública que afectem intereses colectivos o cometidos con abuso de la autoridad estatal, según el cual cualquier ciudadano puede asumir el papel de querellante (CPP Modelo, nota al art. 78). En este sentido, el CPP Guatemala autoriza a los ciudadanos – y a las asociaciones – a intervenir como querellantes en los delitos de acción pública cuando se trate de delitos cometidos por agentes estatales en ejercicio de su cargo que impliquem violación de derechos humanos o cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios que abusen

(32) Este fenómeno expansivo del control ha sido señalado respecto de las penas alternativas a la prisión y a la *diversion* estadounidense. Cf., respecto a las penas alternativas, Pavarini, Massimo,¿ *Menos cárcel y más medidas alternativas?*, en AA.VV., *Cuadernos de la cárcel*, s. ed., Buenos Aires, 1991; respecto a la *diversión*, Bovino, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal en el Código Penal argentino y la diversion estadounidense. Un análisis comparativo*, ponencia presentada al I Congreso Argentino de Ciencias Penales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, de 3 al 6 de septiembre de 1996, en "La Ley", Buenos Aires, periódico del 28.02.1997.

de su cargo (art. 116, párrafo II). El CPP Costa Rica otorga legitimación para querellar a "cualquier persona contra funcionarios públicos que, en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, hayan violado derechos humanos; cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios que han abusado de su cargo así como contra quienes cometen delitos que lesionan intereses difusos"(art. 75, párrafo II, nuevo CPP Costa Rica). Se trata, indudablemente, de un supuesto de participación de la víctima en delitos que afectam bienes jurídicos colectivos. Un sistema similar está previsto en el derecho federal estadounidense por delitos que afectan el patrimonio del Estado cometidos por particulares.[33]

Por otro lado, se propone que las asociaciones reconocidas por el Estado estén facultadas a intervenir como querellantes en los delitos de acción pública que afecten intereses colectivos, y por pedido del ofendido en los demás casos, siempre que la persecución se vincule con el objeto de la asociación (CPP Modelo, nota al art. 78). En este sentido, el CPP Guatemala admite como querellante en los delitos de acción pública, junto con la víctima y ciertos parientes, a "las asociaciones de los delitos que afecten intereses colectivos o difusos siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con dichos intereses" (art. 117, inc. 4). El CPP Costa Rica, por su parte, define como víctima legitimada para actuar como querellante a "las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses" (art. 70, inc. *d*).

El primer supuesto – la acción popular –, no hace sino extender la solución tradicional de la intervención de la víctima individual como acusadora particular a casos con multiplicidad de víctimas anónimas. El mecanismo, entonces, representa una adaptación de la institución tradicional del acusador particular a un supuesto novedoso y singular – delitos que afectan intereses colectivos –. Al mismo tiempo, el mecanismo expresa una comprensible desconfianza respecto de la actuación de los órganos estatales encargados regularmente de la persecución penal cuando se trata de delitos cometidos por otros agentes del Estado, tales como delitos contra los derechos humanos o delitos comunes cometidos por funcionarios.

El segundo supuesto – intervención de asociaciones – supone la participación de organizaciones no estatales con el objeto de resguardar el interés de la víctima y controlar la actuación del acusador público. Se pretende dar intervención a una asociación que cuenta con mayores recursos que la víctima individual y, también, que eventualmente posee mayores aptitudes técnicas para intervenir como representante del interés objeto de la organización. En cierta medida, esta "representación" se asemeja a la "representación" realizada por el acusador estatal, con la importantisima diferencia de que la asociación es una "representante" directamente relacionada con el interés colectivo protegido que suele contar con mayor interés e idoneidad para desempeñar su tarea.

III.5.b La conversión de la acción penal pública en acción privada

Otro mecanismo novedoso que atribuye mayores facultades de participación sustantiva a la víctima es el instituto

(33) Cf. Bovino, Alberto, *Mecanismos de control de delitos que perjudicam al Estado en el derecho federal de los Estados Unidos*, en "Pena y Estado", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, n. 1, especialmente p. 63 y siguientes.

de la conversión de la acción. Se trata de un mecanismo que permite que un delito de acción pública se convierta en delito de acción privada sólo perseguible por el acusador particular, sin intervención alguna del ministerio publico.

El CPP Costa Rica regula esta institución en el art. 20: "La acción pública podrá convertirse en privada a pedido de la víctima, siempre que el Ministerio Público lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido, cuando se investigue un delito que requiera instancia privada o un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas". El CPP Guatemala, por su lado, dispone que las "acciones de ejercicio público podrán ser transformadas em acciones privadas, únicamente ejercidas por el agraviado...", en tres tipos de supuestos (art. 26). El primer supuesto remite a los casos en los cuales resulta posible la aplicación del principio de oportunidad. El segundo supuesto se refiere a delitos dependientes de instância privada. El tercero de ellos, finalmente, incluye a todos los delitos contra el patrimonio. Es interesante destacar que dos de esos supuestos, están regulados como derecho de la víctima, pues no requieren autorización del ministerio público.

La conversión de la acción reconoce el interés de la víctima vinculado a la necesidad de llevar adelante al procedimiento para lograr la imposición de las consecuencias tradicionales del derecho penal. Representa, claramente, una excepción al principio de la persecución pública. Además, permite a la víctima jugar un papel decisivo en la definición del conflicto desde su punto de vista personal, y al mismo tiempo, le otorga poder de disposición de la acción penal convertida en privada. Por otra parte, aumenta las posibilidades del imputado de llegar a una conciliación que ponga fin al caso, y simplifica notablemente el procedimiento, pues resultan aplicables las reglas del proceso de acción privada.

III.5.c La revocación de la instancia

Tradicionalmente, el único poder con que contaba la víctima en los delitos de acción pública dependiente de instancia privada (art. 18, CPP Costa Rica) consistia en brindar la autorización que permitía iniciar la persecución. Pero una vez iniciada esta persecución, la víctima carecía de todo poder de disposición sobre ella. En la actualidad se ha impuesto la tendencia de reconocer, además, la facultad de retirar la autorización que, una vez ejercida, exige la clausura de la persecución penal ya iniciada.

En este sentido, el nuevo CPP Costa Rica, como la gran mayoría de los nuevos códigos y proyectos de América Latina, prevé en el art. 17, párrafo IV: "La víctima o su representante podrán revocar la instancia en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio. La revocatoria comprenderá a los que hayan participado en el hecho punible". El efecto de la revocatoria consiste en la extinción de la acción penal (art. 30, literal. *h*).

III.6 Nuevos derechos reconocidos a la víctima

Hasta aquí hemos visto transformaciones que significan, en más o en menos, el reconocimiento a la víctima de mayores facultades sustantivas de participación en el caso penal. Más allá de ello, la actual preocupación por los derechos de la víctima ha conducido al reconocimiento de diversos derechos que no están vinculados directamente con su participación en el procedimiento penal.

El CPP Nación (Argentina), como otros ordenamientos procesales recientes, contiene algunas disposiciones referidas a la cuestión. Estas disposiciones

pueden ser divididas en dos grupos: unas referidas a cómo debe ser tratada la víctima, y otras vinculadas a la creación de una oficina específica dedicada a la asistencia y asesoramiento de las víctimas. Se ha afirmado que ésta es la innovación más importante del CPP Nación.[34] La afirmación es acertada porque estas disposiciones son clara expresión de tendencias político-criminales actuales, mientras que el diseño procesal del CPP Nación responde a una estructura que, en lo fundamental, fue establecida dos siglos atrás por el Código francés de 1808. Estas disposiciones, por supuesto, no existían en el proyecto original de Levene, y fueron agregadas al Código en el trámite legislativo.

Las disposiciones comentadas están en el Libro I, Título IV, Capítulo III del CPP Nación (Argentina), y comprenden tres artículos. Según el art. 79, el Estado nacional tiene el deber de asegurar ciertos derechos a las víctimas y testigos durante todo el procedimiento. Entre ellos, el derecho a ser tratados digna y respetuosamente por las autoridades (inc. *a*), a la protección de su integridad física y moral (inc. *c*), y a ser informados sobre los resultados del acto procesal en el que han participado (inc. *d*). El art. 80 agrega, entre otros, los siguientes derechos de la víctima: a ser informada por la Oficina de Asesoramiento y Asistencia a Víctimas y Testigos acerca de las facultades que puede ejercer en el procedimiento penal (inc. *a*), y a ser informada sobre el estado de la causa y la situación del imputado (inc. *b*). Por último, el art. 81 establece que estos derechos deben ser informados por el tribunal en la primera citación de la víctima o el testigo. Existen distintas opiniones acerca de qué debe hacerse en caso de incumplimiento de esta obligación de informar. Según D'Albora, ese incumplimiento podría generar responsabilidad penal.[35] Córdoba, en cambio, opina que el lenguaje de estas disposiciones es tan vago que su carácter coercitivo puede ser cuestionado.[36]

Según el art. 40 de la ley 24.050 argentina, la Oficina de Asesoramiento y Asistencia a Víctimas y Testigos debe cumplir con las disposiciones referidas a los derechos de la víctima del CPP Nación. El art. 40 establece que la Oficina tendrá un director asistido por un equipo profesional y dependerá de la Cámara Nacional de Apelaciones Criminal. La ley 24.121, por su parte, "creó" la Oficina y estableció que el equipo profesional estaría integrado por dos trabajadores sociales, dos psicólogos y dos abogados. La Corte Suprema asignaría los empleados administrativos.

Si tenemos en cuenta los recursos humanos asignados al organismo, resulta por lo menos ingenuo creer que la Oficina será capaz de atender las necesidades de todas las víctimas y testigos de la ciudad de Buenos Aires. Además, se debe tener en cuenta que las leyes citadas no dicen nada sobre los deberes de la Oficina, más allá del ámbito de la ciudad de Buenos Aires, a pesar de que el CPP Nación es aplicable a las causas federales en todo el territorio nacional. En este contexto, la innovación más importante del CPP Nación es, en todo caso, una mera expresión de deseos.

El nuevo CPP Costa Rica, por su parte, incorpora otros derechos de la víctima, más allá de la facultad de intervenir como actor civil (art. 37) y

(34) Cf. Córdoba, Fernando, *La posición de la víctima*, en AA.VV., *El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 98.

(35) D'Álbora, Francisco, *Código procesal penal de la Nación*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 100.

(36) Cf. Córdoba, *La posición de la víctima*, cit., p. 99 y siguiente.

como acusador particular (art. 75). En este sentido, el art. 71 dispone que la víctima, aun cuando no se haya constituido en querellante, tiene derecho a: 1) a intervenir en el procedimiento; 2) a ser informada de resoluciones definitivas si lo solicita; 3) a recurrir la desestimación y el sobreseimiento definitivo; y 4) a ser informada de sus derechos en su primera intervención en el procedimiento.

Las disposiciones analizadas, a diferencia de las anteriores, no representan una transformación significativa del derecho penal. Por el contrario, podrían ser calificadas como un tímido intento de reducir los niveles de revictimización que produce habitualmente la justicia penal. Esta afirmación se limita al ámbito de la ciudad de Buenos Aires, pues existen oficinas de este tipo fuera de ella que cumplen satisfactoriamente sus funciones a pesar de la escasez de recursos. En el contexto de la ciudad de Buenos Aires, en cambio, estas disposiciones no son sino un intento frustrado de utilizar el valor simbólico de la víctima para realimentar una justicia penal punitiva profundamente desacreditada.

IV. Consideraciones finales

IV.1 Los efectos de la política criminal orientada a la víctima

La historia del derecho penal puede ser analizada, en cierta medida, como la historia de la víctima. En otras palabras, es posible analizar el desarrollo histórico del derecho penal a través del desarrollo histórico de los derechos de la víctima. Esta tendencia constituye una buena oportunidad para analizar algunos de los principales problemas y peculiaridades de nuestros sistemas de justicia penal. Uno de los aspectos de la crisis de la justicia penal actual, la exclusión de la víctima, actuó como mecanismo disparador de los movimientos por los derechos de la víctima.

Las tendencias político-criminales referidas a la víctima han tenido, indudablemente, efectos sobre la justicia penal. Mientras algunos derechos podrían ser considerados, hasta cierto punto, neutrales respecto de los elementos estructurales de la justicia penal – v. gr., el derecho a ser informado sobre el caso –, la mayoría de los nuevos derechos de la víctima representan claramente uno de los dos modelos de justicia penal posible – punitiva o reparatoria –. O bien la víctima es convocada a colaborar con el modelo de justicia penal punitivo o, por el contrario, obtiene el reconocimiento de derechos para proteger sus propios intereses en un modelo de justicia reparatoria, con total prescindencia del interés estatal en la persecución penal. En ambos casos, la víctima es colocada en una posición mejor que la que ocupaba antes.

El valor simbólico de la víctima la ha convertido en un elemento especialmente útil para la reforma de la justicia penal. Mientras que los partidarios del modelo punitivo necesitan a la víctima para ofrecer alguna respuesta a la crisis actual de la justicia penal, los partidarios de la justicia reparatoria necesitan a la víctima para provocar cambios sustanciales, orientados al establecimiento de un sistema de justicia penal no punitivo. Si bien existe una gran posibilidad de que la justicia penal incorpore a la víctima para sortear su crisis y preservar el modelo punitivo, se debe admitir que la sola exposición pública de la preocupación por la víctima ha aumentado la posibilidad de lograr cambios orientados al modelo reparatorio.

En el derecho continental, la víctima fue excluida completamente del procedimiento penal desde la irrupción de la inquisición. En 1808, Francia adoptó el Código que sería el nuevo paradigma del

procedimiento penal continental europeo y aque estableció la intervención del actor civil. Sin embargo, este Código no fue una expresión del reconocimiento de los intereses de la víctima, sino una perfecta expresión del modelo de justicia punitiva rediseñado según los principios de la nueva era.

El derecho federal argentino representa una extraña combinación de elementos del derecho continental propios de distintos momentos históricos. La estructura principal del procedimiento – investigación formal a cargo de un juez inquisidor; juicio oral escasamente contradictorio frente a un tribunal con numerosas facultades inquisitivas – y la figura del actor civil representan características fundamentales del modelo procesal establecido por el Código francés de 1808. Por otro lado, algunas innovaciones recientes resultan completamente incoherentes con ese modelo pues son expresiones de tendencias político-criminales actuales.

En general, el desarrollo del derecho continental está relacionado con el hecho de que la víctima gozó de derechos sustantivos antes de que emergiera la tendencia político-criminal orientada a la víctima. En este contexto, los cambios recientes en el procedimiento penal continental han permitido otorgar más derechos a la víctima sin alterar significativamente las principales características de la justicia penal.[37] Muchos de estos cambios, por otra parte, se han fundado en la necesidad de aumentar la eficiencia del sistema de justicia penal.

Si bien la tendencia político-criminal orientada a la víctima ha adoptado diferentes expresiones, es evidente que nuestra justicia penal aún representa el modelo punitivo. Los pequeños cambios logrados no han alterado esa situación. Por lo tanto, la lucha por garantizar los intereses de la víctima en un modelo de justicia reparatoria todavía debe ser enfrentada.

IV.2 Los peligros de la víctima: las prácticas de la justicia penal

A pesar del entusiasmo expresado por diversos autores respecto de las posibilidades de los mecanismos establecidos para garantizar los derechos de la víctima en la justicia penal,[38] hay quienes advierten sobre los peligros de la política criminal orientada a la víctima, por las consecuencias que ella puede producir sobre la justicia penal.

Debemos tener en cuenta, en este contexto, la posibilidad de que las prácticas de la justicia penal perviertan el sentido de estas nuevas instituciones asimilándolas a la lógica represiva que informa todo el sistema. Ello podría suceder, por ejemplo, con el instituto de la suspensión del procedimiento penal a prueba, mecanismo que, en principio, es político-criminalmente valioso.[39] El mecanismo persigue como finalidad principal y superior el beneficio del imputado

(37) Esta afirmación es en términos comparativos, pues en el ámbito anglosajón el reconocimiento de derechos sustantivos a la víctima se enfrenta con la valla insalvable de las profundas alteraciones que esos cambios producirían en el sistema de persecución penal. Cf. Bovino, Alberto, *Victim Participation in Criminal Procedure. A Comparative Analysis between Argentine and American Law*, New York, 1994, inédito.

(38) Cf., entre otros, Eser, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, cit.; Maier, *La víctima y el sistema penal*, cit.; Roxin, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, citado.

(39) Un extenso y minucioso análisis de todos sus aspectos en Vitale, Gustavo, *Suspensión del proceso penal a prueba*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996.

– para evitar la continuación de la persecución penal en su contra –, y como finalidad secundaria – limitada por la anterior – el interés de la víctima en obtener la reparación y, finalmente, como objetivo de menor jerarquía, la necesidad de racionalizar el uso de los recursos estatales persecutorios. Si los tribunales, al aplicar el instituto, desconocen la jerarquía de cada una de estas finalidades se pueden producir graves consecuencias. Si el tribunal, por ejemplo, hiciera prevalecer la finalidad de menor jerarquía (racionalización de los recursos persecutorios), seleccionaría los casos teniendo en cuenta principalmente su complejidad y el trabajo que cada uno de ellos demanda. La finalidad principal de beneficiar al imputado sólo se realizaría cuando el caso implique un ahorro significativo de trabajo para la justicia penal, y se frustraría cuando el caso sea sencillo y no altere significativamente la carga de trabajo judicial. De este modo, se pervertiría claramente el sentido y los fines del instituto de la suspensión. Lo mismo sucedería si, al aplicar la suspensión, el tribunal no diera mucha importancia a la reparación – o al acuerdo reparatorio – y, además, se utilizara arbitraria y abusivamente la facultad de imponer reglas de conducta (nuevo CPP Costa Rica, 26; CP Argentina, 76 *ter*).[40] En ese caso, se privilegiaría el interés en someter a un inocente a medidas de control innecesarias y arbitrarias por sobre los demás intereses en juego.

El desarrollo concreto del movimiento por los derechos de la víctima es un buen ejemplo del peligro al que hacemos referencia. Las disposiciones legales referidas a la víctima pueden representar tanto el reconocimiento de sus intereses – con prescindencia del interés estatal de control – como también un perfeccionamiento del modelo punitivo que reconoce la necesidad de incorporar a la víctima (colaboracionista) para aumentar la eficiencia del sistema y relegitimar su existencia. El desarrollo reciente del derecho federal estadounidense acerca de los derechos de la víctima puede ser considerado, hasta cierto punto, como un ejemplo de ambos modelos, si bien en términos de oposición entre posiciones liberales y conservadoras. Según Henderson, la preocupación por la víctima integró la agenda liberal y significó la promoción de la reparación a las víctimas desde los '60 hasta los' 70.[41] Luego de que los liberales comenzaron a perder reflejos e iniciativa en el tratamiento del problema de la criminalidad, los conservadores señalaron las fallas del programa liberal y adhirieron al modelo de justicia penal de "control del delito"[42] – opuesto al del debido proceso – (modelo punitivo con víctima colaboracionista). Mediante el proceso de "politización de la víctima"[43] el movimiento por los derechos de la víctima adoptó una posición decididamente conservadora.[44] El estado actual del derecho penal estadounidense ha sido descripto como sigue:

(40) Estas reglas son de aplicación eventual, sólo se pueden imponer en la medida en que resulten manifiestamente necesarias y, por supuesto, deben guardar relación con el hecho objeto de imputación.

(41) Cf. Henderson, Lynne N., *The Wrongs of Victim's Rights*, en "Stanford Law Review", 1985, v. 37, p. 944.

(42) Cf. Henderson, *The Wrongs of Victim's Rights*, cit., p. 945.

(43) Cf. Henderson, *The Wrongs of Victim's Rights*, cit., p. 948. Los conservadores usaron la figura de la víctima como un símbolo político efectivo, definiéndola como una figura virtuosa cuyos derechos e intereses podían ser usados para contrarrestar los derechos del imputado (p. 949).

(44) Cf. Henderson, *The Wrongs of Victim's Rights*, cit., p. 951.

"Como resultado, los 'derechos de la víctima' han producido una estructura emergente de derecho penal y procesal penal que se asemeja notablemente al modelo de 'control del delito' tan opuesto al pensamiento liberal. Basados en un concepto simplificado de 'víctima' y en un concepto inarticulado de 'derechos', los cambios en el procedimiento penal propuestos o desarrollados por el movimiento por los derechos de la víctima son los mismos cambios defendidos por los conservadores durante largo tiempo. Irónicamente, esos cambios pueden hacer poco aun para la restringida categoría de víctimas que dieron significado al símbolo. Además, la manipulación simbólica de la víctima evitó exitosamente un debate más serio sobre cómo el proceso de la justicia penal debe ser estructurado y ocultó el carácter verdaderamente revolucionario de las reformas propuestas. Si las reformas tienen alguna relación con las víctimas, y si son deseables, son preguntas aún sin respuesta".[45]

La experiencia de los EEUU resulta útil para poner de manifiesto la necesidad de analizar el sentido político-criminal de toda regulación jurídica establecida en nombre de la víctima y, tambien, los efectos reales producidos por la aplicación práctica de los mecanismos jurídicos adoptados en relación con la persona victimizada.

IV.3 Los peligros de la víctima: criminalización de la reparación

Más allá del peligro señalado en el punto anterior, es necesario evaluar críticamente la racionalidad y el acierto político de la incorporación de los mecanismos procesales analizados.

Mecanismos tales como la reparación como causa de extinción de la acción penal pública – o como tercera vía del derecho penal – reconocen los efectos negativos de la intervención penal, y la necesidad de atender los intereses de la víctima. Si ello es así, resultaría más razonable la descriminalización de aquellos hechos solucionables por esa vía y el establecimiento del tratamiento civil del caso – aun con la posibilidad de recurrir a reparaciones punitivas como las del derecho privado anglosajón, en donde resulta posible determinar que se pague el valor real de la reparación multiplicado por tres –. En este sentido, afirma Ferrajoli que la única forma efectiva de reducir el ámbito del derecho penal para estructurar un sistema de justicia penal garantista de derecho penal mínimo consiste en despenalizar todos aquellos casos que no signifiquen graves lesiones a bienes jurídicos fundamentales, y que puedan ser resueltos por medios no punitivos – v. gr., la reparación –.[46]

El concepto de reparación como tercera vía propuesto por Roxin, por su parte, presenta problemas adicionales. La objetivación del contenido de la reparación penal – que se diferencia de la reparación civil no sólo por el proceso de determinación de su contenido sino, además, por su forma de ejecución y control dependiente de un tribunal penal –, vuelve a objetivar el interés de la víctima individual. No se trata de una reparación que satisfaga a la víctima, sino de una "reparación" que sirva a los fines que el Estado atribuye a la pena. El contenido de esta reparación como tercera vía se asemeja más al contenido de la pena de multa, sólo que destinada a la víctima. Si se tratara de una auténtica reparación, el único papel que el tribunal

(45) Henderson, *The Wrongs of Victim's Rights*, cit., p. 953.

(46) Ferrajoli, Luigi, conferencia sobre *Justificación de la pena*, pronunciada en el Seminario de Derecho Penal realizado en Vaquerías, prov. de Córdoba (Argentina), los días 8 y 9 de septiembre de 1996.

debería desempeñar en la determinación de la reparación sólo podría ser el de establecer límites para impedir pretensiones excesivas – que se pague $ 10.000 por un daño de $ 2.000 – o de contenido ilegítimo – que se obligue al autor a trabajar gratuitamente en favor de la víctima en condiciones inhumanas –. Si la víctima está satisfecha y la reparación no es excesiva ni ilegítima, el tribunal no debería tener poder alguno para rechazarla en contra de los legítimos deseos de las partes. Roxin agrega que la reparación no debe ser utilizada para delitos "graves" o para lesiones no reparables – como la amputación de un brazo –.[47] En este contexto, es él o el legislador quien define objetivamente qué delito es "grave" o qué lesión no es reparable. La víctima concreta no juega papel alguno en la decisión acerca de la gravedad del delito o de la posibilidad de que el daño sea reparado. Una vez más, el autoritarismo del derecho penal ignora los intereses de la víctima.[48]

El principal problema que plantean las cuestiones estudiadas consiste en la dificultad de que mecanismos orientados a la víctima, incorporados a un derecho penal orientado contra la víctima y a favor del Estado, puedan funcionar con un grado mínimo de coordinación. ¿Es posible incorporar estos institutos, contrarios a los principios configuradores del derecho penal estatal imperante en nuestros países, y hacerlos funcionar en el sentido para el que fueron previstos? ¿No parece poco probable que esto suceda y, en cambio, más probable que estos mecanismos se transformen y se adapten a los criterios rectores del modelo de justicia punitiva? Piénsese que estos mecanismos no sólo son opuestos a los criterios rectores que informan la justicia penal. Se debe tener en cuenta que algunos de ellos han sido propuestos por los abolicionistas y, en consecuencia, han sido pensados como alternativas a la justicia penal, para operar fuera de ella. ¿No podría esta circunstancia dificultar su aplicación?

Se afirma que la propuesta político-criminal del derecho penal mínimo, programa desarrollado extensamente por Ferrajoli,[49] no ha tenido ninguna influencia significativa en el derecho positivo. Al mismo tiempo, se señala que los abolicionistas han tenido más éxito, a pesar del carácter radical de su posición, pues las nuevas transformaciones del derecho penal han adoptado, en cierta medida, alguna de sus propuestas – v. gr., la reparación –.[50] Sin embargo, parece dudoso que los abolicionistas estén de acuerdo con la "penalización" de sus soluciones composicionales o reparatorias, pues ellos no sólo cuestionan el carácter punitivo de la sanción penal. Los abolicionistas critican la justicia penal existente porque se trata de órganos burocráticos y especializados del Estado, extraños a la situación que pretenden resolver, que intervienen coactivamente, a través de procedimientos formalizados, para dar una respuesta punitiva conminada por las leyes, independientemente de la voluntad de la víctima.[51] Mientras la justicia penal con-

(47) Conferencia sobre *La reparación en el derecho penal*, pronunciada en el Seminario de Derecho Penal realizado en Vaquerías, prov. de Córdoba (Argentina), los días 8 y 9 de septiembre de 1996.

(48) El mismo autoritarismo es el que funda la idea metalegal de la "indisponibilidad" de ciertos bienes jurídicos.

(49) Cf. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

(50) Esta afirmación pertenece a Julio B. J. Maier.

(51) Cf. Bovino, Alberto, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, cit., p. 261 y siguientes.

serve esas y otras características – su carácter binario; la redefinición del conflicto como un acto reconstruido exclusivamente según los criterios relevantes de la ley penal, aislado de toda relación y del contexto social en el que sucede; expropiación del sentido del conflicto; la selección arbitraria e irracional de los casos a ser resueltos por la administración de justicia penal – el abolicionismo continuará cumpliendo su vocación crítica y provocadora.[52]

En conclusión, debemos tener en cuenta los peligros y problemas señalados para determinar si estamos en el camino correcto. En este marco, la evaluación del funcionamiento empírico de estas instituciones, la generación de nuevos mecanismos alternativos, el estudio de experiencias del derecho comparado y la crítica abolicionista pueden resultar extremadamente útiles para ayudarnos a determinar si los cambios producidos representan elementos positivos para la implementación de una política criminal respetuosa de los derechos humanos, orientada principalmente a la satisfacción de los intereses de la víctima y, al mismo tiempo, a la protección de los derechos fundamentales del imputado.

(52) Sobre las propuestas del abolicionismo penal, cf. Christie, Nils, *Los límites del dolor*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1984; del mismo autor, *Los conflictos como pertenencia*, cit.; AA.VV., *Abolicionismo penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989; Pavarini, Massimo, *¿Abolir la pena? La paradoja del sistema penal*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1990, n. 1; Hulsman y Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, cit.; Larrauri, Elena, *Abolicionismo del derecho penal: la propuesta del movimiento abolicionista*, en "Poder y Control", Ed. PPU, Barcelona, 1987, n. 3; Biachi, Herman, *Justice as Sanctuary*, Ed. Indiana University Press, Indianapolis, 1994; Martínez Sánchez, Mauricio, *La abolición del sistema penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1990.